

VOTO GC-5

PROCESSO: TCE-RJ Nº 106.906-3/22
ORIGEM: SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO
ADVOGADO: DR. THIAGO CARDOSO ARAÚJO (PROCURADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO)
DR. BRUNO PINTO SOARES (OAB/RJ Nº 221.065) – VASCO SAF

REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA SECRETARIA GERAL DE CONTROLE EXTERNO DESTA TRIBUNAL. IMPUGNAÇÃO DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 002/2022, TENDO POR OBJETO A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO PARA FINS DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA, GESTÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DO COMPLEXO MARACANÃ, COM PRAZO PREVISTO DE 20 (VINTE) ANOS PARA A CONCESSÃO.

ACOLHIMENTO PARCIAL DOS ESCLARECIMENTOS TRAZIDOS PELO JURISDICIONADO.

ADOÇÃO DAS FAIXAS DE PONTUAÇÃO SUGERIDAS NA ÚLTIMA DECISÃO PLENÁRIA. RECOMENDAÇÃO PARA QUE AVALIE A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DA PONTUAÇÃO DAS FAIXAS INTERMEDIÁRIAS PARA GARANTIR MAIOR PROPORCIONALIDADE ENTRE AS PROPOSTAS.

SUBSISTÊNCIA, EM PARTE, DE INCONSISTÊNCIAS RELACIONADAS À ANÁLISE ECONÔMICO-FINANCEIRA, QUE SERÃO OBJETO DE DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES AO JURISDICIONADO. IDENTIFICAÇÃO DE TEMAS SENSÍVEIS QUE IMPEDEM O PROSSEGUIMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IRREGULARIDADES NA PREVISÃO DE VERIFICADOR INDEPENDENTE E NO SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO.

**COMUNICAÇÃO AO JURISDICIONADO COM DETERMINAÇÕES.
INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO FORMULADO PELO VASCO
SAF (DOC. Nº 7.029-7/23).**

Trata-se de representação, **com pedido de medida cautelar**, formulada pela Coordenadoria de Auditoria em Desestatização – CAD-DESESTATIZAÇÃO e ratificada pelo Secretário-Geral de Controle Externo deste Tribunal, versando sobre possíveis irregularidades no Edital de Concorrência Pública nº 002/2022, do Estado do Rio de Janeiro, representado pela Secretaria de Estado da Casa Civil, tendo por objeto “*selecionar a PROPOSTA mais vantajosa, apresentada por pessoa jurídica ou consórcio de pessoas jurídicas, para a celebração de contrato de CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO para fins de exploração econômica, gestão, operação e manutenção do COMPLEXO MARACANÃ*”, com prazo previsto de **20 (vinte) anos para a concessão**.

A fim de evitar desnecessária repetição do *iter* processual até aqui percorrido, reporto-me ao relatório constante da decisão proferida em sessão plenária de 05/04/2023, oportunidade em que ofereci, considerando a complexidade e a relevância do tema, voto-vista nos seguintes termos:

VOTO:

I – pela **MANUTENÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** anteriormente deferida em decisão monocrática proferida em 26/10/2022;

II – pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário de Estado da Casa Civil, com base no art. 26, §1º, do Regimento Interno desta Corte, para que, **no prazo de 15 (quinze) dias**, apresente esclarecimentos adicionais em relação aos pontos de questionamentos desenvolvidos neste voto e:

i. avalie a revisão da forma de incidência dos quesitos 1A e 1B, do Anexo V, para que preveja **faixas proporcionais de pontuação** de acordo com o número de “datas oficiais” comprovadas por cada licitante, ou, caso não adote essa solução, apresente as devidas justificativas que impediriam a sua adoção;

ii. retifique cada uma das **inconsistências relativas aos aspectos econômico-financeiros** do projeto, especificadas no tópico (IV) deste voto, ou apresente as devidas justificativas técnicas para manutenção das previsões nos moldes atuais;

iii. promova as adequações que entender devidas no edital e seus anexos, de modo a resguardar os princípios da proporcionalidade, da impessoalidade e da moralidade, e ainda, a própria eficácia da **atuação do Verificador Independente**, à luz das considerações apresentadas no tópico (V) deste voto;

iv. apresente a versão corrigida do Anexo VII ao Edital, referente ao **sistema de avaliação de desempenho**, tendo em vista que informou que tais alterações estariam em curso;

v. retifique o Edital para que se utilize **sistemática de desempate** em licitações de acordo com os critérios taxativamente estatuídos no art. 3º, §2º c/c art. 45, §2º da Lei Federal nº 8.666/1993; e

vi. tendo em vista a possibilidade de maior lapso temporal para a revisão do projeto de concessão definitivo, providencie a inclusão, tanto no Edital de Concessão quanto em eventual Termo de Permissão de Uso – *caso essa opção seja adotada pelo Estado* – de **cláusula resolutiva obrigatória** que determine a imediata extinção do referido instrumento de permissão de uso a partir da conclusão do procedimento licitatório, ficando desde logo alertado quanto às ressalvas apresentadas no item (VII) deste voto.

III – pela **COMUNICAÇÃO** ao Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, para que tome ciência desta decisão, considerando ser o responsável pela direção superior da Administração Pública Estadual;

IV – pela **COMUNICAÇÃO** ao titular do Órgão Central de Controle Interno, para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o inc. IV, art. 53 e art. 55 da Lei Complementar n.º 63/90;

V – pelo **INDEFERIMENTO** do pedido de habilitação nos autos formulado por VASCO SAF (Doc. 4.348-0/23), conferindo-se ciência quanto à decisão, na pessoa de seus advogados constituídos;

VI – pela posterior **REMESSA** dos autos à Secretaria Geral de Controle Externo - SGE, para que sua coordenadoria especializada proceda à análise do doc. nº 7.029-7/23, apresentado pelo Vasco SAF após meu pedido de vista dos autos, ouvido, posteriormente, o Ministério Público Especial, devendo ser ponderada a pertinência de que seu exame seja realizado no bojo do Processo TCE-RJ nº 100.439-4/2020, tendo em vista tratar de matéria afeta ao Termo de Permissão de Uso; e

VII – findo o prazo para apresentação de resposta por parte do Estado do Rio de Janeiro – por intermédio da Secretaria de Estado da Casa Civil –, os autos deverão se **imediatamente** encaminhados à Secretaria Geral de Controle Externo, para reexame, e sequencialmente ao Ministério Público, para pronunciamento, fixando-se o **prazo máximo de 10 (dez) dias para a intervenção de cada instância**.

Em atenção ao *decisum*, o Sr. Nicola Moreira Miccione, Secretário de Estado da Casa Civil, encaminhou a esta Corte de Contas resposta protocolizada como **doc. nº 9.178-8/23**.

Após análise da documentação submetida a esta Corte, a CAD-DESESTATIZAÇÃO, em manifestação de 23/05/2023, apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

Ante o exposto, dada a permanência de graves irregularidades no edital analisado por esta Corte de Contas, sugere-se:

I – **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da presente Representação quanto ao mérito;

II – **CONFIRMAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** anteriormente concedida;

III – **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário de Estado da Casa Civil, com base no art. 15 do Regimento Interno, para que atenda às seguintes **DETERMINAÇÕES**:

1. Providencie a **ANULAÇÃO** do procedimento licitatório, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, fazendo constar, dos autos do processo administrativo do Edital, a cópia da publicação do ato respectivo, acompanhada dos elementos arrolados no art. 49 da Lei Federal n.º 8.666/93;

2. No caso de publicação de novo Edital com objeto semelhante, atente para a correta estruturação do projeto de concessão, observando, em especial, todos os aspectos analisados e considerados procedentes no âmbito desta Representação e listados a seguir:

i. Abstenha-se de prever julgamento “melhor técnica” sem observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao estabelecer faixas de pontuação e possibilidade de inabilitação dos licitantes;

ii. Caso seja previsto julgamento por “melhor técnica”, estabeleça metodologia de avaliação que possibilite aferir efetivamente a superioridade técnica de uma proposta sobre as demais, observando todos os critérios estabelecidos pelo art. 46, §1º, I da Lei Federal n.º 8.666/1993; abstendo-se, ainda, de prever elevado peso à nota técnica em detrimento da nota financeira sem justificativa técnica;

iii. Na estruturação econômico-financeira, abstenha-se de utilizar dados isolados, atípicos ou pouco representativos para realizar as devidas projeções e estimativas;

iv. Providencie que a Taxa Interna de Retorno do projeto tenha equivalência com o WACC do setor pertinente, calculado em conformidade com parâmetros de mercado, em observância aos princípios da economicidade e segurança jurídica;

v. Elabore estudo de viabilidade econômico-financeira que apresente plano de negócios e fluxo de caixa contendo projeções adequadas e justificadas de todos os dados relevantes do projeto, tais quais as receitas, os investimentos, as despesas tributárias e demais despesas envolvidas na concessão;

vi. Adeque a previsão do prazo do contrato às projeções econômico-financeiras realizadas, com fulcro no princípio da economicidade;

vii. Estabeleça percentual de compartilhamento de receitas extraordinárias usualmente praticado no mercado e tendo como base a receita bruta ou, alternativamente, faça constar, nos autos do processo administrativo da contratação, justificativa técnica específica (não genérica) para uma eventual base de cálculo baseada na receita líquida;

viii. Elabore estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira que reflita adequadamente as premissas econômico-financeiras e técnicas estabelecidas na documentação do certame, com fulcro nos princípios da transparência, economicidade e segurança jurídica;

ix. Na estruturação econômico-financeira, providencie que o cálculo do WACC do setor econômico pertinente seja acompanhado da justificativa e da série

temporal dos dados apresentados; adicionalmente, ao utilizar o método CAPM para estimativa do custo de capital próprio, abstenha-se de utilizar riscos que não componham o modelo básico dessa metodologia, ou apresente, nos autos do processo, justificativa técnica que os ampare, em prestígio às boas práticas na modelagem de concessões públicas, bem como com base nos princípios da economicidade e segurança jurídica;

x. Ao outorgar competência à concessionária para a indicação, seleção, contratação e remuneração do Verificador Independente, faça constar condicionantes relativas a:

a) Previsão de responsabilidade solidária entre o Poder Concedente e o Verificador Independente após a validação dos documentos ou análises por eventuais irregularidades constantes nos documentos; e

b) Obrigação de a concessionária apresentar, junto à lista tríplice de empresas a serem qualificadas como Verificador Independente, a minuta do contrato a ser com ele celebrado, para aprovação do Poder Concedente;

xi. No caso de não contratação do Verificador Independente, abstenha-se de prever medidas que possam resultar em: i) ausência da adequada e tempestiva fiscalização e avaliação de desempenho de determinados períodos de execução contratual; ou ii) não pagamento de outorga adicional sem a devida medição de desempenho;

xii. Abstenha-se de outorgar à concessionária competência para a definição dos indicadores e das metas de desempenho que deve perseguir, em atendimento às prescrições legais e de forma aderente ao interesse público, evitando potenciais conflitos de interesses que possam desviar a concessão de sua finalidade;

xiii. Faça constar somente critérios de avaliação de desempenho claros e objetivos, desdobráveis em metas que permitam a adequada medição do desempenho contratual e incentivem a eficiência na execução do contrato, em observância aos princípios da eficiência, da segurança jurídica e da isonomia;

xiv. No sistema de avaliação de desempenho, estabeleça indicadores de desempenho claros, objetivos e suficientemente detalhados, bem como que reflitam adequadamente a natureza, a quantidade e a qualidade dos objetivos finais do serviço prestado, evitando, em especial, indicadores cujas definições sejam eivadas de ambiguidade e subjetividade ou cuja aferição se refira a conceitos controversos;

xv. Na minuta do contrato, preveja mecanismo de avaliação de desempenho adequado, razoável e capaz de incentivar a qualidade do serviço, mediante o estabelecimento de uma vinculação clara, objetiva e eficaz entre os sistemas de avaliação de desempenho, remuneratório e sancionador;

xvi. Caso opte por conceder o Complexo do Maracanã durante vigência de Termo de Permissão de Uso do mesmo bem público, faça constar cláusula resolutiva obrigatória na minuta do contrato de concessão, que determine a imediata extinção do referido instrumento de permissão de uso a partir da conclusão do procedimento licitatório, em observância ao item II.vi da Decisão Plenária de 05.04.2023.

3. Avalie a possibilidade de adequada capacitação dos servidores envolvidos na modelagem ou, alternativamente, a contratação de especialistas visando a adequada estruturação e modelagem de contratos de concessões.

IV – **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário de Estado da Casa Civil, com base no art. 15 do Regimento Interno, para que tome ciência da seguinte RECOMENDAÇÃO:

1. Na estruturação econômico-financeira de concessões, elabore fluxo de caixa contendo informações em termos reais, com base nos princípios da transparência, economicidade e segurança jurídica.

V – **INSTAURAÇÃO DE AUDITORIA EXTRAORDINÁRIA DE ACOMPANHAMENTO** da estruturação do novo projeto de concessão do Complexo do Maracanã, a ser iniciada conforme critérios de materialidade, relevância, risco e oportunidade;

VI – **COMUNICAÇÃO** ao titular do Órgão Central de Controle Interno para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o inc. IV, art. 53 e art. 55 da Lei Complementar n.º 63/90.

VII – **INDEFERIMENTO DO PEDIDO** constante do Documento TCE-RJ nº 007029-7/2023;

VIII – **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** à pessoa jurídica VASCO DA GAMA SOCIEDADE ANÔNIMA DE FUTEBOL (“Vasco SAF”), para ciência da Decisão desta Corte;

X – **ARQUIVAMENTO** do presente processo.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado - MPC, em parecer de 05/06/2023, após discorrer sobre o cumprimento das determinações proferidas em sessão plenária de 05/04/2023, em cotejo com a análise realizada pela coordenadoria técnica, opinou *“pelo SOBRESTAMENTO da análise de mérito, pelo prazo a ser fixado pelo plenário desta corte; e pela AUTORIZAÇÃO da realização de reunião técnica entre os auditores competentes deste tribunal e os servidores responsáveis pela elaboração do edital da concorrência pública nº 002/2022, consoante o artigo 197, XXII c/c artigo 247, VII, do RITCERJ, a fim de aperfeiçoar os termos do contrato de concessão do complexo Maracanã.”*

Segundo o Parquet de Contas, *“[a] par de tudo que dos autos consta, e ainda que o jurisdicionado tenha empreendido esforços para o atendimento integral das decisões desta corte, remanescem pontos que merecem ser revistos pela administração pública estadual”, verificando “a necessidade de se dar um passo de cada vez, assim, será melhor para o rumo desta representação estabelecer um novo instrumento.”*

Eis, por pertinente, trecho da manifestação do representante do Ministério Público Especial:

Rememora-se o caráter contributivo e orientador dos tribunais de contas, o que é de extrema relevância, a fim de viabilizar a entrega à sociedade de boas políticas públicas e bons serviços.

Nesse sentido, o Ministério Público de Contas recomenda a esta corte sejam adotadas providências com o objetivo de promover reunião técnica, entre os auditores de controle externo da(s) coordenadoria(s) competente(s) e os servidores responsáveis pelo edital da concorrência pública nº 002/2022, elaborado pela Secretaria de Estado da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro, em busca de soluções consensuais das questões ainda pendentes, com base em critérios técnicos, objetivos e transparentes, em atenção ao aprimoramento do controle externo e às ações de relacionamento institucional.

Apesar da inexistência dessa práxis no âmbito do TCE, é fato que dentre as diretrizes estabelecidas para o biênio 2023/2024, a corte fluminense elenca o fortalecimento dos mecanismos de consensualidade aplicáveis aos processos de controle externo, dentre os pressupostos básicos.

Nessa linha de raciocínio, encontra-se a identificação de novas ferramentas que intensifiquem o diálogo e a cooperação entre o controle externo e o jurisdicionado, em consonância com o estabelecido na diretriz nº 5 (Consolidar o uso de mecanismos de consensualidade, com o objetivo de impulsionar a celeridade e a adequação das ações corretivas, de forma a obter resultados mais benéficos à sociedade.).

Nesse sentido, realça, que o TCU já promoveu encontros institucionais com o Ministério de Minas e Energia, Ministério das Cidades e Ministério da Infraestrutura, inclusive, criou a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), com competência de desenvolver, propor, sistematizar e avaliar propostas para a solução consensual de controvérsias no país. (Fonte: página oficial do TCU).

É O RELATÓRIO.

Preliminarmente, informo que tramita nesta Corte de Contas o Processo TCE-RJ nº 100.439-4/2020, sob a relatoria do Conselheiro-Substituto Christiano Lacerda Ghuerrén, o qual versa sobre Relatório de Auditoria Governamental, cujo escopo é verificar a conformidade dos aspectos relativos à delegação do complexo Maracanã, por meio de permissão onerosa de uso de bem público, à pessoa jurídica de direito privado.

O processo em exame não trata da análise de conformidade do Termo de Permissão Onerosa de Uso de Bem Público firmado entre o Estado do Rio de Janeiro e atualmente em vigor. Por relevante, reitera-se que o processo objeto ora analisado versa sobre possíveis irregularidades apontadas pela Secretaria Geral de Controle Externo – SGE no Edital de Concorrência Pública nº 002/2022.

Pois bem. Em decisão proferida em sessão plenária de 05/04/2023, a partir de voto revisor por mim apresentado, foi reconhecido que a escolha administrativa pela “modelagem geral” que

privilegia o atendimento às necessidades dos clubes é razoável e proporcional, sendo coerente com a finalidade de salvaguardar a vocação esportiva do estádio, voltada ao futebol, nos termos do procedimento de tombamento, em que se destacou que a realização de eventos e festividades distintas do futebol possuem caráter alternativo ou secundário. Reproduzo mais uma vez, pela relevância, o seguinte trecho da manifestação da Chefe da Divisão de Proteção Legal do Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural Nacional (IPHAN):

Pode-se apreender o Maracanã tanto sob a ótica institucional primeva da história factual, por constituir, a partir de sua inauguração em 1950, marco de uma fase decisiva na história do futebol brasileiro e cenário de acontecimentos relevantes vinculados a esta história, quanto pela síntese de seu significado sócio-cultural, como templo monumental do esporte consagrado pelo povo, em que se insinua como seu maior símbolo e o documenta. Percebe-se, com clareza, a formação de um forte vínculo afetivo entre o Maracanã e diferentes segmentos sociais, seja conformando e confirmando hábitos impregnados na identidade cultural da população, seja servindo de modelo para outros casos brasileiros que deverão, como dissemos, ser examinados mais detidamente no futuro.

É, pois, esse valor histórico mais amplo, tomando-se em conta os fatores que propiciaram sua criação e manifestação material, sua trajetória ao longo de quase meio século e os efeitos sociais que produziu e produz na sociedade - atestados, recentemente, pela repercussão que sua eventual transformação alcançou na mídia e na conversação cotidiana do brasileiro - que nos leva a recomendar sua inscrição no Livro do Tombo Histórico.

A utilização do Maracanã em eventos distintos, tais como festividades de conotação popular e apresentações de artistas nacionais e internacionais, estendeu seu conhecimento a múltiplas parcelas da sociedade, difundindo a imagem do estádio brasileiro por várias partes do país e do mundo. Vale lembrar, contudo, que esses eventos têm caráter alternativo e secundário, visto que a vocação e função cultural do Estádio Mário Filho se associam direta e intimamente ao futebol. (Grifou-se).

Fixada a premissa de reconhecimento da adequação da “modelagem geral” discricionariamente fixada pela Chefia do Poder Executivo, o Plenário acolheu voto de minha lavra e decidiu pela comunicação do Jurisdicionado, para que apresentasse esclarecimento a respeito dos seguintes pontos ainda pendentes de aperfeiçoamento:

- i. avalie a revisão da forma de incidência dos quesitos 1A e 1B, do Anexo V, para que preveja **faixas proporcionais de pontuação** de acordo com o número de “datas oficiais” comprovadas por cada licitante, ou, caso não adote essa solução, apresente as devidas justificativas que impediriam a sua adoção;
- ii. retifique cada uma das **inconsistências relativas aos aspectos econômico-financeiros** do projeto, especificadas no tópico (IV) deste voto, ou apresente as devidas justificativas técnicas para manutenção das previsões nos moldes atuais;

- iii. promova as adequações que entender devidas no edital e seus anexos, de modo a resguardar os princípios da proporcionalidade, da impessoalidade e da moralidade, e ainda, a própria eficácia da **atuação do Verificador Independente**, à luz das considerações apresentadas no tópico (V) deste voto;
- iv. apresente a versão corrigida do Anexo VII ao Edital, referente ao **sistema de avaliação de desempenho**, tendo em vista que informou que tais alterações estariam em curso;
- v. retifique o Edital para que se utilize **sistemática de desempate** em licitações de acordo com os critérios taxativamente estatuídos no art. 3º, §2º c/c art. 45, §2º da Lei Federal nº 8.666/1993; e
- vi. tendo em vista a possibilidade de maior lapso temporal para a revisão do projeto de concessão definitivo, providencie a inclusão, tanto no Edital de Concessão quanto em eventual Termo de Permissão de Uso – *caso essa opção seja adotada pelo Estado* – de **cláusula resolutiva obrigatória** que determine a imediata extinção do referido instrumento de permissão de uso a partir da conclusão do procedimento licitatório, ficando desde logo alertado quanto às ressalvas apresentadas no item (VII) deste voto.

O Sr. Nicola Moreira Miccione, Secretário de Estado da Casa Civil, encaminhou a esta Corte de Contas resposta protocolizada como doc. nº 9.178-8/23, com o escopo de atender a decisão plenária, cujos pontos serão detidamente analisados a partir dos itens descritos a seguir.

(I)

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

ESCLARECIMENTOS SOBRE A VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA DE EVENTOS

Antes de examinar propriamente o mérito das respostas encaminhadas pelo Secretário de Estado da Casa Civil, faz-se necessário abordar trecho da manifestação da CAD-DESESTATIZAÇÃO, que, em pronunciamento de 23/05/2023, em linhas introdutórias, tratou sobre o reconhecimento, pelo Plenário, da opção do Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de concedente, buscar “modelagem geral” que privilegia o atendimento à necessidade dos clubes. Eis o trecho da manifestação instrutiva:

Destaca-se, porém, que o projeto apresentado pelo ERJ não se alinha completamente a essa premissa estabelecida na Decisão Plenária, **na medida em que inexistente vedação à participação de empresas com objeto alheio ao futebol na condição de licitantes avulsas.**

Isso porque, na documentação produzida pelo Estado do Rio de Janeiro, percebe-se forte preocupação para que a futura contratada comprove expertise como líder na gestão de bens de porte e utilização similares aos do Estádio do Maracanã e do Maracanãzinho, independentemente de a licitante representar uma agremiação esportiva vinculada ao futebol, como se vê nos **itens 8.1, 11.6.1 e 12.4 da versão mais recente do Edital** (peça 201), inserida aos autos por meio do DOC TCE-RJ n.º 9178-8/2023:

“8.1. Poderão participar da LICITAÇÃO pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras, isoladamente ou reunidas em CONSÓRCIO, cuja natureza e objeto sejam compatíveis com sua participação na LICITAÇÃO, desde que satisfaçam plenamente todos os termos e condições deste EDITAL.

11.6.1. AS LICITANTES deverão apresentar os seguintes documentos para comprovação de qualificação técnica:

I. Comprovação, por meio de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, da experiência da Licitante em gestão da operação e manutenção, de Estádio de futebol com capacidade mínima de 30.000 (trinta mil) lugares, por no mínimo 3 (três) anos;

II. Comprovação, por meio de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, da experiência da Licitante em gestão da operação e manutenção, de arena multiuso ou ginásio esportivo com capacidade mínima para 5.000 (cinco mil) lugares, por no mínimo 3 (três) anos;

i. Em qualquer caso, não se qualificará como “gestão de operação” a mera realização de atividades isoladas ou fragmentadas, como a mera realização de serviços de vigilância, limpeza, exploração de espaço publicitário e outras que não envolvam a gestão total do complexo esportivo. Também não se qualificará como tal a atuação de sociedade operadora ou gestora em conjunto com terceiros, salvo se o escopo atribuído à referida sociedade operadora ou gestora contemplar a liderança e responsabilidade global na condução da operação de substancialmente todo o complexo.

12.4 Será também objeto de pontuação para fins de classificação conforme disposto no item 01 do ANEXO V deste edital a apresentação da documentação comprobatória do Licitante possuir datas de jogos e eventos na forma descrita abaixo:

I. Apresentar documento comprobatório de que o licitante isoladamente ou em consórcio é detentor de no mínimo 20 datas oficiais de futebol, no Estádio Jornalista Mário Filho (Maracanã), das quais, no mínimo 75% delas sejam obrigatoriamente de Campeonatos Brasileiro da Série A e B e da Copa do Brasil todos organizados pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF e das principais competições internacionais, assim consideradas a Copa Libertadores da América e a Copa Sul Americana, ambas organizadas pela Confederação Sul Americana de Futebol – CONMEBOL.

II. Apresentar documento comprobatório de que o licitante isoladamente ou em consórcio é detentor de no mínimo 6 datas de eventos oficiais de modalidades esportivas integrantes ou não do programa olímpico, no Ginásio Gilberto Cardoso (Maracanãzinho).”

Reputo necessário esclarecer, em nome do princípio da transparência, que a decisão plenária de 05/04/2023 jamais sugeriu que fosse vedada a participação de empresas com objeto alheio

ao futebol, que, evidentemente, em razão de suas especializações em gestão de eventos, podem contribuir com a boa gestão do Estádio.

Em sentido diverso, o que foi afastado pelo Plenário foram os entendimentos presentes em alguns trechos da manifestação do corpo técnico de 07/03/2023, em que se buscava interferência indevida na “modelagem geral” do procedimento de concessão do Maracanã, com a finalidade de criar condições que favorecessem operadores de eventos a assumirem **isoladamente** a administração do estádio. Cito, neste ponto, os referidos trechos da manifestação do corpo instrutivo:

Ademais, é perceptível a ausência de um estudo de viabilidade que também analise tecnicamente o mercado de potenciais licitantes, sejam entidades esportivas, **sejam operadores nacionais e internacionais de eventos** (fl. 6 da peça inicial da Representação).

Tal exigência impede um operador com experiência na gestão de estádios de futebol ou eventos esportivos/culturais de participar isoladamente da licitação, sendo que o uso do complexo será permitido a todos times de futebol (fl. 35 da peça inicial da Representação).

Consoante descrito em meu último voto, esclareço que a minha maior preocupação nestes autos relaciona-se, especialmente, a uma eventual interferência indevida desta Corte de Contas na “modelagem geral” da concessão, que foi resultado da legítima **opção administrativa** de privilegiar a participação dos Clubes na futura administração do estádio, **isolados ou mediante consórcio com empresas de eventos**, com a finalidade de tornar a concessão mais **sustentável e duradoura**, o que garante a **utilização precípua** do Maracanã em eventos de futebol.

Desse modo, este Tribunal, em momento algum, cogitou vedar participação de empresas com objeto alheio ao futebol, mas sim reconheceu a **razoabilidade e adequação** da “modelagem geral”, pois **privilegia os clubes e incentiva a associação de empresas de eventos a eles**, não havendo, a meu ver, qualquer irregularidade no teor dos itens 8.1, 11.6.1 e 12.4 do ato convocatório.

(II)

ATENDIMENTO DOS ITENS QUE DETERMINAVAM A ALTERAÇÃO DA SISTEMÁTICA DE DESEMPATE E A PREVISÃO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA OBRIGATÓRIA

Na última decisão plenária – **itens (v) e (vi)** da parte dispositiva – foi determinado ao

jurisdicionado que (i) retificasse o Edital para que se utilize sistemática de desempate em licitações de acordo com os critérios taxativamente estatuídos no art. 3º, §2º c/c art. 45, §2º da Lei Federal nº 8.666/1993; e (ii) tendo em vista a possibilidade de maior lapso temporal para a revisão do projeto de concessão definitivo, fosse providenciada a inclusão, tanto no Edital de Concessão quanto em eventual Termo de Permissão de Uso – caso essa opção seja adotada pelo Estado – de cláusula resolutiva obrigatória que determine a imediata extinção do referido instrumento de permissão de uso a partir da conclusão do procedimento licitatório, ficando desde logo alertado quanto às ressalvas apresentadas no item (VII) deste voto.

Em relação à **sistemática de desempate**, o Jurisdicionado atendeu plenamente ao determinado, visto que alterou o ato convocatório para que conste como critérios de desempate aqueles estatuídos no art. 3º, §2º c/c art. 45, §2º da Lei Federal nº 8.666/1993. Sobre o ponto, assim se manifestou o corpo instrutivo:

Consultando o conteúdo do item 18.2 contido na nova versão do Edital, documento #3829085 (peça 201), verifica-se que as alterações promovidas cingem-se ao determinado no Voto de 05.04.2023, abstendo-se de prever critérios de desempate alheios àqueles previstos expressamente na Lei de Licitações e Contratos.

Desse modo, nota-se o **atendimento integral** ao que foi determinado no item (v), motivo pelo qual acompanho o corpo instrutivo em relação a esse ponto, reputando a questão superada.

Por outro lado, em relação à previsão de cláusula resolutiva obrigatória, o Estado do Rio de Janeiro informou que o determinado no item (vi) já fora atendido pelo disposto no parágrafo primeiro da cláusula quinta do 6º Termo de Permissão de Uso, firmado em novembro de 2021:

“... PARÁGRAFO PRIMEIRO: A conclusão da licitação para a Concessão do Complexo Maracanã, objeto do presente contrato, com a adjudicação do serviço ao vencedor do certame e o consequente início da vigência do contrato decorrente da licitação, constituem condição resolutiva do presente instrumento, o qual dar-se-á por resolvido na data do advento desta condição sem que disto decorra qualquer direito a indenização entre as partes.”

O corpo instrutivo considerou que a resposta seria satisfatória, mas destacou que o Jurisdicionado atendeu parcialmente ao determinado, pois o item (vi) do voto exigiria a inserção de cláusula resolutiva obrigatória que determine a imediata extinção do referido instrumento de

permissão de uso a partir da conclusão do procedimento licitatório, tanto no eventual Termo de Permissão de Uso quanto no Edital de Concorrência Pública nº 02/2022 da SECC.

Em que pese estar correta a afirmação do corpo instrutivo, entendo que a previsão da cláusula resolutiva obrigatória apenas do eventual Termo de Permissão de Uso, consoante informou o Jurisdicionado, **já atende aos fins perseguidos pela decisão plenária proferida em 05/04/2023**, sendo desnecessária nova determinação para inclusão da mesma cláusula no Edital de Concorrência Pública nº 02/2022 da SECC, ora em exame. **Por isso, também considero superado o ponto de questionamento constante do item (vi).**

(III)

DA PROPORCIONALIDADE DAS FAIXAS DE PONTUAÇÃO

Sobre esse ponto, na última decisão plenária foi sugerido ao Jurisdicionado que avaliasse a revisão da forma de incidência dos quesitos 1A e 1B, do Anexo V, para que previsse **faixas proporcionais de pontuação** de acordo com o número de “datas oficiais” comprovadas por cada licitante, ou, caso não adotasse tal solução, apresentasse as devidas justificativas que impediriam a sua adoção.

O Jurisdicionado trouxe ao conhecimento do Tribunal que adotou a sugestão, em deferência à atuação desta Corte, conforme descrito a seguir:

Referida recomendação restou plenamente atendida. Em análise do Anexo V sob a ótica do debate travado no feito em questão, a Comissão Técnica responsável pela modelagem da licitação optou por, em deferência à Corte de Contas, alterar a forma de pontuação dos quesitos 1A e 1B, estabelecendo faixas de pontuação que permitem uma pontuação máxima ao concorrente que atende plenamente o quesito e faixas intermediárias para pontuar também concorrentes que consigam atender apenas parcial ou minimamente o quesito de datas esportivas.

Outrossim, diante da alteração operada nos quesitos 1A e 1B, para fins de coerência nos critérios de pontuação técnica, o corpo técnico responsável pela modelagem estendeu a todos os demais quesitos do referido anexo V uma faixa intermediária de pontuação. Com isso, nos quesitos seguintes, 02 a 06, e seus respectivos subitens, o licitante será avaliado também com pontuação máxima de 04 pontos (atende), de 02 pontos (atende parcialmente) e sem pontuação quando não atender, salientando-se que todas as justificativas de pontuação serão feitas de forma expressa e fundamentada pela equipe técnica responsável.

Dessa forma, foi apresentada pelo Jurisdicionado planilha estabelecendo as faixas de pontuação dos quesitos 1A e 1B do Anexo V do Edital, reproduzida a seguir:

TEMA	#	ITEM DE AVALIAÇÃO	CRITÉRIOS	PÁGINAS	PONTUAÇÃO	VISTO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO
1	A	Apresentação de documento comprobatório de possuir datas , para realização de jogos no Estádio do Maracanã	Classificatório/ pontuação por apresentação		≥ 70 datas – 35p ≥ 40 datas – -15p ≥ 20 datas – -5p ≤ 19 datas – 00 p	
	B	Apresentação de documento comprobatório de possuir datas , para realização de eventos Oficiais no Ginásio do Maracanãzinho	Classificatório/ pontuação por apresentação		≥ 12 datas – 14p ≥ 6 datas – -7p ≤ 5 datas – 00 p	
2	A	Descrição da Composição das receitas Ordinárias e recorrentes	Classificatório/ pontuação por avaliação		Atende – 4p Atende Parcialmente - 2p Não Atende - 00 p	

O corpo instrutivo, após análise, destacou que não haveria proporcionalidade nas faixas de pontuação estabelecidas pelo Jurisdicionado. Eis o trecho da instrução sobre o tema:

Embora tenham sido estabelecidas as mencionadas faixas de pontuação, é importante atentar para ausência de proporcionalidade entre cada uma delas, bem como para a possibilidade de inabilitação velada dos concorrentes, à luz da exigência, constante no tópico III da Decisão, de que “A escolha dos intervalos de “datas oficiais” e da pontuação deve ser justificada pela Administração e deve guardar relação com o postulado da proporcionalidade”.

(...)

Primeiramente, salta aos olhos a discrepância entre a pontuação das primeira e segunda faixas dos itens 1A e 1B, principalmente considerando os limites de cada uma delas. A título ilustrativo, caso dois licitantes hipotéticos “A” e “B” comprovarem possuir, respectivamente, 40 jogos e 69 jogos, mesmo assim sua nota no item 1A seria a mesma – 15 pontos.

Semelhantemente, caso tais licitantes detiverem, 06 e 11 eventos no Maracanãzinho, respectivamente, ambos receberiam a mesma pontuação de 07 pontos no quesito 1B.

Se um licitante hipotético “C” comprovar apenas 1 jogo a mais que “B”, sua pontuação no quesito 1A seria 35 pontos, superior ao dobro da pontuação de “B”. No item 1B, ao suplantado “B” por apenas 01 evento, receberia 14 pontos, o dobro da pontuação de “B”.

Em razão do exposto, o corpo instrutivo sugere ao final as seguintes determinações:

- i. Abstenha-se de prever julgamento “melhor técnica” sem observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao estabelecer faixas de pontuação e possibilidade de inabilitação dos licitantes;
- ii. Caso seja previsto julgamento por “melhor técnica”, estabeleça metodologia de avaliação que possibilite aferir efetivamente a superioridade técnica de uma proposta sobre as demais, observando todos os critérios estabelecidos pelo art. 46, §1º, I da Lei Federal n.º 8.666/1993; abstendo-se, ainda, de prever elevado peso à nota técnica em detrimento da nota financeira sem justificativa técnica;

Em que pese a relevância dos apontamentos trazidos pela instância técnica, é preciso que este Tribunal atue com deferência às escolhas do Administrador na fixação das faixas de pontuação, sob pena de se imiscuir, indevidamente, em sua tomada de decisão.

Diante disso, apesar de considerar válidas as observações do corpo instrutivo, verifico que o Jurisdicionado adotou a solução sugerida por essa Corte de Contas, razão pela qual apenas incluirei, como **recomendação**, que o Jurisdicionado avalie a revisão das faixas intermediárias de pontuação, com a finalidade de conferir maior proporcionalidade, minimizando as possíveis distorções descritas pelo corpo técnico deste Tribunal.

Por fim, em relação a esse item, convém esclarecer que a introdução das faixas de pontuação era a última pendência em relação aos critérios adotados para julgamento da melhor proposta, motivo pelo qual considero absolutamente **inadequada a sugestão de determinação ao Jurisdicionado para se “abster de prever elevado peso à nota técnica em detrimento da nota financeira sem justificativa técnica”** (item (ii), parte final, da manifestação do corpo instrutivo datada de 23/05/2023), visto que, **consoante exhaustivamente descrito na decisão plenária proferida em 05/04/2023, o maior peso dado ao critério da melhor técnica encontra-se justificado pela “modelagem geral” adotada pelo Jurisdicionado**, ao prever, por exemplo, número mínimo de “datas oficiais”, o que funciona como incentivo, para que seja potencializado o uso esportivo do estádio, evitando a subutilização do equipamento, o que também se demonstra como opção administrativa razoável e legal, diante do contexto específico envolvendo a concessão objeto deste processo. **Trata-se, com efeito, de tema já superado pelo Plenário desde a última decisão proferida nos autos.**

(IV)

INCONSISTÊNCIAS RELATIVAS AOS ASPECTOS ECONÔMICO-FINANCEIROS

Em linhas iniciais, rememoro que a decisão plenária de 05/04/2023 determinou a retificação de cada uma das **inconsistências relativas aos aspectos econômico-financeiros** do projeto ou que fossem apresentadas as devidas justificativas técnicas para manutenção das previsões nos moldes inicialmente estabelecidos.

No entanto, antes de enfrentar o mérito das respostas fornecidas, reforço que a análise que ora se efetua pauta-se nas premissas fixadas pela decisão plenária de 05/04/2023, no sentido de que o administrador público legitimamente optou por vincular a concessão do Complexo Maracanã à sua vocação desportiva, o que, por óbvio, afeta a metodologia para definir o valor da outorga, o prazo da concessão, entre outros pontos que a partir de agora serão abordados.

(IV.1)

METODOLOGIA PARA DEFINIÇÃO DO VALOR DA OUTORGA

Na decisão plenária de 05/04/2023 esta Corte de Contas destacou, em relação ao tema tratado neste tópico, alguns pontos específicos que exigiriam especial atenção: (i) a estimativa realizada pelo Estado do Rio de Janeiro realmente aparenta ter sido realizada de forma equivocada, não apenas porque o ano de 2020 não pode ser considerado representativo da realidade “normal” do estádio, mas também porque qualquer estimativa deve considerar como base uma série histórica de dados, de maneira a ostentar maior fidedignidade; (ii) o reajuste de determinados valores na planilha “Business Plan” não refletir as previsões contempladas na minuta contratual; (iii) a ausência de previsão expressa de uma Taxa Interna de Retorno (TIR) para o projeto, sendo que a taxa calculada pela Coordenadoria discreparia sobremaneira do WACC setorial calculado; (iv) a ausência de justificativa para alguns dos valores expressos no fluxo de caixa, a exemplo do valor de CAPEX; e (v) WACC divergente do calculado no Anexo VI – Estrutura Econômico-Financeira da Concessão (arquivo #3607440), e impacto tributário.

Sobre o tema, considero pertinente transcrever trecho do relatório trazido pelo Jurisdicionado em sua resposta protocolizada como doc. nº 9.178-8/23, por meio da qual destaca como se deu o

planejamento da concessão e os respectivos estudos que estiveram envolvidos para a construção da modelagem:

Na oportunidade, por força dos apontamentos trazidos pelo corpo instrutivo do TCE na representação, foram compilados diversos documentos que nortearam os estudos preliminares, acostados ao procedimento administrativo licitatório (Sei 150001/011150/2021), em especial aqueles denominados: i) Análise Comparativa 3 Fases Maracanã (Doc. Sei 29344450); ii) Relatório Análise Comissão de Fiscalização, Gestão e Operação do Complexo Maracanã (Doc. Sei 29345183); iii) Documento Público de Renda e Esportes (Doc. Sei 29345147); iv) Documento Comparativo Borderô (Doc. Sei 29344504); Documento Contas de Consumo (Doc. Sei 29344536); v) Manual de Instalação (Doc. Sei 29578247, 29578701, 29579041, 29580613) e vi) Guia de Escopo Operacional (Doc. Sei 29581600), originando-se disto um documento novo que foi denominado de “ Estudo Técnico de Viabilidade Econômica” , devidamente juntado ao Processo TCE-RJ Nº 106.906-3/2023.

Dito isso, restou inequívoca a existência e elaboração de aprofundados estudos técnicos preliminares, provenientes da primeira etapa do planejamento da contratação pretendida (planejamento preliminar) e que teve como objetivo: a) assegurar a viabilidade técnica da contratação, bem como o tratamento de seu impacto ambiental; b) embasar o termo de referência, que somente foi elaborado após comprovado que a contratação era viável, corroborada pela experiência de mais de 2 (dois) anos de gestão de operação do Equipamento pelo Permissionário, Clube de Futebol, com pagamento de uma outorga fixa e uma variável, com atuação incisiva da Comissão de Fiscalização do Complexo Maracanã, que permitiu ratificar os estudos preliminares quanto a forma mais eficaz de contratação junto ao Estado.

Em seguida, especificamente sobre a metodologia utilizada para a definição do valor da outorga, o Jurisdicionado informa que se valeu de Plano de Negócios que começou a ser estruturado em abril de 2019, logo após instituída a Comissão Consultiva do Maracanã pelo Decreto nº 46.599/19 e terminado aproximadamente em dezembro de 2019, já que, conforme planejamento inicial do Governo, a licitação deveria ocorrer até julho de 2020. Diante disso, afirma o seguinte:

A menção ao ano de 2020 na planilha se refere ao Ano 1 da futura concessão, como previsto inicialmente.

Para elucidar o ponto, e seguindo as diretrizes do Corpo Instrutivo do Tribunal de Contas, procedeu-se uma correção da informação referencial no início de cada coluna, para Ano 1, 2, 3 e assim sucessivamente até o vigésimo ano de concessão. Referido documento ajustado (Plano de Negócios Referencial Sigiloso) segue em anexo, em complemento a este ofício, rogando-se seja mantido em sigilo, conforme anteriormente deferido por este Tribunal.

Da mesma forma, foram realizadas as projeções financeiras até o vigésimo ano de concessão alocando os devidos reajustes anualizados, assim, entende-se como atendidos os apontamentos da SGE e as determinações do Acórdão.

Com as citadas e devidas correções, o plano referencial foi alterado visando evitar futuros equívocos.

Ainda sobre essa questão, oportuno esclarecer a manutenção dos valores e as referências ao ano de 2019 no projeto. Com efeito, se considerarmos o período de 2017 a 2022 (pós Olimpíadas Rio 2016), o ano de 2019 foi o único em que o Complexo teve sua plena utilização, foi testado e utilizado em todos os cenários de público e eventos possíveis (...).

Ainda reputo necessário destacar os seguintes trechos da manifestação do Jurisdicionado, que também servem para diagnosticar o caminho percorrido pelo ERJ até chegar à equação econômico-financeira retratada no Edital de Concorrência Pública nº 002/2022:

No que concerne à formação do CAPEX, é de amplo conhecimento que o Complexo do Maracanã exige investimentos em modernização do sistema eletrônico, de TIC, recuperação de equipamentos e materiais, reparos na cobertura do Maracanã e do Maracanãzinho, além da reforma da Torre de Vidro e a reestruturação do Museu Mané Garrincha.

Embora o Edital não traga esses valores - por considerar que o concessionário poderá adotar os melhores sistemas, com maior eficiência e menor custo, atendendo aos critérios de qualidade - descreve em detalhes em seus Anexos todas as intervenções obrigatórias e todos os sistemas existentes dentro do Complexo, permitindo, desta forma, uma análise conceitual sobre o custo potencial, se comparados com os investimentos já realizados ou programados em processos recentes de renovação de estádios e ginásios. Este ponto específico do Edital também já foi amplamente debatido e exaurido durante o processo de estruturação e análise da Concessão.

Portanto, aqui é importante ressaltar que o plano de negócios sugerido pelo Corpo Técnico da Casa Civil estava contido e visualmente delimitado, entre as linhas 30 e 123 da Planilha, e como está claro, não contempla nenhum investimento de CAPEX e/ou REPEX. Logo, é totalmente admissível que apresente um VPL positivo, dando a certeza de que os Governos do Estado do Rio de Janeiro Secretaria de Estado da Casa Civil e futuros licitantes teriam espaço para a previsão de investimentos, que se sabem necessários, e ainda assim manter a atratividade do negócio proposto. Dessa forma, apontar o VPL positivo como eventual desperdício de receita do Estado é, s.m.j., um equívoco conceitual da utilização de um conceito contábil.

(...)

Assinala-se que os documentos precisam ser analisados em conjunto, com o entendimento que se complementam, sustentando todo o modelo proposto, desta forma, o plano de negócios referencial possui como premissa principal não limitar o modelo de negócios a ser desenvolvido pelo licitante, **assim como não estabelecer de forma taxativa o valor dos investimentos obrigatórios (Capex), que terão de ser apresentados pelos licitantes juntamente com seus planos de negócios. Essa decisão foi tomada a partir do entendimento de que não existe um único modelo possível para a exploração de um complexo esportivo e seria um limitador de possibilidades estabelecer qual deva ser o modelo a ser seguido, assim, os investimentos obrigatórios e seu fluxo devem ser apresentados pelos licitantes em seus planos de negócios, considerando o seu próprio modelo de exploração e suas premissas operacionais e financeiras.**

(...)

Ainda sobre aspectos relacionados com a modelagem econômica do projeto, oportuno destacar que o cenário base construído para calcular o WACC do negócio optou por não considerar modelos de desestatização realizados no Brasil e que resultaram em fracassos de negócios e dívidas para os Poderes Concedentes, cujo descasamento com o projeto do Complexo Maracanã já foi longamente detalhado. Buscou-se, dessa forma, estabelecer paralelos com modelos de gestão de arenas compatíveis internacionalmente, chegando-se aos modelos de gestão financeira de Besiktas Futbol Yatirimlari Sanayi ve Ticaret A.S., S.S. Lazio S.p.A., Borussia Dortmund GmbH & Co. Kommanditgesellschaft auf Aktien, AFC Ajax NV e Juventus Football Club S.p.A. Estes clubes são listados em bolsas de valores e fazem a gestão operacional e financeira de seus estádios, o que permite serem modelos para a construção do WACC (Weighted Average Capital Cost - Custo Médio Ponderado de Capital).

– Os grifos não são do original –

Após analisar os elementos trazidos pelo Jurisdicionado, o Corpo Instrutivo sugere a abordagem dos temas envolvidos na fixação do valor da outorga em tópicos, sistemática que adotarei com a finalidade de melhor sistematizar esta decisão.

(IV.1.a)

INADEQUAÇÃO DA REFERÊNCIA TEMPORAL

O Jurisdicionado, a respeito da referência temporal, informou que considerou o ano de 2019 para a construção do Plano de Negócios Referencial, pois teria sido o único em que o Complexo teve sua plena utilização, tendo sido testado e utilizado em todos os cenários de público e eventos possíveis, consoante trecho de sua manifestação descrito a seguir, em que lista os eventos ocorridos no Maracanã:

- O C.R. Flamengo, disputou: Campeonato Carioca, Campeonato Brasileiro, Copa do Brasil e CONMEBOL Libertadores, com todos os seus jogos disputados no Estádio. Tendo a melhor campanha de sua história recente, logo atraindo grandes públicos para o Complexo;
- O Fluminense F.C, disputou: Campeonato Carioca, Campeonato Brasileiro, Copa do Brasil, e CONMEBOL Sul Americana, com todos os seus jogos disputados no

Estádio. Em uma fase de renovação, o clube apresentou jogos com grandes públicos e teve que montar operações diferenciadas para públicos menores, propiciando vários cenários;

- O Complexo foi a principal sede da CONMEBOL Copa América 2019, realizada no Brasil, recebendo 5 jogos classificatórios e a final da Competição e ficando aproximadamente 1 mês de posse da Confederação Internacional. Com isso se conseguiu análises comparativas de gastos e custos de jogos nacionais e internacionais (variação na operação de jogo, gastos com contas de consumo, retorno da setorização do Estádio, utilização do FOP (área de competição) por equipes internacionais, capacidade das instalações de imprensa, entre outros);
- Foram realizados dois grandes shows utilizando o gramado do Estádio (Tardezinha do Thiaguinho e Los Hermanos), possibilitando analisar a operação necessária, tempo de montagem e desmontagem, consequências para o gramado e demais estruturas, capacidade da geração de energia, valores praticados de aluguel e A&B e impacto no público do entorno;
- Em 2019, foram realizados alguns eventos no espaço conhecido como “Parque da Bola”, dando referências operacionais e financeiras, da possibilidade de geração de receitas próprias e diferenciadas, impacto no público do entorno, desgaste dos equipamentos e lixo gerado, entre outros dados operacionais e financeiros;
- O Ginásio do Maracanãzinho foi utilizado para eventos esportivos, recebendo a campanha inteira do time de basquete do C.R. Flamengo pela principal competição nacional o NBB, dando referências, de público, renda, tamanho de operação, desgaste do equipamento, lixo gerado, limpeza, contas de consumo, etc....) e recebeu pelo menos um grande evento internacional o Holiday On Ice, que ajudou a entender principalmente, quais os reparos precisam ser realizados para que o Ginásio possa receber mais eventos como este, aumentando sua capacidade de geração de receita.

Após análise das considerações trazidas pelo ERJ, o corpo instrutivo observou o seguinte: (i) os dados constantes do Plano de Negócios Referencial revisado (peça 220) referentes ao primeiro ano da concessão são essencialmente os mesmos, por isso, conclui, que são, ainda, os dados de 2019 sem

qualquer atualização; (ii) não é razoável que a estruturação econômica da concessão considere somente dados de um ano em que sua utilização se desviou da corriqueira para projetar seus custos e receitas em todos os 20 anos de contrato.

Diante desse panorama, reconheço as dificuldades práticas enfrentadas pelo gestor na construção do Plano de Negócios Referencial, visto que, no pós-Olimpíadas, o ano de 2019 foi o único período de utilização do estádio dentro de um padrão mínimo de normalidade, o que exige, a meu ver, a incidência do disposto no parágrafo 1º, art. 22 da LINDB, a seguir descrito:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Com efeito, **a não inclusão dos dados de 2022 desde o início pelo Jurisdicionado também está justificada pelo fato de o Edital ora analisado ser do mesmo ano, o que, por óbvio, impediu a utilização desses dados inicialmente.**

Contudo, levando em consideração que já estamos em meados de 2023, incluirei **recomendação** para que seja avaliada a possibilidade de ampliação da referência temporal, com o intuito de que abranja, ao menos, o ano de 2022, que também contou com a participação de Flamengo e Fluminense em todas as competições nacionais e internacionais, sendo período com expressivo potencial para identificar os custos envolvidos na operação do estádio, receitas auferidas etc., tendo em vista a reabertura do estádio após as restrições severas oriundas da pandemia da COVID-19.

Por outro lado, em que pese ser possível considerar isoladamente os dados de 2019 para a elaboração do Plano de Negócios Referencial, ainda não há justificativa nos autos para que o jurisdicionado não tenha atualizado os valores, visto que, consoante descrito pelo corpo instrutivo, embora as licitantes devam considerar a correção dos valores do PNR em suas propostas, isso não exige Jurisdicionado de apresentar, já no edital de licitação, um plano de negócios com valores atualizados, que possa servir efetivamente de referência aos concorrentes e ao próprio Governo Estadual para aferir a economicidade do projeto e analisar as propostas ofertadas, bem como servir de ferramenta de controle social do edital publicado.

Pelo que foi exposto, concluo que há plausibilidade na justificativa apresentada pelo ERI

quanto à utilização da referência temporal de 2019 e que, de fato, restou impossível, no caso concreto, considerar séries históricas, razão pela qual tão somente **recomendo** ao Jurisdicionado que, em razão do avançar do tempo desde a elaboração do Plano de Negócios Referencial, avalie a possibilidade de ampliar a base de dados para a elaboração do Plano de Negócios Referencial com a inclusão do ano de 2022, por se tratar de ano pós-pandemia, quando a utilização do estádio já estava normalizada, inclusive sem a realização de competições esporádicas, como a Copa América. Ademais, faz-se necessário **determinar**, ainda, a obrigatoriedade da adequada atualização dos valores da base de dados de 2019.

(IV.1.b)

INCONSISTÊNCIA ENTRE AS PREVISÕES DE REAJUSTE DOS VALORES NO PNR E NA MINUTA CONTRATUAL

Em relação a esse tópico, o corpo instrutivo demonstra que o Jurisdicionado promoveu os ajustes necessários, em atendimento à decisão plenária, motivo pelo qual considero pertinente transcrever o seguinte trecho da manifestação técnica:

Em consulta ao PNR revisado (peça 220), verifica-se que a planilha “Business Plan”, que contém as projeções de fluxo de caixa para o projeto, prevê a correção anual de seus valores, em linha com o determinado na Decisão Plenária.

Ademais, menciona o jurisdicionado ter utilizado as projeções do Relatório Focus, divulgado pelo Banco Central do Brasil. Esse documento busca refletir as expectativas do mercado acerca da evolução gráfica e o comportamento semanal das projeções para índices de preços, atividade econômica, câmbio, taxa Selic, entre outros indicadores. Trata-se, portanto, de projeção adequada para o índice IPCA, utilizado expressamente pela cláusula 8.1.1 da minuta contratual (peça 203)¹³.

O documento utilizado pelo ERJ, conforme menciona sua réplica, é a edição de 24.03.2023¹⁴, que apresenta as estimativas de IPCA da ordem de 5,93% (2023), 4,13% (2024), 4,00% (2025) e 4,00% (2026), coincidentes com aquelas utilizadas no documento, conforme valores constantes da linha 5 da mencionada planilha, abaixo reproduzida:

	ANO 1	ANO 2	ANO 3	ANO 4	ANO 5	ANO 6
DESPESAS						
CUSTO Outorga	1.0583	1.0413	1.0400	1.0400	1.0400	1.0400
Fee Anual Estado	5.000.000,00	5.296.500,00	5.515.245,45	5.735.855,27	5.965.289,48	6.203.901,06
Fee Trimestral Estado	1.250.000,00	1.324.125,00	1.378.811,36	1.433.963,82	1.491.322,37	1.550.975,26

Assim, pondera-se que o item foi devidamente atendido pelo jurisdicionado

Assim, em razão da superação da impropriedade, acolho a manifestação do corpo instrutivo quanto a esse ponto.

(IV.1.c)

TAXA INTERNA DE RETORNO (TIR)/

AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA VALORES ENCONTRADOS NO FLUXO DE CAIXA

O jurisdicionado, em atendimento à decisão plenária de 05/04/2023, disponibilizou a seguinte tabela, contendo valores de fluxo de caixa líquido ao ano, TIR, VPL, TMA e WACC:

Período	Resultado Líquido
Capex*	-R\$ 133.000.000,00
Ano 1	R\$ 15.391.179,59
Ano 2	R\$ 16.303.877,24
Ano 3	R\$ 16.977.227,33
Ano 4	R\$ 17.656.316,39
Ano 5	R\$ 18.362.569,02
Ano 6	R\$ 19.097.071,75
Ano 7	R\$ 19.880.954,60
Ano 8	R\$ 20.655.392,75
Ano 9	R\$ 21.481.608,44
Ano 10	R\$ 22.340.872,75
Ano 11	R\$ 23.234.507,63
Ano 12	R\$ 24.163.887,91
Ano 13	R\$ 25.130.443,40
Ano 14	R\$ 26.135.661,10
Ano 15	R\$ 27.181.087,52
Ano 16	R\$ 28.268.330,99
Ano 17	R\$ 29.399.064,21
Ano 18	R\$ 30.575.026,75
Ano 19	R\$ 31.798.027,79
Ano 20	R\$ 33.069.948,87
VPL	R\$ 886.170,91
TIR	13,85%
TMA	13,75%
WACC	11,77%

* Capex referencial, considerando investimentos necessários em modernização de sistemas, cobertura e outros

O corpo instrutivo, após análise, apontou as seguintes inconsistências: (i) descasamento entre os valores de resultado líquido expostos na tabela e aqueles constantes na aba “Business Plan”; (ii) o fato de a distorção de valores gerar uma pequena distorção ao calcular a TIR a partir dos fluxos anuais presentes na planilha; (iii) o jurisdicionado afirmar não ter estimado tecnicamente os investimentos que a concessionária deve promover, bem como não ter apresentado um cronograma anual desses

investimentos; (iv) os efeitos tributários sobre os resultados anuais que permanecem injustificados, embora a alíquota de IRPJ (linha 86) tenha sido corrigida, adequando-se àquela prevista na legislação fiscal, sem que fossem considerados, no entanto, os tributos PIS e COFINS; e (v) valores constantes da tabela informada pelo ERJ em sua manifestação não coincidem - TIR de 13,85% a.a., enquanto o WACC de 11,77% a.a. -, um dos pontos que supostamente evidenciaria a negativa do ERJ em estimar uma expectativa de rentabilidade ao concessionário em conformidade com o usualmente adotado no mercado.

As inconsistências de valores e a ausência de previsão de tributos PIS e COFINS, apontadas pelo corpo instrutivo, indubitavelmente relevantes, podem, em princípio, ser objeto de novos esclarecimentos a serem promovidos pelo Jurisdicionado. Nada obstante, persistem dois pontos sensíveis que reputo serem de significativa relevância, visto que estão intrinsecamente conectados com o cálculo da TIR e, conseqüentemente, com toda a equação econômico-financeira que resultou no edital de concorrência, quais sejam: **(i) a ausência de estimativa dos valores e cronograma de investimentos e (ii) a não coincidência entre a TIR de 13,85% a.a. e o WACC de 11,77% a.a.**

A respeito do primeiro ponto acima destacado, o Jurisdicionado informa ser *“de amplo conhecimento que o Complexo do Maracanã exige investimentos em modernização do sistema eletrônico, de TIC, recuperação de equipamentos e materiais, reparos na cobertura do Maracanã e do Maracanãzinho, além da reforma da Torre de Vidro e a reestruturação do Museu Mané Garrincha”*. **Descreve, ainda, que não previu o CAPEX no fluxo de caixa para “não limitar o modelo de negócios a ser desenvolvido pelo licitante, assim como não estabelecer de forma taxativa o valor dos investimentos obrigatórios (Capex), que terão de ser apresentados pelos licitantes juntamente com seus planos de negócios”**.

Em razão da relevância do tema, faz-se necessário abordar os argumentos do corpo instrutivo tratados no “item I.d” de sua manifestação, que cuidam, especificamente, sobre a “ausência de justificativa para valores encontrados no fluxo de caixa”. Eis o trecho com destaques por mim acrescidos:

Os contratos de concessão, como deflui da própria definição legal do instituto, são instrumentos que visam a transferência de riscos do setor público para o setor privado, a realização de investimentos minimamente definidos previamente no contrato – seja a construção, ampliação ou modernização de uma infraestrutura pública – bem como a sua manutenção, em troca do direito de exploração econômica do ativo público. Grosso modo, o equilíbrio econômico-financeiro da avença depende da interação entre esses dois fatores (obrigações e direitos do concessionário), que devem ser previstos antecipadamente.

Assim, a descrição detalhada dos investimentos e reinvestimentos cuja promoção incumbirá à concessionária, que, a depender do vulto, representam o principal risco a cargo da iniciativa privada, constitui uma das principais informações definidoras do equilíbrio contratual, impactando diretamente a formulação das propostas.

No caso em tela, **somente o documento “Anexo XII – Diretrizes para Intervenções Obrigatórias” (peça 213) prevê 30 intervenções a cargo da futura gestora do Complexo, em linha com o afirmado pelo jurisdicionado em sua réplica.** Para cada uma dessas intervenções, o documento apresenta o respectivo detalhamento e a justificativa, assim como referências arquitetônicas.

Porém, por óbvio, para que as propostas sejam adequadamente formadas e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato possa ser aferido com precisão, não bastam informações textuais descritivas desses investimentos, como as apresentadas.

Essas intervenções, que compõem o CAPEX/REPEX da concessão, devem necessariamente ser estimadas tecnicamente, ainda que seja por meio de projeções paramétricas, suficientemente detalhada para que os concorrentes conheçam as características principais e os custos mais relevantes associados a esses empreendimentos. Adicionalmente, sem as estimativas de todas as despesas previstas na concessão não é possível aferir a economicidade e a viabilidade do projeto.

Destaca-se ainda que a divulgação desses orçamentos estimados, com nível de detalhamento adequado, ao invés de tolher as propostas dos licitantes (como sustenta o jurisdicionado), tem o condão de muni-los de informações úteis e relevantes para que possam averiguar os ganhos de eficiência e produtividade de que podem dispor em suas atividades empresariais internas. Tal segurança jurídica pode reverter em maiores valores de outorga ofertados e/ou melhor qualidade na prestação dos serviços, em benefício ao interesse público.

Igualmente necessário é o estabelecimento de um cronograma referencial para todas as intervenções. Como já delineado nesta instrução, a época em que cada um dos investimentos deve ocorrer tem repercussão direta nos fluxos de caixa líquidos anuais e, por conseguinte, no cálculo da TIR.

Conforme consta na tabela “VPL” do PNR revisado, o ERJ informou uma previsão e CAPEX/REPEX de R\$ 133 milhões no primeiro ano de concessão, o que não se coaduna com o previsto no Anexo XII, que possui previsão expressamente diferente (as intervenções devem ser contempladas nos 3 primeiros anos de execução contratual).

Além disso, o valor total de R\$ 133 milhões não foi considerado nos fluxos de caixa previstos na aba “Business Plan” do Plano de Negócios Revisado, bem como não se encontra justificado, uma vez que não são apresentadas as estimativas e detalhamentos individuais de cada uma dessas intervenções.

Ressalte-se que esses dois fatores – orçamento e cronograma dos investimentos – são críticos para a adequada apresentação dos fluxos de caixa da concessão, além de representarem exigência expressa do item 10 do Pronunciamento Contábil CPC 03 – Demonstração dos Fluxos de Caixa, norma contábil que disciplina a forma de apresentação e divulgação dessa demonstração financeira. **Ademais, a projeção fidedigna dos valores e época dos gastos de capital (CAPEX/REPEX) é decisiva para a delimitação do prazo contratual, que deve ser suficiente à amortização dos investimentos realizados.**

Dessa forma, considerando a ausência de cronograma e orçamento relativos às intervenções obrigatórias a cargo da concessionária, impossibilitando a apresentação dos fluxos de caixa e a formulação das propostas de maneira adequada, bem como impedindo uma precisa

delimitação da transferência de riscos do projeto e uma avaliação da economicidade do certame, é ineludível ponderar o não atendimento do decidido no item.

Notam-se, a partir da manifestação do corpo instrutivo deste Tribunal, os impactos relevantes decorrentes da **ausência de previsão detalhada de valores e da periodicidade dos investimentos, que efetivamente consistem em informações definidoras do equilíbrio contratual, impactando, inclusive, diretamente na formulação das propostas pelas licitantes e na fixação do prazo da concessão, que deve ser suficiente à amortização dos investimentos a serem realizados.**

Nada obstante, ao mesmo tempo, **é preciso compatibilizar essa exigência com a legítima opção do Jurisdicionado, fundada nos inúmeros exemplos de concessão de arenas esportivas fracassadas, de não engessar o modelo de negócios a ser desenvolvido pelo licitante e com o fim de não estabelecer, de forma taxativa, o valor e a periodicidade dos investimentos obrigatórios,** previstos no Anexo XII do Edital, cujo trecho transcrevo:

Portanto, partindo das premissas descritas e após analisar modelos nacionais e internacionais de concessões de arenas, considerando vários aspectos exitosos e buscando soluções para mitigar os principais problemas dos modelos que naufragaram e foram rejeitados pela sociedade, está sendo proposto neste anexo diversas intervenções que buscam uma solução de gestão moderna, comprometida com a história e principais necessidades de um equipamento esportivo como o Complexo do Maracanã, **abarcando de forma equilibrada o interesse público, sem retirar o interesse privado ao garantir uma exploração vantajosa mas dentro dos limites legais,** que propõe ainda um tempo justo e suficiente para atender o binômio risco-lucro levando em consideração o estado atual do referido bem público.

As intervenções aqui descritas, obrigatoriamente deverão estar contempladas nos 3 primeiros anos de execução das propostas apresentadas e deverão compor o CAPEX sugerido, porém não limitam os licitantes de apresentarem outras intervenções que considerem necessárias ao bom funcionamento do Complexo e ao êxito de seu projeto.

Cita-se, como exemplo, a necessidade de manutenção e reforma da cobertura do estádio ou do ginásio: não faria sentido o Jurisdicionado precificar eventual investimento em um tipo de tecnologia, pois, a depender do uso que pretende dar o licitante, poderia haver outra escolha, que melhor proveito daria à utilização do equipamento, dentro de suas finalidade negociais.

Assim, embora vislumbre, efetivamente, a **necessidade de aperfeiçoamento de tais fatores da equação econômico-financeira da concessão,** considero que tal constatação não pode deixar de considerar as justificativas e ponderações legitimamente apresentadas pelo Estado. Nesse sentido,

visando a compatibilizar as posições, entendo que o Jurisdicionado deve ser instado **a apresentar o estudo que resultou na precificação referencial mínima e simplificada dos investimentos, ao qual deverá ser conferido o imprescindível sigilo por esta Corte de Contas**, com a finalidade de evitar que as licitantes tenham acesso a esses valores, devidamente acompanhado de **justificativa técnica sobre a segurança e operacionalidade do equipamento ao se permitir aos licitantes que optem pelo momento de adoção desses investimentos ao longo de 3 (três) anos, sem estabelecimento de um cronograma prévio.**

Estabelecida a precificação referencial simplificada do mínimo de investimentos a serem promovidos pelos licitantes, bem como atestada a segurança e operacionalidade do equipamento durante os 3 anos de adoção de investimentos, seriam criadas as condições adequadas para a aceitação de propostas, bem como **seria afastado o risco de pedidos futuros de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em razão de os custos dos investimentos e o cronograma das intervenções terem sido definidos pelo próprio licitante.**

Desse modo, superadas as exigências acima descritas, considero que esta Corte de Contas deve acolher a metodologia proposta pelo Jurisdicionado em relação ao ponto, que, diante das peculiaridades especialíssimas que envolvem a concessão de uma arena esportiva tão complexa como o Maracanã, optou por conferir abertura às licitantes para apresentarem o seu plano de investimentos, a partir de diretrizes fixadas pelo Concedente.

Por outro lado, **em relação à não coincidência entre a TIR de 13,85% a.a., e o WACC de 11,77%**, o corpo instrutivo destacou o seguinte:

Relativamente à compatibilidade entre a TIR do projeto e o WACC, rememoramos que, em concessões de ativos públicos, a TIR estimada para o projeto deve ser equivalente ao WACC do setor, procedimento amplamente defendido pelo Tribunal de Contas da União, conforme transcrição no Voto de 05.04.2023, bem como conforme as boas práticas na modelagem de concessões em que o tipo de licitação envolva maior oferta pela outorga.

Entretanto, os valores constantes da tabela informada pelo ERJ em sua manifestação não coincidem, (TIR de 13,85% a.a., enquanto o WACC de 11,77% a.a.), um dos pontos que evidencia a negativa do ERJ em estimar uma expectativa de rentabilidade ao concessionário em conformidade com o usualmente adotado no mercado.

A relação entre essas duas variáveis do projeto, sendo uma endógena (TIR – expectativa de rentabilidade estimada para o projeto) e outra setorial, exógena (WACC – custo de oportunidade do capital) é relevante para que se estabeleça o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A TIR deve coincidir com o WACC, o que resulta em um VPL nulo, quando descontado à mesma taxa.

Dessa forma, em concessões modeladas a partir da metodologia dos fluxos de caixa descontados, ao trazer os fluxos de caixa líquidos anuais a valor presente descontados à estimativa do WACC setorial, que representa o custo de oportunidade do capital, obtém-se um Valor Presente Líquido (VPL) que representa o excesso de viabilidade do projeto concessionário.

Diante do exposto, persistem diversas inconsistências no cálculo da TIR que militam a favor do não atendimento do determinado no item, com base no princípio da economicidade.

Em que pese o entendimento perfilhado pelo Corpo Instrutivo, a necessidade de igualar a TIR do projeto e o WACC cuida de tema de grande complexidade, com questionamentos na literatura especializada a respeito do uso da TIR – Taxa Interna de Retorno – como ferramenta para medir desequilíbrios e reequilibrar contratos¹.

A TIR é uma ferramenta financeira, cujo uso para reequilíbrio de contratos de concessão e PPP – Parceria Público-Privada – tem sido muito discutido pelos administrativistas, especialmente a partir da valorização no mundo acadêmico de contribuições inter e transdisciplinares e, de outro lado, da crescente influência no Brasil da análise econômica do direito (*law and economics*)².

Com a finalidade de elucidar o tema, entendo como necessário trazer mencionada lição doutrinária por meio da qual se explica a utilidade da TIR para fins de precificação da concessão:

Em preparação para a realização da concessão, o poder concedente ou agência reguladora realiza estudos de viabilidade nos quais, ao lado de estimar custos e demanda pelos serviços, estabelece a TIR como a rentabilidade mínima que lhe parece necessária para atrair investidores com o perfil adequado para o projeto, considerando as obrigações e riscos a serem atribuídos ao concessionário.

A TIR nesse caso é estabelecida, portanto, como uma estimativa para calcular o preço de reserva, que, a depender do projeto, pode ser a tarifa-teto, a contraprestação-teto ou o pagamento mínimo pela outorga.

Os participantes da licitação também utilizam a TIR para precificação da concessão. Nesse caso, a TIR é utilizada também como estimativa para – considerando os custos e a demanda estimada pelos estudos realizados pelo participante da licitação – calcular o valor da sua proposta de preço na licitação, que pode ser como já mencionamos, a proposta de tarifa, de contraprestação, ou de pagamento pela outorga³.

¹ Nóbrega, Marcos. Os limites e a aplicação da Taxa Interna de Retorno. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/os-limites-e-a-aplicacao-da-taxa-interna-de-retorno>. Acesso em 31/05/2023.

² RIBEIRO, Maurício Portugal; SANDE, Felipe. **Mitos, incompreensões e equívocos sobre o uso da TIR Taxa Interna de Retorno para equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos**: Um estudo sobre o estado da análise econômica do direito no direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, v. 18, n. 71, out./dez. 2020. p. 157-186.

³ RIBEIRO, Maurício Portugal; SANDE, Felipe. **Mitos, incompreensões e equívocos sobre o uso da TIR Taxa Interna de Retorno para equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos**: Um estudo sobre o estado da análise econômica do direito no direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, v. 18, n. 71, out./dez. 2020. p. 157-186.

A explicação acima exposta demonstra as premissas em que se baseou o corpo instrutivo ao longo de sua manifestação técnica para identificar as seguintes inconsistências: necessidade de identificar corretamente as receitas e despesas envolvidas no Plano de Negócios Referencial; e, como visto anteriormente, a imprescindibilidade de que se identifiquem, de maneira objetiva, as estimativas de valores dos investimentos a serem implementados pela concessionária, para que se definam corretamente as obrigações e custos do projeto e, conseqüentemente, a própria TIR, o que também garantiria, segundo a visão do corpo instrutivo, maior segurança jurídica à concessão, já que aos participantes seria permitida a correta precificação de seus custos para formulação da proposta de pagamento pela outorga fixa.

Por outro lado, em relação à não coincidência entre a TIR de 13,85% a.a., e o WACC de 11,77%, **é preciso reconhecer a complexidade e a ausência de consenso quanto ao tema.** Sobre o assunto, esclareceu o corpo técnico desta Corte que a estimativa de retorno previsto para a pretensa concessionária, materializada na TIR do projeto, deve ser equivalente ao WACC calculado. Confira-se, quanto ao ponto, a explicação do Tribunal de Contas da União sobre o que denomina “Método TIR”:

E) MÉTODO DA TIR

Entre as análises baseadas em fluxos de caixa descontados, destaca-se o Método da Taxa Interna de Retorno (TIR), na língua inglesa corresponde ao **Internal Rate of Return - IRR.**

Nos estudos para as concessões em comento foi utilizado tal método, o mais empregado nos projetos dessa natureza.

É necessário dedicar maior atenção à taxa inerente a esse modelo de análise, pois ela está no cerne da argumentação apresentada pela Agência de Regulação e pela ABCR, defendendo estes a existência de equilíbrio fundado na manutenção da mesma TIR, desde o início do contrato.

Existem na literatura diversas críticas importantes quanto ao método da TIR.

Considerado determinístico, o método da TIR basicamente consiste em comparar duas taxas: a própria TIR, que representa a taxa de rentabilidade do projeto ou empreendimento objeto do futuro contrato, com a Taxa Mínima de Atratividade (TMA).

Importante destacar que a TMA é um dos conceitos mais difundidos para as modelagens financeiras privadas. Representa a taxa a partir da qual o investidor está obtendo ganhos financeiros. “É uma taxa associada a um baixo risco, ou seja, qualquer sobra de caixa pode ser aplicada, na pior das hipóteses, na TMA” (CASAROTTO FILHO, 2000, p. 55).

Bastante difundido, o método calcula uma taxa, a TIR, que zera o Valor Presente do fluxo de caixa. No “valor presente”, portanto, se anulam mutuamente os investimentos (encargos) com os retornos (recompensas).

Matematicamente, a TIR é a taxa que satisfaz a seguinte equação:

O investimento é atrativo quando a TIR é maior do que a TMA. Caso ocorra o contrário, via de regra, não haverá interesse em investir, pois o retorno esperado no projeto não superaria outra aplicação conservadora, que apresentasse o mínimo de retorno. Sendo iguais as taxas, haveria uma situação de indiferença quanto à opção de investimento. Na prática, o projeto é atrativo quando sua TIR for pelo menos igual ao custo de capital, o qual é computado incluindo certos prêmios aos investidores.

A metodologia corrente para calcular o custo de capital é o chamado Custo Médio Ponderado de Capital, na linguagem inglesa correspondente ao Weighted Average Cost Of Capital (WACC), que serve para determinar a taxa de retorno base nos estudos de concessões. Consiste em proporcionar aos investidores um retorno igual ao que seria obtido sobre outros investimentos com características de risco comparáveis.

Mediante tal metodologia, a TIR resultante do fluxo de caixa do projeto equivale a uma remuneração de acordo com o custo de oportunidade do investidor. Em outros termos, a TIR do projeto corresponderá ao resultado do WACC.

O uso do método da TIR deve ser feito com a devida cautela. Devem ser analisados também outros parâmetros fundamentais para a definição de viabilidade e conveniência quanto ao investimento. Entre outros aspectos, as durações dos projetos, os volumes de recursos envolvidos, a disponibilidade destes, as condições de financiamentos, a possibilidade de alavancar outros projetos por meio de um primeiro.

(Acórdão nº 2927/2011, TCU – Plenário)

Nota-se, pelo próprio teor da decisão do TCU citada como paradigma pelo corpo instrutivo, que há na literatura diversas críticas importantes quanto ao método TIR. Ainda assim, a partir de sua adoção, considera-se o projeto atrativo quando sua TIR for pelo menos igual ao custo de capital, que é calculado através da metodologia Weighted Average Cost Of Capital (WACC), que serve para determinar a taxa de retorno base nos estudos de concessões.

Apesar de indicar que a TIR corresponderá ao resultado do WACC, o Tribunal de Contas da União destaca que o uso do método da TIR deve ser feito com a devida cautela, pois também devem ser analisados outros parâmetros fundamentais para a definição de viabilidade e conveniência quanto ao investimento.

De igual maneira, a literatura especializada reforça o cuidado que o Poder Judiciário e os órgãos de controle precisam ter quando buscam basear suas decisões a respeito da rentabilidade das concessões por meio da análise da TIR. Cito, sobre o tema, o excerto a seguir:

As decisões dos órgãos de controle e, principalmente do Poder Judiciário, muitas vezes são tomadas – repito – em bases equivocadas, porque a TIR quando tratada de maneira estática não poderia sobremaneira refletir a real rentabilidade do projeto.

Nesse sentido, métodos alternativos são possíveis como a TIR modificada, tendo como corolário o fluxo de caixa marginal. O problema maior, no entanto, persiste: a incompreensão dos limites e alcances da TIR e os métodos alternativos para avaliar a rentabilidade dos investimentos. Decisões tanto do TCU quanto do judiciário, baseadas na TIR, apresentam forte distorção em relação à realidade, o que acaba determinado decisões erradas. Na maioria das vezes, não faz sentido regular pela TIR, nem mesmo julgar com base nela⁴.

Após as últimas informações prestadas pelo Jurisdicionado, verificou-se que a TIR do projeto seria de 13,85% a.a., enquanto o WACC de 11,77%, o que tornaria, segundo o corpo instrutivo, a concessão favorável à iniciativa privada.

No entanto, está claro ao longo de todo o procedimento que o Estado do Rio de Janeiro possui como preocupação precípua viabilizar o uso do estádio pelos Clubes, seja de maneira isolada ou associados a empresas, para que atenda aos fins reconhecidos em seu procedimento de tombamento, consoante se constata de trecho da manifestação oral da Procuradoria do Estado, realizada durante a sessão plenária de 05/04/2023, *in verbis*:

E sobre a taxa de retorno, e esse é o meu segundo exemplo, a taxa de retorno obtida pelos cálculos da Casa Civil nem de longe se aproxima de 35%, muito pelo contrário. Ela está próxima de 14%. Em realidade, 13,85% um pouco acima da taxa mínima de atratividade que foi aí adotada a taxa Selic que remunera o capital que não é exposto ao risco. E acho que dificilmente alguém aqui acredita que manter um estádio, manter e gerir um estádio de futebol no Rio de Janeiro é uma atividade isenta de riscos, muito pelo contrário. Nesse momento, é importante indicar o que o Estado quer com a exploração do Maracanã. E o que o Estado do Rio de Janeiro deseja é uma gestão responsável, que preserve o valor simbólico e financeiro desse ativo e que garanta ao torcedor uma experiência satisfatória e gratificante.

Diante da finalidade pretendida pelo ERJ, na qualidade de Concedente, ao fixar as linhas básicas da “modelagem-geral” da concessão em tela, verificam-se expressivas peculiaridades envolvidas no procedimento que fogem da análise técnica usual e **exigem que esse Tribunal autocontenha a sua**

⁴ Nóbrega, Marcos. Os limites e a aplicação da Taxa Interna de Retorno. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/marcos-nobrega/os-limites-e-a-aplicacao-da-taxa-interna-de-retorno>. Acesso em 31/05/2023.

atuação, para que a atratividade do projeto não seja impactada por meio de determinações indevidas desta Corte.

Desse modo, levando em consideração que não mais se cogita que a TIR se aproximaria de 35%, como inicialmente alegou o corpo instrutivo, bem como as ressalvas que a literatura especializada traz sobre o uso da TIR para precificação e para a equação econômico-financeira, somada as peculiaridades dessa concessão, exaustivamente debatidas ao longo da análise dessa representação, considero que podem ser acolhidas, neste caso concreto, as justificativas apresentadas pelo Jurisdicionado.

(IV.2)

PRAZO DA CONCESSÃO

A decisão plenária de 05/04/2023 exigiu do Jurisdicionado que demonstrasse a adequação do prazo definido para a vigência contratual, pois **o prazo, como de conhecimento convencional, é um dos elementos centrais da definição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, já que o lapso temporal deve ser suficiente para amortizar os investimentos previstos.**

A manifestação do Jurisdicionado, no entanto, não cuidou do tema, razão pela qual a inconsistência em relação ao ponto remanesce.

Sobre a conexão entre equilíbrio econômico-financeiro e prazo de duração da concessão, Flávio Amaral Garcia leciona⁵:

As concessões, seja de serviço público ou de obra pública, envolvem vultuosos investimentos por parte do concessionário.

Daí por que é muito comum que esses contratos sejam pactuados com longos prazos de duração, o que é necessário para a amortização dos investimentos feitos pelo concessionário.

(...)

A Lei 8.987/1995 prevê que é cláusula essencial do contrato o prazo da concessão, não fixando, entretanto, prazos mínimos e máximos.

Isso não implica dizer que o poder concedente tem liberdade absoluta para fixar o prazo do contrato. Ao revés, o prazo deve ser aquele necessário para permitir a amortização dos investimentos realizados e a obtenção do justo lucro a que faz jus o concessionário.

⁵ Concessões, parcerias e regulação. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 32/33.

Assim, não há dúvidas que se trata de ponto nodal, com impacto expressivo na equação econômico-financeira, ainda não justificado pelo Jurisdicionado, sem o qual torna-se impossível permitir o prosseguimento da concessão, o que impõe a este Tribunal que, mais uma vez, solicite esclarecimentos refletidos em estudos técnicos, que justifiquem a definição do prazo da concessão estabelecido no edital.

(IV.3)

IRREGULARIDADES NA DEFINIÇÃO DE RECEITAS ORDINÁRIAS E EXTRAORDINÁRIAS

Nos termos descritos na decisão plenária anterior, que acolheu a manifestação técnica neste ponto, a repartição prevista das receitas acessórias não se coadunaria com as boas práticas na modelagem de concessões, tendo em vista que: (i) o percentual fixado incidirá sobre a **receita líquida**, o que dá margem à manipulação contábil por parte da concessionária de forma a que os custos que incidem sobre a receita não representem fidedignamente aqueles efetivamente incorridos; e (ii) o próprio jurisdicionado já utilizou percentuais e bases de cálculo maiores em projetos concessionários cujo leilão tenha sido considerado como bem sucedido, gerando relevantes receitas para o erário estadual mesmo que a modelagem previsse compartilhamento de receitas acessórias mais favorável ao Estado.

Assim, foi determinado ao Jurisdicionado que justificasse o modelo escolhido de repartição das receitas acessórias da concessão ou, ao menos, que apresentasse esclarecimentos adicionais para demonstrar o acerto de sua decisão a esse respeito.

O Jurisdicionado, em atendimento, apresentou os seguintes esclarecimentos:

O Brasil aparece em segundo lugar no levantamento de 2021 da OCDE entre carga tributária para o setor de telecomunicações e os provedores de serviços de internet (Internet Service Provider ou ISP) são um dos segmentos que mais sofrem com a alta carga tributária, que atinge, na média nacional, 34% da receita bruta.

Dessa forma, no exemplo, para cada R\$ 100 de receita bruta, haveria, de forma simplificada, um desconto de R\$ 34 de carga tributária e um custo de mão de obra estimado em R\$ 5, por

exemplo. Desta forma os descontos totalizariam R\$ 39 e a receita líquida seria de R\$ 61. A outorga ao poder concedente seria de R\$ 6,1 (10%).

Caso a outorga recaísse sobre a receita bruta, para cada R\$ 100 de receita bruta, haveria, de forma simplificada, um desconto de R\$ 34 de carga tributária, um custo de mão de obra estimado em R\$ 5 e R\$ 10 de outorga. Desta forma os descontos totalizariam R\$ 49 e a receita líquida seria de R\$ 51. A outorga ao poder concedente equivaleria a 24,39%.

Essas foram as razões, econômicas, para que fosse definida a cobrança de outorga variável no patamar de 10% da receita líquida, objetivando com o percentual não contribuir para inviabilizar as atividades capazes de gerar receitas extraordinárias e, desta forma inibir os potenciais ganhos do poder concedente com a outorga variável e recolhimento de impostos.

O corpo instrutivo, posteriormente à análise das alegações do Jurisdicionado, argumenta o seguinte, em resumo: verifica-se a predominância de um percentual sobre a receita bruta, a exemplo dos 10% indicados no projeto da concessão regionalizada de distribuição de água e esgotamento sanitário realizado pelo próprio ERJ; e a conceituação de receita líquida, que consta em cláusula da minuta do contrato, prevê rubricas que possuem **alto risco de subjetividade e imprecisão**.

Assiste razão ao corpo instrutivo ao exigir que **a incidência do percentual se dê sobre a receita bruta**, e não sobre a receita líquida, com a finalidade de afastar significativo grau de subjetividade a respeito de quais rubricas deveriam incidir para identificação da receita líquida, o que traz maior segurança jurídica à relação travada entre poder concedente e concessionária.

Em acréscimo, após breve pesquisa, pude constatar que o percentual de outorga variável praticado em outras concessões é até inferior ao estabelecido pelo ERJ, sendo que, nos casos em que verifiquei, **a base de cálculo aplicada sempre é a receita bruta**⁶, nos termos sugeridos pela instância técnica, razão pela qual entendo não caber mais a interferência deste Tribunal acerca do percentual fixado pelo Jurisdicionado, o que me leva a acolher parcialmente a sugestão do corpo instrutivo relativamente a esse item, direcionando **determinação para que o percentual de compartilhamento de receitas extraordinárias estabelecido pelo Jurisdicionado incida sobre a receita bruta.**

⁶ Cito como exemplo, a concessão do "Mineirinho", em que se prevê o pagamento de outorga variável de 2% da receita bruta. O montante será aumentado em 1% a cada 5 anos de contrato vigente. Caso a concessionária não cumpra os indicadores de desempenho, os valores de outorga passam a ser de 4% no início do contrato, chegando a 9% ao final. Disponível em: <http://www.infraestrutura.mg.gov.br/component/gmg/story/3054-governo-de-minas-concede-estadio-do-mineirinho-a-iniciativa-privada?layout=print>.

(IV.4)

AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DAS FONTES DE RECEITAS

No que diz respeito à ausência de avaliação das fontes de receitas, a decisão plenária de 05/04/2023 acolheu parcialmente as ponderações do jurisdicionado, por considerar “*razoável que se valha da experiência pretérita da administração do Maracanã para fixar as fontes de receita*”. No entanto, ressaltou-se, naquela oportunidade, que haveria a necessidade de ampliação dos dados de referência, para que fosse considerada uma série histórica fidedigna.

O corpo instrutivo, após análise da resposta do Jurisdicionado, não identificou qualquer elemento específico trazido pelo Jurisdicionado em relação a esse ponto, o que o levou a se manifestar pela não adequação da data base dos dados utilizados para realizar as projeções e, ainda, apontou 3 (três) irregularidades que ainda remanesceriam: (i) ausência de justificativa para as estimativas de receitas com publicidade; (ii) ausência de consideração, no PNR, de algumas das receitas ordinárias; (iii) subavaliação, no PNR, das receitas com eventos, decorrente da consideração de número de eventos no Estádio inferior àquele previsto no Termo de Referência.

No entanto, faz-se necessário reproduzir o teor da decisão plenária de 05/04/2023 sobre o tema:

Quanto ao ponto, estou de acordo com o Conselheiro-Revisor em seu voto-vista quando diz caber ao Concedente estipular quais receitas devem estar previstas no projeto de concessão, a depender das peculiaridades de cada projeto. Contudo, **mais uma vez é possível verificar que o ERI se valeu apenas dos dados referentes ao ano de 2020 para fixar as receitas, quando deveria se valer de um série histórica de 3 ou 4 anos, conforme se tem repetido seguidamente neste voto.**

O corpo instrutivo identificou, ainda, falha relativa à ausência de estimativa de receitas ordinárias do projeto. Segundo aduz, embora o item “c” da conclusão do Estudo Técnico de Viabilidade Econômica (EVTE) estabeleça que as receitas ordinárias são responsáveis por assegurar a sustentabilidade financeira do projeto, e que, de acordo com o subitem 3.3.1 do Termo de Referência, devem ser obrigatoriamente previstas no plano de negócios, na prática algumas dessas receitas não foram consideradas no Plano de Negócios Referencial elaborado pelo Estado do Rio de Janeiro, a exemplo das seguintes: (i) aluguel do ginásio Maracanãzinho para atividades esportivas, (ii) lounges, (iii) cadeiras VIPs e (iv) estacionamentos. Nesse contexto, **haveria um descasamento entre as informações constantes do Termo de Referência (subitem 3.3.1) e do Plano de Negócios formulado, valendo repisar uma vez mais que tais estimativas são primordiais para a economicidade da concessão.**

Aqui, uma vez mais, parece haver um desencontro entre as informações contidas no Termo de Referência e no Plano de Negócios, que pode gerar dúvidas e impactar no

juízo de viabilidade econômica do projeto. Por conseguinte, reputo necessário que o Estado do Rio de Janeiro promova as devidas adequações na documentação referida, ou que preste esclarecimentos adicionais a esta Corte quanto ao ponto.

Assim, sobre este ponto, acolho parcialmente os esclarecimentos fornecidos pelo Estado do Rio de Janeiro, visto que considero razoável que se valha da experiência pretérita da administração do Maracanã para fixar as fontes de receita; no entanto, quanto a esse ponto, também faz-se necessário ampliar os dados de referência, para que considere uma série histórica fidedigna, e não apenas o ano de 2020, assim como afigura-se necessário que sejam prestados esclarecimentos adicionais quanto às divergências entre as informações constantes do Termo de Referência (sibitem 3.3.1) e do Plano de Negócios formulado.

Verifica-se, em relação a identificação das fontes, que apenas duas questões restavam pendentes a partir da decisão plenária anterior: (i) ampliação da base de dados de referência e (ii) esclarecimentos adicionais quanto às divergências entre as informações constantes do Termo de Referência (sibitem 3.3.1) e do Plano de Negócios formulado.

Sobre a primeira, ao considerar plausível a utilização da base dados de 2019, esta Corte de Contas admite como adequadas as fontes de receitas que já estão previstas no Plano de Negócios Referencial, o que afasta, a meu ver, qualquer grave irregularidade relacionada a esse ponto, restando somente ao Jurisdicionado, nos termos da decisão plenária de 05/04/2023, justificar o motivo pelo qual não foram consideradas no Plano de Negócios Referencial elaborado pelo Estado do Rio de Janeiro as seguintes receitas ordinárias: (i) aluguel do ginásio Maracanãzinho para atividades esportivas, (ii) *lounges*, (iii) cadeiras VIPs e (iv) estacionamentos.

Sobre o último assunto, o corpo instrutivo destacou que “em relação à aventada ausência de previsão de todas as receitas ordinárias no Plano de Negócios Referencial, vislumbra-se na versão revisada desse documento que nenhuma das receitas exemplificativamente mencionadas na manifestação de 07.03.2023 está contemplada na planilha. Assim, considerando que o conteúdo do item 3.3.1 da nova versão do Anexo I – Termo de Referência disponibilizada pelo jurisdicionado (peça 202), conclui-se pela permanência da incoerência entre as receitas previstas no PNR e aquelas exigidas pelo Anexo I do Edital”.

Desta forma, considero que remanesce pendente, nos termos da decisão plenária de 05/04/2023, a apresentação de justificativas para a não incorporação das seguintes receitas ordinárias: (i) aluguel do ginásio Maracanãzinho para atividades esportivas, (ii) *lounges*, (iii) cadeiras VIPs e (iv) estacionamentos.

(IV.5)

IRREGULARIDADES NA TAXA DE DESCONTO DO PROJETO

O voto proferido em 05/04/2023 destacou 3 pontos relevantes pertinentes à taxa de desconto do projeto: (i) ausência de desconto do impacto inflacionário sobre a estimativa; (ii) falta de transparência para a justificativa e a série temporal utilizada para se chegar a todos os parâmetros e índices que integram o cálculo do WACC apresentado pelo Estado do Rio de Janeiro; e, por fim, (iii) injustificada inclusão de risco que foge ao modelo básico do modelo de precificação de ativos CAPM, utilizado expressamente pelo Edital para a estimativa do custo de capital próprio (Ke).

Sobre o assunto, o Jurisdicionado alegou que optou por não seguir modelos de desestatização realizados no Brasil, esclarecendo, porém, que buscou paralelos de arenas internacionais. Eis as justificativas apresentadas pelo ERJ:

Ainda sobre aspectos relacionados com a modelagem econômica do projeto, oportuno destacar que o cenário base construído para calcular o WACC do negócio optou por não considerar modelos de desestatização realizados no Brasil e que resultaram em fracassos de negócios e dívidas para os Poderes Concedentes, cujo descasamento com o projeto do Complexo Maracanã já foi longamente detalhado.

Buscou-se, dessa forma, estabelecer paralelos com modelos de gestão de arenas compatíveis internacionalmente, chegando-se aos modelos de gestão financeira de Besiktas Futbol Yatirimlari Sanayi ve Ticaret A.S., S.S. Lazio S.p.A., Borussia Dortmund GmbH & Co. Kommanditgesellschaft auf Aktien, AFC Ajax NV e Juventus Football Club S.p.A. Estes clubes são listados em bolsas de valores e fazem a gestão operacional e financeira de seus estádios, o que permite serem modelos para a construção do WACC (Weighted Average Capital Cost - Custo Médio Ponderado de Capital).

Mais uma vez, reporto-me à análise que empreendi no “item IV.1.c” deste voto, que demonstrou as ressalvas feitas pela literatura especializada sobre o uso da TIR para precificação e para a equação econômico-financeira, cenário no qual também se insere o cálculo das Taxas de Desconto, o que exige a superação da irregularidade neste caso concreto, em razão das peculiaridades da concessão *sub examine*, motivo pelo qual acolho as justificativas apresentadas pelo Jurisdicionado quanto ao tema.

(IV.6)

CONCLUSÃO PARCIAL: DÉFICIT INFORMACIONAL IMPEDITIVO DE ANÁLISE MERITÓRIA FINAL

INCONSISTÊNCIAS RELATIVAS AOS ASPECTOS ECONÔMICO-FINANCEIROS

Encerrada a análise a respeito das inconsistências relativas aos aspectos econômico-financeiros, verifico que remanescem algumas falhas residuais, que, sem sombras de dúvidas, necessitam de esclarecimentos complementares, pois impedem a revogação da tutela provisória deferida por este Tribunal.

É inegável a boa condução que tem sido conferida à análise do edital de concessão do complexo do Maracanã, no âmbito do qual, como já descrito na decisão plenária de 05/04/2023, o ERJ tem adotado postura cooperativa no intuito de construir as melhores soluções possíveis, o que impõe, a meu ver, que esta Corte de Contas siga contribuindo com o Jurisdicionado, no exercício de seu **papel pedagógico e orientador** com a finalidade de otimizar e viabilizar.

Para tanto, entendo como pertinente fixar os **pontos ainda controvertidos em relação aos aspectos econômico-financeiros**, para que sejam objeto de nova comunicação para esclarecimentos adicionais ao Jurisdicionado. São eles:

- (i) obrigatoriedade da adequada atualização dos valores encontrados na base de dados de 2019 para fins de cálculo de outorga;
- (ii) esclarecimentos refletidos em estudos técnicos, que justifiquem a escolha do prazo da concessão estabelecido no edital;
- (iii) apresentação de estudo que resultou na precificação referencial mínima e simplificada dos investimentos, ao qual deverá ser dado o devido **sigilo** por esta Corte de Contas, com a finalidade de evitar que as licitantes tenham acesso a esses valores, devidamente acompanhado de justificativa técnica sobre a segurança e operacionalidade do equipamento ao se permitir aos licitantes que optem pelo momento de adoção desses investimentos ao longo de 3 (três) anos, sem estabelecimento de um cronograma prévio;
- (iv) apresentação de justificativas para a não incorporação das seguintes receitas

ordinárias: aluguel do ginásio Maracanãzinho para atividades esportivas, *lounges*, cadeiras VIPs e estacionamentos.

Reforço, a título de melhor organizar os trabalhos, que as alíneas acima descritas são as únicas irregularidades que considero impeditivas para o prosseguimento do certame, já que, os demais pontos anteriormente identificados ou já foram superados, ou serão objeto, desde logo, de determinações para correções.

Ultrapassadas tais considerações, passo, agora, a examinar a irregularidade apurada na previsão de **Verificador Independente**.

(v)

IRREGULARIDADES NA PREVISÃO DE VERIFICADOR INDEPENDENTE

Como já se antecipou, em decisão plenária de 05/04/2023, foi realizada comunicação ao jurisdicionado para que promovesse *“as adequações que entender devidas no edital e seus anexos, de modo a resguardar os princípios da proporcionalidade, da impessoalidade e da moralidade, e ainda, a própria eficácia da **atuação do Verificador Independente**, à luz das considerações apresentadas no tópico (V) deste voto”*.

O mencionado tópico (V) do *decisum* pretérito esclareceu que, de acordo com o exame realizado pela CAD-DESESTATIZAÇÃO, haveria duas irregularidades concernentes à disciplina da figura do Verificador Independente (VI) na concessão em tela.

A primeira delas seria relativa à apresentação de lista tríplice e à remuneração de tal personagem a cargo da concessionária. Segundo relatou o corpo instrutivo em manifestação de 07/03/2023, na minuta do contrato existe a previsão de que a seleção do Verificador Independente se baseará em lista tríplice a ser apresentada pela concessionária, que será responsável pelos respectivos pagamentos (itens 19.1 e 31.1 da minuta contratual), o que suscita preocupação diante do alto risco de conflito de interesses e de captura na fiscalização do contrato. A segunda falha consistiria no fato de o relatório de desempenho ser elaborado pela própria concessionária, no caso de não contratação do VI, em evidente situação de conflito de interesses. Nesse cenário, o corpo técnico deste Tribunal defendeu a revisão das referidas previsões contratuais.

Em resposta ao determinado, esclareceu o jurisdicionado o que segue:

No que concerne à figura do Verificador Independente, cumpre-nos esclarecer que, visando atender as recomendações traçadas no voto proferido por esta Colenda Corte de Contas, a Comissão Técnica do Certame alterou a cláusula 28 do Edital e o Anexo XIII, incluindo, nesse contexto, parâmetros de escolha do Verificador análogos àqueles estabelecidos pelo Tribunal de Contas da União, consolidados no Acórdão TCU nº 2534/2022-PLENÁRIO, nos termos expostos pela CAD-Desestatização na Representação da SGE.

Salienta-se, também, que foi inserida nova cláusula para dispor sobre a hipótese de o Verificador Independente não ser contratado tempestivamente por culpa do Estado, de modo a resguardar os princípios da proporcionalidade, da impessoalidade e da moralidade, e ainda, a própria eficácia da atuação do Verificador Independente.

Da análise dos documentos mencionados pelo jurisdicionado (o Edital revisado, documento #3829085 - peça 201, e o Anexo XIII revisado, documento #3829163 - peça 214), verifica-se que a contratação e remuneração da figura do Verificador Independente permanecem a cargo da concessionária, conforme consta, respectivamente, nos itens 3.1 do Anexo XIII e 28.2 do Edital:

3. Contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE

3.1 A CONCESSIONÁRIA deverá contratar o VERIFICADOR INDEPENDENTE credenciado pelo PODER CONCEDENTE.

28. VERIFICADOR INDEPENDENTE

(...)

28.2. Os custos do VERIFICADOR INDEPENDENTE serão suportados pelo vencedor do certame.

Pois bem. De início, conforme esclarecido na decisão pretérita deste Tribunal, embora se reconheça que o atual entendimento do Tribunal de Contas da União admite a contratação e seleção do VI a cargo da concessionária, certo é que em julgados mais recentes a Corte de Contas da União condiciona a admissibilidade de tal conduta ao atendimento de diversos **condicionantes** que teriam como objetivos: (i) mitigar o potencial conflito de interesses, (ii) estabelecer condições para habilitação como VI e, também, (iii) conferir ampla transparência às avaliações realizadas por aquela

figura, de maneira a fortalecer, inclusive, o controle social da concessão. Por outras palavras, hodiernamente exige o TCU a previsão de condicionantes aptos a resguardar a observância do princípio da impessoalidade e a própria eficácia da figura do Verificador Independente, o que não se verificou na documentação do certame *sub examine*.

Quanto ao tema, pertinente esclarecer que o TCU vinha se mostrando favorável à contratação do VI em projetos de concessão, inclusive no formato em que a concessionária fosse responsável por seu pagamento⁷. Entretanto, em decisões posteriores⁸ houve uma alteração da jurisprudência, que passou a entender que a contratação do VI não se coadunava com o aparato legal, além de não se mostrar compatível com o princípio da eficiência, usurpando competências das agências reguladoras⁹. **O entendimento do TCU se deu, em suma, baseado no argumento de que haveria fragilidade do modelo, visto que, em última medida, se transferia à concessionária a obrigação de fiscalizar o seu próprio contrato.**

Não obstante, em decisões mais recentes¹⁰, a Corte de Contas Federal revisitou a questão e passou a entender possível a contratação de um terceiro independente remunerado pelas concessionárias, desde que observadas as diversas condicionantes que minimizariam os riscos de captura pelo parceiro privado.

Com efeito, trata-se de preocupação válida, tendo em vista que, de fato, a contratação e remuneração do VI pela concessionária cria um vínculo jurídico entre tais figuras, que pode interferir, na prática, na atuação daquele examinador, **sendo necessário que se adotem medidas em prol da observância do princípio da impessoalidade e da própria eficácia da atuação do Verificador Independente.**

⁷Acórdão nº 2.472/2020 – TCU – Plenário, relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues.

⁸ V.g Acórdãos nº 4.036/2020 – TCU – Plenário, relatoria do Ministro Vital do Rêgo e nº 4.037/2020 – TCU – Plenário, relatoria do Ministro Benjamin Zymler, e nº 498/2021 – TCU – Plenário, relatoria do Ministro Vital do Rêgo. Destaca-se que nesta última decisão, o relator reforçou que as regras previstas nas minutas de contrato não garantiam que o verificador independente atuasse de forma isenta, dado que seria contratado e remunerado pelo próprio fiscalizado.

⁹ Na decisão foram citados os incisos VII e VIII, do art. 24208 da Lei 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de transportes Aquaviários – ANTAQ), de contrariar norma interna da ANTT (Portaria ANTT n.º 127/2019209) e teor de plano de ação elaborado por setor interno da agência em que previa a não dependência de informações produzidas pelas concessionárias no processo de fiscalização dos contratos de concessão. Segundo a decisão, tal cenário implicou uma grande dependência do órgão de fiscalização, que deixou de exercer “*de forma efetiva, suas incumbências legais atinentes à fiscalização dos contratos de concessão ao longo de quase duas décadas*”, situação que “*já se comprovou ruínosa aos interesses dos usuários das rodovias federais concedidas consubstanciadas na prestação de serviço adequado (art. 6º da Lei 8.987/1995)*”, razão pela qual eventual contratação e remuneração de terceiro para auxiliar na fiscalização do contrato deveria se dar pelo poder público. Em razão disso, o tribunal determinou que a ANTT suprimisse da minuta de contrato de concessão qualquer referência ao chamado “relator independente”.

¹⁰ Vide Acórdãos 1.766/2021-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, e nº 1.769/2021-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Raimundo Carreiro.

Diante deste cenário jurisprudencial¹¹, entendi razoável exigir a definição de condicionantes para a seleção, contratação e remuneração de tal personagem pela concessionária, a exemplo daquelas consignadas no Acórdão nº 2534/2022, TCU – Plenário, dentre as quais podem ser citadas: (i) estipulação de prazo máximo para a atuação da sociedade contratada como VI, (ii) previsão de ampla divulgação dos documentos e análises produzidas pelo VI, mediante publicação em sítio na *internet*, (iii) tipificação de sanções administrativas à concessionária e ao VI em caso de conluio, além de possíveis cominações cíveis e penais em âmbito judicial, dentre outras.

Com vistas a aferir a efetividade das alterações realizadas pelo jurisdicionado, entendo oportuno trazer à colação tabela comparativa produzida pela instância técnica em que são cotejadas as alterações efetuadas no Edital e no Anexo XIII, à luz dos condicionantes análogos aos definidos pelo TCU e enumerados na instrução da CAD-DESESTATIZAÇÃO de 07/03/2023¹²:

TABELA COMPARATIVA - CONDICIONANTES PARA A CONTRATAÇÃO E REMUNERAÇÃO DO VI PELA CONCESSIONÁRIA		
CONDICIONANTE	ITEM	CONTEÚDO DO ITEM
Estipulação de um prazo máximo de atuação da empresa contratada para atuar como Verificador Independente, não permitindo a recontração para o período subsequente;	3.2 do Anexo XIII	“3.2 O VERIFICADOR INDEPENDENTE terá prazo de atuação máximo e improrrogável de 5 (cinco) anos, sem possibilidade de recondução.”
Submissão do eventual interesse da concessionária em rescindir o contrato celebrado com o Verificador Independente à prévia manifestação do Poder Concedente, devidamente fundamentado e mediante apresentação de nova lista tríplice;	3.8 do Anexo XIII	“3.8 Eventual interesse da CONCESSIONÁRIA em rescindir o contrato com o Verificador Independente deverá ser submetido previamente à manifestação do PODER CONCEDENTE, com a apresentação dos respectivos fundamentos e indicação de lista tríplice para aprovação de novo Verificador.”
Previsão de rescisão do contrato celebrado com o Verificador Independente em razão da emissão de informações não fidedignas, do não atendimento às demandas, e de inoperância;	3.9 c/c 3.9.4 do Anexo XIII	3.9 Mediante decisão do PODER CONCEDENTE, o VERIFICADOR INDEPENDENTE que infringir normas técnicas, as normas de boas práticas e a regulamentação da PODER CONCEDENTE, observado o direito ao contraditório e à ampla defesa, ficará descredenciado perante o PODER CONCEDENTE por até 5 (cinco) anos. (...) 3.9.4 O descredenciamento previsto nesta subcláusula

¹¹ Destaco, ainda, a decisão plenária desta Corte de Contas, proferida em sessão de 13/09/2021 nos autos do Processo TCE-RJ nº 204.216-3/21, oportunidade em que o Corpo Deliberativo, aderindo à proposição do corpo técnico, determinou que a Prefeitura Municipal de Angra dos Reis procedesse com a alteração dos documentos licitatórios para que o VI não fosse remunerado pela concessionária, visto que “*dar-se-ia um verdadeiro conflito de interesses, pois aquele que seria monitorado, fiscalizado ou “verificado” é o mesmo que remuneraria o verificador independente*”.

¹² Conforme explanado no **item III.4.4 do Acórdão TCU nº 2534/2022- Plenário**, referente à desestatização dos serviços de apoio à visitação do Parque Nacional de Jericoacoara, para que se admita a figura do Verificador Independente em tais termos é necessário o atendimento a diversos condicionantes, prolatados pelo TCU no bojo dos Acórdãos nºs 1.766/2021, 1.769/2021 e 2.804/2021, todos do Plenário, de forma a mitigar o potencial conflito de interesses gerado. Nessa esteira, aquela Corte vinculou a previsão, no projeto, de Verificador Independente remunerado e selecionado pela concessionária à inclusão de uma série de subcláusulas na minuta do contrato, visando a, principalmente: reduzir o conflito de interesses na contratação do VI; conferir ampla transparência aos pareceres por ele emitidos, fortalecendo inclusive o controle social da concessão; estabelecer condições de habilitação para atuação como VI; entre outros.

		3.9 acarretará a rescisão do contrato celebrado com o Verificador Independente, devendo a Concessionária apresentar nova lista tríplice ao PODER CONCEDENTE.
Tipificação de sanções administrativas à concessionária e ao Verificador Independente em caso de conluio para atuação fraudulenta deste, além das possíveis cominações cíveis e penais no âmbito judicial;	3.9, 3.9.1 e 3.9.2 do Anexo XIII	“3.9 Mediante decisão do PODER CONCEDENTE, o VERIFICADOR INDEPENDENTE que infringir normas técnicas, as normas de boas práticas e a regulamentação da PODER CONCEDENTE, observado o direito ao contraditório e à ampla defesa, ficará descredenciado perante o PODER CONCEDENTE por até 5 (cinco) anos. 3.9.1 Eventual comprovação de conluio importará em sanções administrativas para a CONCESSIONÁRIA, alcançando suas Partes Relacionadas. 3.9.2 Diante da situação descrita na subcláusula 3.9 acima, ou de suspeitas de fraudes, deverão ser encaminhadas informações aos órgãos competentes para possíveis cominações cíveis e criminais no âmbito judicial.”
Previsão de não vinculação da opinião emitida pelo Verificador Independente a qualquer das partes;	3.5 do Anexo XIII	“3.5 As entregas efetuadas pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE não elidem ou limitam os poderes e as competências fiscalizatórias e regulatórias do PODER CONCEDENTE, e a sua aceitação não vincula a análise e a decisão do Governo do Estado do Rio de Janeiro.”
Validação por órgão técnico do Poder Concedente de qualquer documento ou análise produzidos pelo Verificador Independente;	3.6 do Anexo XIII	“3.6 Os certificados, relatórios e produtos decorrentes da atuação do VERIFICADOR INDEPENDENTE serão reportados ao PODER CONCEDENTE, que promoverá a ampla divulgação aos usuários e demais interessados.”
Previsão de responsabilidade solidária entre o Poder Concedente e o Verificador Independente após a validação dos documentos ou análises por eventuais irregularidades constantes nos documentos;	-	NÃO CONSTA
Previsão de ampla divulgação pelo Poder Concedente dos documentos e análises produzidos pelo Verificador Independente, mediante publicação em sítio na internet; e	3.6 do Anexo XIII	“3.6 Os certificados, relatórios e produtos decorrentes da atuação do VERIFICADOR INDEPENDENTE serão reportados ao PODER CONCEDENTE, que promoverá a ampla divulgação aos usuários e demais interessados.”
Obrigações de a concessionária apresentar, junto à lista tríplice de empresas a serem qualificadas como Verificador Independente, a minuta do contrato a ser celebrado com o Verificador Independente, para aprovação	-	NÃO CONSTA

Da tabela acima constata-se, portanto, a ausência de regramento dos condicionantes relacionados (i) à previsão de responsabilidade solidária entre o Poder Concedente e o VI após a validação dos documentos ou análises por eventuais irregularidades constantes nos documentos, e (ii) à obrigação de a concessionária apresentar, junto à lista tríplice de empresas a serem qualificadas como VI, a minuta do contrato a ser celebrado com o Verificador Independente, para aprovação.

Conforme destacado pelo corpo técnico, a previsão de responsabilidade solidária entre o VI e o Poder Concedente quanto às irregularidades constatadas e apuradas nos documentos é medida que decorre do poder-dever de fiscalização de contratos administrativos outorgado indeclinavelmente ao Estado pelo sistema jurídico, ainda que conte com a assistência de terceiros, conforme estabelece o art. 67¹³ da Lei Federal nº 8.666/93, assim como os arts. 29 e 30¹⁴ da Lei Federal nº 8.987/95.

De acordo com o TCU¹⁵, a medida tem como objetivo assegurar a independência e a eficácia da figura do Verificador Independente, especialmente quando combinada com a exigência de validação, pelo Poder Concedente, dos pareceres elaborados pelo VI, validação essa que não pode estar subordinada às conclusões do Verificador Independente.

Ademais, igualmente relevante é a apresentação ao Poder Concedente da minuta do contrato a ser celebrado entre a concessionária e o VI, uma vez que se trata de providência que, segundo decisões

¹³ Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

¹⁴ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

¹⁵ Eis trecho do já mencionado **Acórdão nº 2534/2022, TCU – Plenário**:

“Além disso, os documentos e pareceres elaborados pelo verificador de conformidade para auxiliar na tomada de decisão acerca do cumprimento das obrigações da concessionária devem ser validados pelo ICMBio, que não deverá estar vinculado às conclusões do verificador de conformidade e poderá responder de forma solidária, em caso de eventuais irregularidades.”

Igualmente pertinente colacionar trecho do **Acórdão nº 2804/2021, TCU – Plenário**:

“Deste modo, a responsabilidade pela fiscalização da execução do contrato da concessão do PNI continua sendo exclusivamente do ICMBio, que poderá ter o auxílio do verificador de conformidade (VC) como forma complementar para o cumprimento de seu dever fiscalizatório. Além disso, os documentos e pareceres elaborados pelo VC para auxiliar na tomada de decisão acerca do cumprimento das obrigações da concessionária devem ser validados pelo ICMBio, que não deverá estar vinculado às conclusões do VC e poderá responder de forma solidária, em caso de eventuais irregularidades.” (...)

“Determinação: Adotar medidas efetivas, especialmente as discriminadas a seguir, para que os documentos e pareceres elaborados pelo OAC para serem utilizados nas tomadas de decisão acerca do cumprimento das obrigações da concessionária, sejam validados pelo órgão técnico do poder concedente, que não deverá estar vinculado às conclusões do OAC e responderá solidariamente por eventuais irregularidades, em atendimento ao disposto no art. 67 c/c o art. 124, da Lei 8.666/1993; no art. 37 da CF/88; nos art. 24, incisos VII e VIII, e 26, inciso VII, inciso VII, da Lei 10.233/2001; nos art. 6º, 25, § 2º, 29 e 30, parágrafo único da Lei 8.987/1995.”

do TCU, permite à administração pública validar o teor da minuta contratual relativa à contratação pela concessionária das atividades a serem desempenhadas pelo verificador.

Deste modo, entendo que, tal qual noticiado pela instância técnica, não obstante o Estado do Rio de Janeiro tenha empreendido consideráveis esforços para inserir os condicionantes nos documentos relacionados ao certame, persistem lacunas que não permitem considerar plenamente atendida a determinação contida no *decisum* pretérito, o que aumenta o risco de o procedimento de contratação, remuneração e atuação do Verificador Independente não resguardar a efetividade e os princípios da proporcionalidade, da impessoalidade e da moralidade.

À luz de tais considerações, acompanho o corpo técnico quanto ao atendimento parcial ao item pelo jurisdicionado, devendo ser gerada determinação para que sejam promovidos os necessários ajustes no instrumento convocatório de forma a constar condicionantes relativos à (i) previsão de responsabilidade solidária entre o Poder Concedente e o Verificador Independente após a validação dos documentos ou análises por eventuais irregularidades constantes nos documentos; e (ii) obrigação de a concessionária apresentar, junto à lista tríplice de empresas a serem qualificadas como Verificador Independente, a minuta do contrato a ser com ele celebrado, para aprovação do Poder Concedente.

Quanto à **segunda falha** apontada, relacionada à previsão de produção do relatório de desempenho pela própria concessionária em caso de não contratação do VI, em evidente conflito de interesses, bem alertou a CAD-DESESTATIZAÇÃO, em pronunciamento de 07/03/2023, que, não obstante não seja razoável punir a concessionária por uma atuação administrativa morosa e muitas vezes ineficiente, é igualmente irrazoável permitir uma autofiscalização por parte da concessionária, não apenas porque tal medida seria altamente ineficaz, mas sobretudo porque envolve evidente conflito de interesses, valendo destacar, em especial, que a avaliação produzida tem efeitos financeiros diretos, influenciando no valor da outorga a ser paga ao Concedente

Foi alertado em decisão plenária de 05/04/2023, portanto, que a solução adotada no edital sob exame seria excessivamente onerosa à Administração Pública. Restou esclarecido que, em verdade, o resultado pretendido aparentemente poderia ser atendido por outros meios menos gravosos ao interesse público, como, por exemplo, atribuindo ao Concedente a responsabilidade pela aferição do desempenho ou promovendo a repetição da última medição realizada até que ultimada a contratação do VI.

Em sua resposta, ressalta o jurisdicionado a inserção de novas cláusulas no Edital visando a dispor sobre a hipótese de o Verificador Independente não ser contratado tempestivamente por culpa do Estado. Eis a nova redação dos correlatos itens 28.3 e 28.4 do instrumento convocatório:

28.3 A não-verificação tempestiva dos INDICADORES DE DESEMPENHO, seja por inexecução do VERIFICADOR INDEPENDENTE ou sua não contratação, por culpa do Estado, ou por qualquer outro motivo, não autorizará a aprovação do relatório de verificação diretamente pelo PODER CONCEDENTE, hipótese em que não incidirá, para aquele período de apuração, o pagamento extra-trimestral vinculado à nota de desempenho do respectivo período, ressalvado o disposto na subcláusula 28.3.2.

28.3.1 A não-verificação dos INDICADORES DESEMPENHO referida na subcláusula 28.3 não impedirá sua verificação superveniente, pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE, relativamente ao período anterior e não verificado, quando isso for tecnicamente possível, para todos os fins previstos neste CONTRATO:

28.3.2. Na hipótese prevista na subcláusula 28.3.1, o pagamento dos valores eventualmente devidos pela CONCESSIONÁRIA relativamente à incidência retroativa dos INDICADORES DE DESEMPENHO poderá ser parcelado em até 5 (cinco) anos, contados a partir do fim do período originário de apuração.

28.4. A não-contratação tempestiva do VERIFICADOR INDEPENDENTE por culpa do PODER CONCEDENTE deverá ser devidamente justificada.

Verifica-se dos itens *supra* que foi excluída a possibilidade de a concessionária produzir os próprios relatórios de desempenho na hipótese de não contratação do VI por culpa do Governo, sem, no entanto, ter sido acatada pelo jurisdicionado a sugestão exemplificativamente apresentada na decisão anterior deste Tribunal - realizada com o fim de alcançar o resultado pretendido por outros meios menos gravosos ao interesse público -, de atribuição ao Concedente da responsabilidade pela aferição do desempenho (expressamente rechaçada pelo item 28.3 do instrumento convocatório).

Do exame do item 2 do Anexo VII do Edital - Indicadores de Desempenho (doc. #3829127 - peça 208) constata-se, no entanto, **o acolhimento pelo jurisdicionado da sugestão realizada na decisão plenária pretérita no sentido de repetir-se a última medição até que se ultime a contratação do Verificador Independente.** Eis o trecho correlato do referido Anexo VII:

2. Períodos de medições e prazos

O Verificador Independente deverá elaborar, trimestralmente a partir do nono mês da data de eficácia do Contrato, o relatório de desempenho contendo as atualizações periódicas

previstas para cada indicador. Caso um indicador não tenha sido atualizado no trimestre em questão, o relatório deve trazer a sua nota mais recente e a respectiva justificativa. – grifou-se.

Constato que, em que pese a existência de tal disposição, adotou o jurisdicionado como solução o disposto no item 28.3.1, que prevê a verificação *a posteriori* – ou seja, retroativa – pelo Verificador Independente eventualmente contratado, se tecnicamente possível. Sendo eventualmente efetuada a verificação retroativa a períodos anteriores e constatado desempenho insatisfatório da concessionária, seria devido o pagamento de outorga “extra-trimestral”, cobrada retroativamente. Caso não seja possível a verificação retroativa, aparentemente não haveria avaliação de desempenho da concessionária.

Tem-se, no entanto, conforme esclarecido pela instância técnica, que a previsão deste procedimento pode trazer graves consequências, tais como:

- (i) lacuna na fiscalização contratual pelo Poder Concedente, ao permitir a ausência de medição de desempenho do contrato em um determinado momento da execução contratual, o que seria ilegal;
- (ii) dispensa ao concessionário quanto ao pagamento de outorga “extra-trimestral”, se não apresentar desempenho contratual satisfatório e não houver a tempestiva medição pelo Poder Concedente;
- (iii) prejuízo financeiro ao erário, ao eventualmente ter direito e não receber a outorga “extra-trimestral”;
- (iv) mesmo com a exclusão redacional no edital, permaneceria a prática rechaçada na última Decisão Plenária de a concessionária produzir os próprios relatórios de desempenho na ocasião de não contratação do VI por culpa do Governo. Isto pois a única forma prática de o VI fazer a avaliação retroativa – ou seja, de “voltar ao passado” – seria solicitar relatórios antigos de desempenho junto à própria concessionária.

Há que se ponderar, pois, a possibilidade de previsão, pelo gestor, de medidas menos gravosas igualmente aptas a garantir o interesse público subjacente ao caso, despidas, todavia, de privação ao erário e de institucionalização de lacunas eventualmente ilegais de verificação da qualidade da execução contratual, como já sustentado em manifestações técnicas pretéritas da coordenação competente desta Corte.

Diante do até aqui exposto, é possível concluir que as alterações na previsão de consequências para a não contratação do Verificador Independente por culpa da administração estadual **ainda apresentam desconformidades e representam excessivo ônus ao Governo Estadual, sobretudo em decorrência da possibilidade de efeitos financeiros diretos ao erário pelo eventual não pagamento de outorga “extra-trimestral”**, considerando, ainda, a existência de medidas menos gravosas e igualmente aptas a produzir os resultados pretendidos.

Assim, acompanho a instância instrutiva quanto ao **não atendimento** ao item pelo jurisdicionado, gerando-se **determinação** para que sejam promovidas os necessários ajustes no edital de forma a que o Estado abstenha-se de prever medidas que possam resultar em: (i) ausência da adequada e tempestiva fiscalização e avaliação de desempenho de determinados períodos de execução contratual; ou (ii) não pagamento de outorga adicional sem a devida medição de desempenho.

Caminhando para o final, passo a enfrentar as irregularidades relacionadas ao **sistema de avaliação de desempenho**.

(VI)

IRREGULARIDADES NO SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO

Em decisão plenária de 05/04/2023 foi determinada a apresentação da versão corrigida do Anexo VII ao Edital, referente ao sistema de avaliação de desempenho, tendo em vista que o jurisdicionado havia informado que tais alterações estariam em curso.

Em resposta, aduz o jurisdicionado, em síntese, que “[t]odo o processo de avaliação e a forma de incidência sobre os valores a serem pagos a título de Outorga, bem como as definições de cada uma das notas e respectivas metas estão descritas no novo Anexo VII [doc. #3829127 - peça 208].” Ressalta, ao final, que alguns dos documentos que servirão de base para as avaliações só existirão **após concluído o processo licitatório**, o que impossibilita sua disponibilização neste momento.

Pois bem. Revisitando a cronologia processual, é de se destacar que a coordenadoria competente, considerando a ausência de apresentação à época, pelo Estado do Rio de Janeiro, de versão revisada do Anexo VII – Indicadores de Desempenho, propôs, em pronunciamento de 07/03/2023, as seguintes determinações:

2.10.2. Irregular Definição de Metas a Cargo da Concessionária

xiii. Na concessão de ativos públicos, abstenha-se de outorgar à concessionária competência para a definição dos indicadores e metas de desempenho, em atendimento às prescrições legais e de forma aderente ao interesse público, evitando potenciais conflitos de interesses que possam desviar a concessão de sua finalidade;

2.10.3. Ausência de Critérios Objetivos de Aferição dos Indicadores

ix. Faça constar, do sistema de avaliação de desempenho relativo à outorga de concessões públicas, somente critérios de avaliação dos indicadores de desempenho claros e objetivos, desdobráveis em metas que permitam a adequada medição do desempenho contratual, em observância aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;

2.10.4 Ausência de Clareza na Definição dos Indicadores

x. Faça constar, do sistema de avaliação de desempenho relativo à outorga de concessões públicas, somente indicadores suficientemente detalhados e que reflitam adequadamente a natureza, a quantidade e a qualidade dos objetivos finais do serviço prestado;

2.10.5 Ausência de Sanções Contratuais Claras em Caso de Insuficiência de Desempenho

xi. Na minuta contratual relativa à concessão de ativos públicos, preveja um mecanismo sancionatório adequado, razoável e capaz de gerar incentivos para estimular a qualidade do serviço mediante o estabelecimento de sanções claras e objetivas em caso de insuficiência de desempenho;

Esclarece a instância técnica que tais propostas de determinações serviram de baliza à análise efetuada referente à versão revisada do Anexo VII ao Edital – Indicadores de Desempenho. É o que passo a percorrer.

Com relação à ***Irregular Definição de Metas a Cargo da Concessionária***, é de se destacar que as versões anteriores do referido Anexo VII ao Edital outorgavam competência à concessionária para definir, relativamente aos indicadores “*I. Nota de Manutenção*” e “*II. Nota de Reinvestimento*”, os planos em que constarão as metas a serem utilizadas como base para a aferição das notas desses indicadores.

Ponderou a instância técnica a evidente afronta ao disposto nos arts. 18, I¹⁶ e 23, III¹⁷ da Lei Federal nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões), em **que a incumbência pela definição dos indicadores e metas vinculados à concessão cabe ao Poder Concedente**, bem como o **conflito de**

¹⁶ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

¹⁷ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

interesses decorrente de a operadora da concessão definir as próprias metas que deve perseguir, irregularidade essa que é amplificada ainda pelos impactos financeiros diretos no valor de outorga a ser pago ao Poder Concedente¹⁸.

Neste sentido, o corpo técnico, em instrução de 07/03/2023, orientou que fosse realizada determinação ao Estado do Rio de Janeiro para que se abstinhasse de outorgar tal incumbência à concessionária, visando a evitar potenciais conflitos de interesses que possam desviar a concessão de sua finalidade.

Da nova versão do Anexo VII ao Edital enviada pelo jurisdicionado, **é de se notar, aparentemente, a negativa do Estado do Rio de Janeiro em alterar esta situação**, conforme excertos abaixo:

I. Nota de Manutenção

A Nota de Manutenção (NM) deverá retratar a manutenção e conservação do Complexo.

O Concessionário deverá apresentar nos primeiros 6 meses de contrato, um plano de manutenção detalhado (preventivo, corretivo e preditivo) para todos os sistemas e estruturas do Complexo, o plano deverá respeitar todas as normas vigentes e as recomendações do fabricante de cada equipamento, este plano deverá ser aprovado pelo Poder Concedente e ser base para a SLA (Service Level Agreement), que determinará todas as tarefas a serem executadas especificando as metas e indicadores de cada uma.

A nota de Manutenção será baseada no atendimento do Plano de Manutenção em relatório trimestral entregue ao Poder Concedente, com uma cópia ao Verificador Independente, que comporão o sistema de fiscalização da Concessão.

(...)

II. Nota de Reinvestimento

A Nota de Reinvestimento (NR) deverá retratar o atendimento das metas propostas no Plano de Reinvestimento conforme o Termo de Referência (anexo ao Edital).

A Concessionária terá 6 (seis) meses, a partir da data de eficácia do Contrato, para elaboração e aprovação do plano de execução dos reinvestimentos junto a Fiscalização.

A Nota de Reinvestimento será a média das pontuações atribuídas conforme o cumprimento de cada meta do plano de reinvestimento, sendo 100 (cem) pontos para a meta atendida conforme prazo, 50 (cinquenta) pontos para a meta concluída fora do prazo estipulado, e 25 (vinte e cinco) para a meta parcialmente concluída e 0 (zero) pontos para a meta não iniciada.

¹⁸ Nesse sentido, cumpre rememorar esclarecedor trecho da manifestação da CAD-DESETATIZAÇÃO, de 23/10/2023, em que se discorre sobre as possíveis consequências práticas dessa definição:

“Assim, a definição das metas pela própria concessionária, mesmo que mediante a aprovação da Concedente, além de configurar ofensa à adequada segregação de funções nas atividades administrativas, acaba por gerar um alto risco de captura, ou seja, de que o comprometimento da autoridade com o interesse coletivo seja suplantado por ações indevidamente alinhadas com interesses privados.”

Importante mencionar, neste ponto, o exame técnico realizado pela coordenadoria competente quanto ao tema:

Como asseverado, ambos planos – Plano de Manutenção (para a NM) e Plano de Reinvestimentos (para a NR) serão elaborados pela própria contratada, contendo as metas e indicadores que servirão de critério para a aferição da qualidade dos serviços.

Cumpra ressaltar que o principal objetivo de um sistema de avaliação de desempenho em uma concessão de serviços públicos é o alinhamento de interesses entre as partes, vez que esses são naturalmente contrapostos.

Colaciona-se esclarecedor trecho do artigo denominado “Indicadores de Desempenho no Contexto de Concessões e Parcerias Público Privadas”, disponibilizado pela FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, em que a importância do alinhamento entre os interesses das partes é ressaltada (grifos nossos):

“Naturalmente, os interesses do Poder Concedente e do Parceiro Privado são desalinhados entre si. Enquanto o Parceiro Privado busca maximizar lucro, seja reduzindo custos ou majorando receitas, o Poder Concedente busca a maximização do bem-estar dos usuários daquele serviço numa perspectiva de sociedade em sendo um planejador central, seja pela melhoria na prestação dos serviços, redução de tarifas ou, até mesmo, implementação de novas tecnologias. Logo, é esperado que, no âmbito de concessões e PPPs, as expectativas do Poder Concedente estejam em conflito com os interesses da iniciativa privada. Esse conflito de interesses se materializa em diversos contratos de Concessões e PPPs no Brasil. **Não são raros os contratos em que o desalinhamento de interesses resulta na prestação de serviços em nível abaixo do estabelecido, atraso no cronograma de obras, usuários não atendidos ou insatisfeitos e, portanto, serviços prestados de maneira subótima à sociedade.**”

Considerando os interesses naturais das partes, bem como o impacto financeiro que a avaliação de desempenho representa para a Concessão do Complexo do Maracanã, é mister que ao definir as metas e objetivos que ela mesma deve perseguir, o Anexo VII gera incentivos à parte privada que privilegiam seus próprios interesses, em detrimento daqueles atinentes à parte pública e, conseqüentemente, à sociedade fluminense.

Isso porque, ao produzir esses planos, a concessionária é estimulada a se valer da assimetria de informações entre ela e o Poder Concedente para definir condições de manutenção do Complexo ou cronograma de reinvestimentos de maneira que a favoreça, produzindo documentos que se traduzam em metas frágeis e pouco desafiadoras, furtando-se assim de pagar maiores valores de outorga ao Estado e, ao mesmo tempo, de se obrigar a atingir metas que possam efetivamente traduzir-se em ganhos e eficiência e qualidade na prestação dos serviços.

Ademais, ao deixar a cargo da concessionária o estabelecimento de metas relativas a investimentos e manutenção do Complexo do Maracanã, o edital aumenta consideravelmente o risco de o ativo público ser devolvido em condições insatisfatórias de conservação ao final do prazo de concessão.

Embora haja previsão de validação de ambos os planos pelo Poder Concedente, é mister que a assimetria de informações entre as partes mina a possibilidade de que esses indicadores sejam aferidos de forma a produzir incentivos que privilegiem a qualidade na prestação dos serviços, como bem salienta RIBEIRO:

“A mais importante ferramenta de produção de incentivos para que o parceiro privado preste o serviço com a qualidade estipulada do contrato é a definição adequada dos indicadores de desempenho (ou, se quiserem, indicadores de serviço, ou indicadores de resultado) e sua conexão com o sistema de pagamentos.

Os indicadores de desempenho são o cerne de qualquer contrato de concessão comum e PPP, pois eles estabelecem as características do serviço que a iniciativa privada deverá prestar.”

Desta forma, consoante esclarecido pela instância técnica, tem-se que a produção de tais planos a cargo do Poder Concedente, além de exigida pela Lei Geral de Concessões, permitiria uma definição muito mais clara do nível de qualidade exigido para a gestão do Complexo do Maracanã, possibilitando, assim, o alinhamento entre os interesses das partes pública e privada, de maneira a gerar ganhos e eficiência a favor dos usuários do bem público concedido e de todos os demais *players* afetados pelo desempenho contratual da concessionária.

Verifica-se, pois, que a medida contemplada no Anexo VII ao Edital, além de descumprir as disposições da Lei Federal nº 8.987/95, representa conflito de interesses de tal monta que pode macular a eficácia da sistemática de desempenho, afastando-a tanto do interesse público primário quanto do secundário, podendo inclusive dar azo a eventual dano ao erário.

Assim, acompanho o corpo técnico quanto ao **não atendimento** pelo jurisdicionado ao determinado no item, devendo ser gerada **determinação** para que, na estruturação da concessão em tela, abstenha-se de outorgar à concessionária competência para a definição dos indicadores e das metas de desempenho que deve perseguir, em atendimento às prescrições legais e de forma aderente ao interesse público, evitando potenciais conflitos de interesses que possam desviar a concessão de sua finalidade.

Já o item relacionado à **Ausência de Critérios Objetivos de Aferição dos Indicadores** refere-se ao delineamento da aferição do indicador “Nota de Manutenção” (NM), pois as versões anteriores do Anexo VII ao Edital previam que cada uma das “disciplinas” em que tal indicador se subdivide receberia uma nota de adequação, que poderia equivaler a “Não Atende”, “Atende em Parte”, ou “Atende”.

Cumprе rememorar que a instância técnica, na peça exordial de 23/10/2022, assim se manifestou quanto aos possíveis impactos que essa deficiência informacional poderia trazer à eficácia da sistemática de avaliação de desempenho:

A utilização de conceitos subjetivos, tais quais os acima expostos – “Não atende”, “Atende em parte”, ou “Atende”, sem maiores detalhamentos, não define balizas claras para a atribuição de notas pelo Verificador Independente durante a execução contratual, o que contribui para o já mencionado risco de captura. Assim, é possível vislumbrar que as principais consequências da situação descrita são:

1. A possibilidade de o cálculo do Índice de Desempenho e, conseqüentemente, os pagamentos efetuados a título de outorga trimestral não refletirem o real desempenho da contratada, em prejuízo ao Erário estadual; e
2. A insegurança jurídica, decorrente da possível execução contratual com qualidade abaixo da esperada sem que o contrato subsidie o Poder Concedente com outros meios para que seja exigido melhor desempenho da Contratada.

Da análise da nova versão do Anexo VII ao Edital é possível inferir que o documento repete a redação das versões anteriores, não sendo possível perquirir o que será objetivamente exigido da operadora da concessão quanto a cada uma das tarefas a seu encargo, relativamente aos *sistemas básicos e essenciais* da manutenção do Complexo do Maracanã, a saber:

SISTEMAS BÁSICOS

Conceito	% de atendimento	Nota
Não atende	Abaixo de 85%	00
Atende em parte	Entre 86% e 97%	50
Atende	Acima de 98%	100

SISTEMAS ESSENCIAIS

Conceito	% de atendimento	Nota
Não atende	Abaixo de 95%	00
Atende em parte	Entre 96% e 99%	50
Atende	100%	100

A respeito do aventado no item, a CAD-DESESTATIZAÇÃO, em análise de 07/03/2023, esclareceu que *“tal irregularidade resta ainda potencializada pela outorga de competência à concessionária tanto para definir as metas de alguns dos indicadores propostos como para contratar e remunerar o Verificador Independente, de forma que há riscos de ineficácia de toda a sistemática de avaliação de desempenho, por não produzir incentivos adequados à eficiência na prestação dos serviços, bem como de danos ao erário pela não reversão, ao Poder Concedente, de contraprestação pecuniária proporcional ao deságio de qualidade do serviço frente ao esperado.”*

Tem-se, assim, que mesmo com a versão revisada do Anexo VII ao Edital, ainda não constam, no sistema de avaliação de desempenho relativo à outorga do Complexo do Maracanã, critérios claros e objetivos para a avaliação dos indicadores de desempenho, desdobráveis em metas que permitam a adequada medição do desempenho contratual.

Neste sentido, por persistem inobservados os princípios da segurança jurídica e da isonomia, acompanho a proposta da instância técnica de **não atendimento**, pelo jurisdicionado, ao determinado na decisão plenária pretérita desta Corte de Contas, devendo ser gerada **determinação** para que promova os necessários ajustes no instrumento convocatório de maneira que constem somente critérios de avaliação de desempenho claros e objetivos, desdobráveis em metas que permitam a adequada medição do desempenho contratual e incentivem a eficiência na execução do contrato, em observância aos princípios da eficiência, da segurança jurídica e da isonomia.

Com relação à **Ausência de Clareza na Definição dos Indicadores**, destaca-se que as manifestações anteriores do corpo técnico ressaltaram a ausência de clareza nas definições conceituais dos indicadores “*II. Nota de Reinvestimento (NR)*”, “*III. Nota de Disponibilidade (ND)*” e “*IV. Nota Financeira (NF)*” nas versões anteriores do Anexo VII ao Edital.

Segundo se depreende dessas instruções pretéritas, ao definir esses indicadores, os documentos pecaram por estabelecer contornos obscuros a respeito do que está sendo medido, devido a diversos fatores. Quanto ao ponto, transcreve-se trecho da instrução da coordenadoria competente de 07/12/2022, que apresenta sumariamente as deficiências encontradas em cada um desses indicadores nas versões anteriores do Anexo VII ao Edital:

2. Nota de Reinvestimento (NR) – ausência de clareza a respeito de em que consistem os reinvestimentos que serão medidos para a nota do indicador; referência a um “Plano de Reinvestimentos” no Termo de Referência que deveria balizar as metas que compõe o indicador, mas que não consta no mencionado documento; e ausência de foco nos objetivos finais do serviço, configurando um mero dever instrumental, em oposição às boas práticas na modelagem de concessões públicas.

3. Nota de Disponibilidade (ND) – embora o índice reflita adequadamente uma das principais finalidades do projeto, o documento carece de definição mais precisa de o que configurará a disponibilidade de jogos no Estádio do Maracanã, não ficando claro, também, que tipo de situação poderá configurar a não utilização de data disponível, gerando inseguranças na aplicação e mensuração do indicador.

4. Nota Financeira (NF) – o indicador é avaliado mediante índices contábeis, que são ferramentas analíticas acessórias, não representando o “core” do projeto, e não refletindo, portanto, a medição de um aspecto definidor da qualidade na execução dos serviços; além

disso, a utilização índices de análise de balanços é controversa na doutrina contábil, de forma que, nos termos da instrução de 21.10.2022, “mesmo que a concessionária atinja as metas estipuladas para os dois índices, não consistirá em atendimento de indicadores de eficiência ou mesmo de melhor qualidade na prestação dos serviços.

Diante da relevância da matéria, entendo adequado colacionar trecho da manifestação da instância técnica, que bem esclarece a inconsistência verificada quanto aos referidos indicadores:

Quanto ao indicador NR, nota-se que a versão revisada do Anexo VII (peça 208) segue sem precisar a que se referem os reinvestimentos a serem executados pela concessionária. Além disso, mais uma vez relega ao Termo de Referência a proposição de metas relativas ao Plano de Reinvestimento:

II. Nota de Reinvestimento

A Nota de Reinvestimento (NR) deverá retratar o atendimento das metas propostas no Plano de Reinvestimento conforme o Termo de Referência (anexo ao Edital).

Ressalte-se que o novo Anexo I – Termo de Referência (peça 202) segue não abordando o mencionado Plano de Reinvestimento, o que impede a adequada definição desse indicador, gerando insegurança jurídica e prejudicando a esmerada formulação de propostas pelos concorrentes.

Ademais, independente da acepção que se tomar do vocábulo “reinvestimentos”, é de se ponderar que o mero cumprimento de cronograma não se trata de obrigação de desempenho apta a medir adequadamente a qualidade da execução contratual.

Quanto ao indicador ND, a nova versão do documento também alberga definição idêntica às versões anteriores, vazada nos seguintes termos:

III. Nota de Disponibilidade

A Nota de Disponibilidade (ND) retratará a disponibilidade e utilização dos Equipamentos do Complexo do Maracanã. Para o Estádio Jornalista Mário Filho, (Maracanã), serão consideradas a utilização das datas disponibilizadas pelas competições oficiais das seguintes entidades: Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro - FERJ, Confederação Brasileira de Futebol - CBF, Confederação Sul-americana de Futebol – CONMEBOL, e Federação Internacional de Futebol – FIFA. Para o Ginásio Gilberto Cardoso (Maracanãzinho), serão considerados os calendários oficiais de competições disponibilizados pelas entidades de administração do esporte (Federações e Confederações) de modalidades olímpicas e não olímpicas.

Uma vez que a definição não foi alterada, repisam-se os comentários expedidos na exordial, datada de 23.10.2022, em que se discorre sobre a ambiguidade intrínseca à definição de “disponibilização de datas”:

“Há vários fatores que podem demonstrar a disponibilidade de jogos no Estádio, como, por exemplo, o número de partidas em que os times cariocas são mandantes em determinado campeonato; ou o número de partidas acordadas previamente entre os clubes e as respectivas federações esportivas - caso em que o indicador apresentaria forte risco de ineficácia, uma vez que, com as partidas já previamente acordadas, não haveria incentivo algum para que a concessionária tente realizar o maior número possível de eventos. Ainda, não fica claro que tipo de situação pode configurar a não

utilização da data disponível. Por exemplo: se um evento for adiado por força maior ou caso fortuito, sem culpa da contratada, a data seria considerada não utilizada, impactando na nota do indicador?”

Mais uma vez, a carência de precisão no delineamento do indicador, notadamente aquele que afere de maneira mais direta a qualidade do serviço prestado pelo futuro gestor do complexo, estando umbilicalmente ligado à modelagem geral do projeto concessionário de Gestão do Complexo do Maracanã, é vetor de insegurança jurídica de tal monta na definição e aferição do indicador que pode causar prejuízos tanto à acurada formulação das propostas dos licitantes quanto à própria eficácia da sistemática de avaliação de desempenho.

Por fim, não se verifica qualquer alteração na definição do indicador NF na versão revisada do Anexo VII ao Edital. Nesse sentido, cumpre ressaltar que a exigência de valores de índices contábeis como indicadores de desempenho em concessões de serviços públicos não pode ser considerada adequada.

Como asseverado na exordial, além de a interpretação de índices contábeis não se revestir da adequada objetividade para medição da qualidade na execução contratual, uma vez que, a depender da conjuntura (não só econômica, mas também intrínseca ao projeto, como o cronograma de investimentos, por exemplo), um mesmo índice pode ou não ser considerado adequado.

Ou seja – há fatores exteriores ao controle da Sociedade de Propósito Específico (SPE) que influenciam sobremaneira esses indicadores, não estando sob controle da sociedade empresária.

Além disso, travar tais indicadores como metas de desempenho pode afetar a liberdade empresarial da gestão da SPE, característica de contratos de longo prazo focados em resultados, tais quais os contratos administrativos de concessão.

Com isso, resta afetada sobremaneira a possibilidade de gerar ganhos de eficiência que a liberdade na execução contratual pode proporcionar à qualidade da prestação dos serviços.

Como aduz a Manifestação Inicial de 23.10.2023, “(...) mesmo que a concessionária atinja as metas estipuladas para os dois índices, não consistirá em atendimento de indicadores de eficiência ou mesmo de melhor qualidade na prestação dos serviços.”

Diante do exame técnico realizado pela coordenadoria competente, bem ainda considerando que o Estado do Rio de Janeiro não efetuou alterações nos indicadores mencionados, é possível afirmar que **não constam, do sistema de avaliação de desempenho em tela, indicadores suficientemente detalhados e capazes de refletir devidamente a natureza, a quantidade e a qualidade dos objetivos finais do serviço prestado.**

Assim, reputo que o determinado no item **não foi atendido** pelo jurisdicionado, motivo pelo qual acompanho a CAD-DESESTATIZAÇÃO quanto à proposta de **determinação** para que o edital estabeleça indicadores de desempenho claros, objetivos e suficientemente detalhados, bem como que reflitam adequadamente a natureza, a quantidade e a qualidade dos objetivos finais do serviço

prestado, evitando, em especial, indicadores cujas definições sejam eivadas de ambiguidade e subjetividade ou cuja aferição se refira a conceitos controversos.

Por fim, quanto à ***Ausência de Sanções Contratuais Claras em Caso de Insuficiência de Desempenho***, que se relaciona ao Anexo II do Edital (Minuta do Contrato), destaca-se que não se verificou, em versões pretéritas do documento, vinculação adequada ao sistema sancionatório, que estimule a qualidade do serviço mediante sanções claras e objetivas em caso de insuficiência de desempenho.

Consoante apurado pela instância técnica na peça inaugural de 23/10/2022, a irregularidade em tela diz respeito à Cláusula 35 do referido anexo do instrumento convocatório, que não tipifica qualquer sanção decorrente de insuficiência de desempenho. **Prossegue o corpo técnico destacando que a única penalidade relativa à avaliação de desempenho, prevista na cláusula 31.1.3.5 do Anexo II, revela-se ineficaz, por permitir à concessionária “(...) operar o serviço com avaliação de desempenho igual a 50% (cinquenta por cento) – o que já configura uma execução contratual de baixíssima qualidade – durante todo o prazo da concessão, sem que lhe seja aplicada qualquer penalidade contratualmente prevista.”**

Verificando-se a nova versão do Anexo II (doc. #3829087- peça 203), nota-se que **o Governo Estadual não promoveu qualquer alteração no conteúdo das mencionadas cláusulas contratuais**. Eis a redação da atual cláusula 31.1.3.5, que repete a redação das versões anteriores da minuta contratual:

31.1.3.5. Na hipótese de a CONCESSIONÁRIA apresentar por cinco anos consecutivos ou dez alternados avaliação de desempenho inferior ao percentual de 50% (cinquenta por cento), sem que apresente justificativas devidamente fundamentadas e comprovadas, o CONTRATO poderá ser rescindido mediante mera notificação escrita.

Esclarece a coordenadoria técnica, em sua análise, “*que a premissa de priorização dos jogos alertada na Decisão Plenária de 05.04.2023 não foi obedecida pela ‘modelagem geral’ estabelecida pelo ERJ no edital, diante da ausência de incentivos adequados para a utilização do Complexo em eventos esportivos, derivado da ineficácia de vinculação do sistema de avaliação de desempenho aos sistemas sancionatório e remuneratório.*”

Trago à colação as considerações traçadas pela instância técnica sobre a Nota de Disponibilidade (ND), que, nos termos do Anexo VII revisado, “retratará a disponibilidade e utilização dos Equipamentos do Complexo do Maracanã”:

Trata-se, pois, do único indicador que se presta a retratar a vocação esportiva do Complexo. **Porém, possui peso pouco significativo, representando apenas 1/7 (um sétimo) do índice total de desempenho da concessão (ID, conforme se depreende da fórmula prevista para o seu cálculo:**

$$ID = \frac{(NMf \times 2) + NR + ND + NFf + (NS \times 2)}{7}$$

Considerando o peso irrisório da nota de disponibilidade de eventos esportivos, apresentaremos a seguir exemplos das consequências visualizadas no futuro contrato.

O primeiro exemplo seria no caso de a concessionária não realizar nenhum jogo de futebol no estádio e nenhum evento esportivo no ginásio, recebendo nota 0 (zero) no indicador em tela (ND).

Caso a concessionária recebesse nota máxima em todos os outros indicadores, equivalente a 100 pontos em cada, sua nota final no ID seria representada pela seguinte expressão: $(100 \times 2 + 100 \times 1 + 0 \times 1 + 100 \times 1 + 100 \times 2) / 7$, o que equivale a aproximadamente 86 pontos.

Essa nota no ID, segundo a tabela do Anexo VII, seria enquadrada em sua segunda faixa, o que majoraria a outorga fixa anual em meros 1,5 %:

Indicador de Desempenho	Pontos percentuais a majorar a Outorga Fixa
90 ≤ ID ≤ 100	0,00 p.p.
75 ≤ ID < 90	1,50 p.p.
50 ≤ ID < 75	2,50 p.p.
25 ≤ ID < 50	5,00 p.p.
00 < ID < 25	7,50 p.p.
00	10,00 p.p.

Dessa forma, considerando uma outorga de R\$ 5 milhões ao ano, esse percentual montaria a **um incremento de pagamento da concessionária ao ERJ de apenas R\$ 75 mil ao ano mesmo sem realizar qualquer partida de futebol no Estádio do Maracanã.**

Mesmo que a nota média dos outros quatro indicadores não fosse a máxima possível, uma nota média de 88 resultaria em uma nota final de ID superior a 75, **e o adicional de outorga ainda continuaria sendo de meros R\$ 75 mil ao ano.**

O segundo exemplo seria no caso de uma redução da disponibilidade de eventos esportivos que não resultasse em qualquer penalidade à concessionária ou pagamento de outorga adicional.

A Tabela a seguir evidencia que **a concessionária poderia reduzir significativamente a disponibilidade de eventos esportivos sem que houvesse qualquer pagamento adicional de outorga aos cofres estaduais, a exemplo da redução anual da disponibilidade para apenas 40 partidas no Estádio e apenas 4 eventos esportivos no Ginásio.**

Partidas Anuais	Eventos Anuais	ND	ID	Outorga Adicional (a.a.)

70 ou mais	12 ou mais	100	100	R\$ -
Entre 60 e 69	Entre 8 e 11	82,5	97,5	R\$ -
Entre 50 e 59	Entre 8 e 11	75	96,4	R\$ -
Entre 40 e 49	Entre 4 e 7	50	92,9	R\$ -
Entre 30 e 39	Entre 1 e 3	25	89,3	R\$ 75.000,00
Até 29	0	0	85,7	R\$ 75.000,00

Ambas as situações hipotéticas evidenciam a **fragilidade do sistema de avaliação de desempenho em fornecer incentivos para atendimento da premissa de priorização de jogos de futebol e eventos esportivos no Complexo, pressuposto defendido pelo jurisdicionado em suas manifestações e destacado na Decisão Plenária de 05.04.2023.** Portanto, **considerando ainda a já mencionada ausência de tipificação de qualquer sanção contratual relativa à insuficiência de desempenho,** a única consequência à operadora do Complexo seria a inexpressiva majoração de outorga, o que milita pela **ausência, na modelagem atual da concessão, de reais estímulos para a utilização do Complexo do Maracanã vinculada à sua vocação histórica de eventos esportivos, mormente ligados ao esporte bretão.**

Ultrapassadas tais considerações, passa o corpo técnico a tecer ponderações adicionais acerca do sistema de avaliação de desempenho estabelecido pelo Anexo VII do Edital de Concorrência Pública nº 02/2022, *in verbis*:

Inicialmente, cumpre ressaltar as inúmeras irregularidades no Sistema de Avaliação de Desempenho apontadas por esta CAD-Desestatização, que apresenta **alto risco de ineficácia,** podendo gerar graves consequências à execução contratual, como insegurança jurídica, conflitos de interesses, captura dos interesses privados pelo ente público, desrespeito à premissa geral de utilização esportiva do Complexo, entre outros.

A despeito dessas vulnerabilidades demonstradas no Anexo VII, nota-se que **as versões revisadas do documento, produzidas pelo Governo Estadual, não buscaram dirimir o alto potencial de ineficácia da sistemática proposta.**

Ou seja, apesar de produzir novas versões do documento, **o ERJ não visa dirimir as irregularidades apontadas, e nem apresentar justificativas que embasem a manutenção do documento na forma como está.**

Para ilustrar a situação ora descrita, basta comparar a versão anterior do Anexo VII (peça 20) e a atual (peça 208). Ora, verifica-se que **o conteúdo dos documentos é exatamente o mesmo,** contendo somente diferenças de formatação de texto.

Ademais, ressalte-se também que, conforme os Estudos Técnicos de Viabilidade Econômica #3829083 (peça 199), o ERJ compara a concessão do Complexo do Maracanã a outras licitações semelhantes mencionando expressamente que, nesses projetos, **“As arenas esportivas acabavam por ter papel acessório na maioria dos projetos. O que não é o caso agora, em que não há nenhuma grande obra envolvida e o Estádio é o centro da sustentação do negócio”. A partir dessa análise, conclui, então, que” (...)** **os modelos de negócio utilizados naqueles processos não servem de benchmark, por serem incompatíveis com a realidade que ora se apresenta.”** (grifos nossos). Completa asseverando que muitos desses projetos foram modelados sob a forma de Parceria Público-Privada (PPP), inaplicável à concessão do Maracanã. Assim, em relação à concessão do complexo, trata-se de **“fato que também diferencia substancialmente os projetos e os torna incomparáveis.”**

Salta aos olhos, então, verificar que o Anexo VII possui grande similaridade com o Anexo 06 – Indicadores de Desempenho da minuta do Edital de Concorrência Pública nº 01/2018 do Estado do Ceará, para contratação da Parceria Pública Privada de gestão, operação e manutenção da Arena Multiuso (Castelão). Ressalte-se que esse projeto não foi concluído pelo Governo do Estado do Ceará, que optou por outro modelo para a gestão da arena. A título exemplificativo, cumpre listar algumas das diversas similitudes entre os documentos:

- Ambos preveem os mesmos 05 indicadores (com os mesmos nomes e siglas) – Nota de Manutenção (NM); Nota de Reinvestimento (NR); Nota de Disponibilidade (ND); Nota Financeira (NF); e Nota de Satisfação (NS);
- As definições e explicações a respeito de cada um dos indicadores são praticamente idênticas;
- O indicador de satisfação (NS) é formado pelas mesmas 05 notas relativas à satisfação de “Cliente Pessoa Física”, “Cliente Pessoa Jurídica (denominado “Cliente Corporativo” pelo ERJ)”, “Clubes”, “Federações (denominado “Federações/Confederações” pelo ERJ)” e “Imprensa”, sendo que o peso de cada uma dessas notas é exatamente o mesmo;
- A nota financeira (NF) será avaliada pelos mesmos dois indicadores contábeis, quais sejam: Liquidez corrente (LC) e Margem Operacional (MO), e a nota final do indicador será a média aritmética entre as notas de cada um dos indicadores.

Entretanto, uma boa prática prevista no projeto cearense (sendo a única não encampada pela modelagem da Concessão do Maracanã) refere-se à atribuição ao próprio Poder Concedente para definição do Plano de Manutenção e do Plano de Reinvestimento. Isto se revelaria mais consentâneo não só com o ordenamento jurídico, mas também com um sistema de avaliação de desempenho mais eficaz, voltado à maximização do bem-estar dos usuários do bem público que ora se concede.

Assim, com base no exame realizado pela coordenadoria técnica desta Corte de Contas, entendo que o jurisdicionado não logrou afastar as irregularidades verificadas no sistema de avaliação de desempenho estabelecido pelo Anexo VII do Edital, **decorrentes das injustificadas impropriedades em diversos aspectos atinentes à sistemática que o afastam de produzir incentivos eficientes à melhor qualidade na prestação dos serviços.**

Considero, portanto, o item **não atendido** pelo jurisdicionado, eis que o Estado do Rio de Janeiro não realizou os adequados ajustes no sistema de avaliação de desempenho ou no sistema sancionador previsto na versão revisada do Anexo II do Edital (Minuta do Contrato), impactando, consoante esclarecido pelo corpo técnico, *“a eficácia da sistemática de avaliação de desempenho devido à incapacidade do sistema atual de gerar incentivos para estimular a priorização de jogos de futebol [...], e a qualidade do serviço, mediante o estabelecimento de sanções claras e objetivas em caso de insuficiência de desempenho.”* Adequada, pois, a proposta de **determinação** ao jurisdicionado para que corrija o edital mediante a previsão de mecanismo de avaliação de desempenho adequado, razoável e

capaz de incentivar a qualidade do serviço, mediante o estabelecimento de uma vinculação clara, objetiva e eficaz entre os sistemas de avaliação de desempenho, remuneratório e sancionador.

Por derradeiro, passo a enfrentar o pleito formulado pela pessoa jurídica Vasco da Gama Sociedade Anônima de Futebol (“Vasco SAF”), por meio do doc. nº 7.029-7/23.

(VII)

EXAME DO REQUERIMENTO FORMULADO PELO VASCO SAF (DOC. Nº 7.029-7/23)

Requer o “Vasco SAF” que seja expedida por este Tribunal de Contas, intimação direcionada ao Sr. Secretário de Estado da Casa Civil para que seja informado (i) suficientemente em detalhes o andamento das regularizações exigidas por este Tribunal de Contas e (ii) por qual motivo, mesmo diante das reiteradas orientações em contrário, o Estado vem renovando o Termo de Permissão Onerosa de Uso de Bem Público - TPU de forma precária sem ressalvas e oportunizando sua celebração somente aos mesmos clubes já celebrantes.

Quanto ao primeiro pedido formulado, entendo adequado transcrever os termos da análise realizada pelo corpo técnico:

Quanto ao primeiro item, no parágrafo 19 do documento, o requerente menciona ainda ter enviado comunicação à SECC, tendo obtido como resposta que todas as questões relativas ao processo de concessão onerosa de uso do COMPLEXO MARACANÃ estão sendo discutidas no âmbito do presente processo, podendo ser acompanhadas por qualquer interessado.

Porém, julgou insatisfatória a resposta, uma vez que a alguns dos documentos do referido processo foi imposto sigilo, o que aduz impossibilitar o adequado acompanhamento.

Importa ressaltar que o mencionado sigilo decorre de solicitação constante dos documentos n.º 002.634-3/2023 e 002.636-1/2023, cadastrados pelo Governo Estadual, objeto do item II do Voto proferido na Decisão Plenária de 08.02.2023 no bojo deste Processo, em que a atribuição de caráter sigiloso solicitada pelo Estado do Rio de Janeiro (ERJ) foi deferida parcialmente, referente aos documentos especificados pelo voto.

Ademais, além de os documentos não sigilosos do Processo TCERJ n.º 106.906-3/2022 constarem publicamente em local de fácil acesso por esta Corte de Contas, verifica-se que o sítio oficial do Estado do Rio de Janeiro (ERJ) dedicado à concessão do Complexo do Maracanã³¹ tem disponibilizado informações sobre o andamento do certame, a exemplo da publicação do extrato de suspensão da licitação em tela no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro (DOERJ), conforme tela a seguir:



The screenshot shows the website interface of the Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. At the top, there is a navigation bar with social media icons (rj.gov, Instagram, Facebook, Twitter, YouTube, LinkedIn) and links for 'Coronavírus', 'Portal da Transparência', 'Fala.BR', and 'Acessibilidade'. Below this is the logo of the 'GOVERNO DO ESTADO RIO DE JANEIRO' and a menu with categories: 'Documentos', 'Documentos Complementares', 'Audiência Pública', 'Publicações Oficiais', and 'Dúvidas e Esclarecimentos'. The main content area is titled 'Publicações' and lists five items, each with a document icon: 'DOERJ - Publicação Edital Concessão Maracanã', 'Publicação Jornal de Grande Circulação (O Dia, O Globo, Correio da Manhã e Valor)', 'Errata - Anexo II - Minuta de Contrato', 'DOERJ - Publicação Suspensão Licitação Maracanã', and 'Publicação Suspensão da Licitação - Jornal de Grande Circulação'.

Assim, com fundamento no exame realizado pela coordenadoria técnica, reputo improcedente o requerimento formulado pelo Vasco SAF de comunicação ao Titular da Secretaria de Estado da Casa Civil, eis que o controle social resta adequadamente oportunizado, haja vista as informações a respeito do andamento do certame serem disponibilizadas tanto por esta Corte de Contas quanto pelo próprio Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Já quanto ao segundo pleito formulado, considero importante reforçar, uma vez mais, que o processo em exame **não trata da análise de conformidade do Termo de Permissão Onerosa de Uso de Bem Público firmado entre o Estado do Rio de Janeiro e atualmente em vigor.** Por relevante, reitera-se que o presente processo versa sobre possíveis irregularidades encontradas pela Secretaria Geral de Controle Externo – SGE no Edital de Concorrência Pública nº 002/2022, **não abrangendo a análise de legalidade do Termo de Permissão de Uso, a qual está sendo realizada no bojo do Processo TCE-RJ nº 100.439-4/2020¹⁹, inclusive com fase de contraditório e ampla defesa já devidamente inaugurados.**

Necessário enfatizar que a decisão pretérita desta Corte de Contas apenas teceu pontuais considerações sobre o Termo de Permissão Onerosa de Uso de Bem Público em virtude de específica provocação realizada pela instância técnica. Por outras palavras, considerando que sequer são identificadas neste expediente quais seriam as possíveis irregularidades verificadas nos Termos de Permissão de Uso celebrados, cumpre ressaltar que **a análise de legalidade dos referidos instrumentos de permissão de uso não deve ser realizada neste processo, mas sim no**

¹⁹ Trata de Relatório de Auditoria Governamental de Conformidade realizada, no período de 07/02 a 30/10/2020, na Superintendência de Desportos do Estado do Rio de Janeiro e nas Secretarias de Estado da Casa Civil e Governança e de Esporte, Lazer e Juventude, tendo por objetivo verificar a conformidade dos aspectos relativos à delegação do Complexo Maracanã, por meio de permissão onerosa de uso de bem público à pessoa jurídica de direito privado, inclusive quanto às precauções necessárias à continuidade do serviço após o encerramento do Contrato de Parceria Público-Privada Casa Civil nº 27/2013 (PPP 27/2013).

mencionado Processo TCE-RJ nº 100.439-4/2020, motivo pelo qual o tema não deve ser novamente trazido à apreciação neste expediente.

Acerca do alegado pelo Vasco SAF, eis, por pertinente, o correlato trecho da manifestação do corpo instrutivo:

Importa ressaltar que o tema já vem sendo tratado neste TCE-RJ por meio do Processo TCE-RJ n.º 100.439-4/2020, que trata de relatório de auditoria governamental cujo escopo é verificar a conformidade dos aspectos relativos à delegação do complexo Maracanã, por meio de permissão onerosa de uso de bem público à pessoa jurídica de direito privado. A Secretaria de Estado da Casa Civil, objeto do requerimento em tela, já foi instada a se manifestar no curso dessa fiscalização em atendimento a decisões do Plenário do TCE-RJ.

Ademais, em que pese este Corpo Instrutivo ter proposto Determinação para a realização de licitação na contratação atualmente existente – conforme instrução de 07.03.2023 –, rememoramos que prevalece, neste momento processual, a deferência à Decisão Plenária de 05.04.2023, no sentido de que não serão analisados aspectos relacionados à legalidade do TPU no presente processo, tema que está sendo apreciado no bojo do Processo TCE-RJ nº 100.439- 4/2020.

Por fim, tal processo encontra-se disponível para consulta pública na *internet*, de maneira a restarem salvaguardados os controles externo e social, o que milita a favor do Indeferimento do requerimento em tela referente a formalização dos sucessivos TPUs pelo Estado do Rio de Janeiro.

Deste modo, tal qual a CAD-DESESTATIZAÇÃO, entendo que os pedidos formulados pelo Vasco SAF (doc. nº 7.029-7/23) devem ser **indeferidos**.

(VIII)

CONCLUSÃO

À luz de todas as considerações apresentadas anteriormente, nota-se que o Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da Casa Civil, atendeu a diversos pontos da decisão plenária proferida em 05/04/23, remanescendo, no entanto, inconsistências que ainda que necessitam de esclarecimentos adicionais e que impedem, por ora, o prosseguimento do certame, motivo pelo qual será mantida a tutela provisória deferida em 26/10/2022, com nova comunicação ao ERJ para que apresente novos

esclarecimentos, bem como para que promova as alterações necessárias nos itens objeto de renovação de determinação.

Nesse sentido, em razão da relevância do tema tratado nestes autos, que impacta diretamente a vida cultural e esportiva dos cidadãos do Estado do Rio de Janeiro, convém informar, em observância ao princípio da transparência, que foram identificados temas sensíveis, relacionados à análise econômico-financeira, descritos na conclusão parcial deste voto, que exigirão, a meu ver, atenção especial por parte do Jurisdicionado, na tentativa de adequação dos dados, **ressaltando que apenas a ausência de atendimento a respeito desses pontos impedem, atualmente, o prosseguimento da licitação – eis que os demais pontos serão, desde logo, objeto de renovação de determinação.**

Nessa esteira, deixo de acolher, neste momento processual, a sugestão do Ministério Público de Contas para que seja realizada “reunião técnica entre os auditores competentes deste tribunal e os servidores responsáveis pela elaboração do edital da concorrência pública nº 002/2022, consoante o artigo 197, XXII c/c artigo 247, VII, do RITCERJ”, sobretudo em razão de serem apenas 4 (quatro) os itens pendentes de esclarecimentos, para fins de se permitir o prosseguimento do certame, **conforme descrito na conclusão parcial deste voto.**

Demais disso, abro parênteses, neste momento, para rejeitar, por não entender razoável e pertinente, a sugestão do corpo instrutivo para que o Jurisdicionado “avalie a possibilidade de adequada capacitação dos servidores envolvidos na modelagem ou, alternativamente, a contratação de especialistas visando a adequada estruturação e modelagem de contratos de concessões”, ressaltando a complexidade e a modelagem peculiar que envolve a concessão do Maracanã, que, deveras, exige a atuação cooperativa dos qualificados corpos técnicos deste Tribunal e do Estado do Rio de Janeiro.

Por último, faz-se necessário relembrar ao corpo instrutivo que a próxima análise técnica deve se ater exclusivamente aos pontos pendentes de esclarecimentos neste voto, com o intuito de evitar o retrabalho e a rediscussão de temas superados pelo Plenário, o que otimizará a atuação desta Corte na análise de edital de concorrência tão relevante para o ERJ.

Diante do exposto, posiciono-me **PARCIALMENTE DE ACORDO** com o corpo instrutivo e com o d. Ministério Público Especial e

VOTO:

I – pela **MANUTENÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** anteriormente adotada em decisão monocrática proferida em 26/10/2022;

II – pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário de Estado da Casa Civil, nos termos regimentais, para que, **no prazo de 10 (dez) dias**, comprove as medidas adotadas referentes às **DETERMINAÇÕES** e **RECOMENDAÇÕES** a seguir descritas:

(i) DETERMINAÇÕES QUANTO AO VERIFICADOR INDEPENDENTE E AO SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO:

a) ao outorgar competência à Concessionária para a indicação, seleção, contratação e remuneração do Verificador Independente, faça constar as seguintes condicionantes:

i. previsão de responsabilidade solidária entre o Poder Concedente e o Verificador Independente após a validação dos documentos ou análises por eventuais irregularidades constantes nos documentos; e

ii. obrigação de a concessionária apresentar, junto à lista tríplice de empresas a serem qualificadas como Verificador Independente, a minuta do contrato a ser celebrado, para aprovação do Poder Concedente;

b) no caso de não contratação do Verificador Independente, abstenha-se de prever medidas que possam resultar em:

i. ausência da adequada e tempestiva fiscalização e avaliação de desempenho de determinados períodos de execução contratual; ou

ii. não pagamento de outorga adicional sem a devida medição de desempenho;

c) abstenha-se de outorgar à concessionária competência para a definição dos indicadores e das metas de desempenho que deve perseguir, em atendimento às prescrições legais e de forma aderente ao interesse público, evitando potenciais conflitos de interesses que possam desviar a concessão de sua finalidade;

d) faça constar somente critérios de avaliação de desempenho claros e objetivos, desdobráveis em metas que permitam a adequada medição do desempenho contratual e incentivem a eficiência na execução do contrato, em observância aos princípios da eficiência, da segurança jurídica e da isonomia;

e) no sistema de avaliação de desempenho, estabeleça indicadores de desempenho claros, objetivos e suficientemente detalhados, bem como que reflitam adequadamente a natureza, a quantidade e a qualidade dos objetivos finais do serviço prestado, evitando, em especial, indicadores cujas definições sejam eivadas de ambiguidade e subjetividade ou cuja aferição se refira a conceitos controversos;

f) na minuta do contrato, preveja mecanismo de avaliação de desempenho adequado, razoável e capaz de incentivar a qualidade do serviço, mediante o estabelecimento de uma vinculação clara, objetiva e eficaz entre os sistemas de avaliação de desempenho, remuneratório e sancionador;

(ii) DETERMINAÇÕES RELACIONADAS À EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

g) promova as alterações necessárias para que o percentual de compartilhamento de receitas extraordinárias incida sobre a **receita bruta**;

h) promova a correção das inconsistências entre os valores de resultado líquido expostos na tabela e aqueles constantes na aba “Business Plan”, **incluindo a previsão de tributos PIS e COFINS**;

(i) **atualize os valores** encontrados na base de dados de 2019 para fins de cálculo de outorga;

(j) apresente estudos técnicos que justifiquem a escolha do **prazo da concessão** estabelecido no edital;

(k) apresente **estudo que resultou na precificação referencial mínima e simplificada dos investimentos**, ao qual deverá ser conferido o **imprescindível sigilo** por esta Corte de Contas, com a finalidade de evitar que as licitantes tenham acesso a esses valores, devidamente **acompanhado de justificativa técnica sobre a segurança e operacionalidade do equipamento ao se permitir aos licitantes que optem pelo momento de adoção desses investimentos ao longo de 3 (três) anos, sem estabelecimento de um cronograma prévio**;

(l) apresente justificativas ou incorpore em seu Plano de Negócios Referencial as seguintes receitas ordinárias: aluguel do ginásio Maracanãzinho para atividades esportivas, *lounges*, cadeiras VIPs e estacionamentos.

(iii) RECOMENDAÇÕES:

l) avalie a possibilidade de revisão das faixas intermediárias de pontuação, com a finalidade de conferir maior proporcionalidade, minimizando as distorções descritas pelo corpo técnico; e

m) avalie a possibilidade de ampliação da base de dados para a elaboração do Plano de Negócios Referencial **com a inclusão do ano de 2022**, por se tratar de ano pós-pandemia, quando a utilização do estádio já estava normalizada, inclusive sem a realização de competições esporádicas, como a Copa América;

III – pelo **INDEFERIMENTO DO PEDIDO** constante do Documento TCE-RJ nº 007029-7/2023, formulado por VASCO DA GAMA SOCIEDADE ANÔNIMA DE FUTEBOL (“Vasco SAF”), conferindo-lhe ciência quanto à decisão; e

IV – findo o prazo para apresentação de resposta por parte do Estado do Rio de Janeiro – por intermédio da Secretaria de Estado da Casa Civil –, os autos deverão se **imediatamente** encaminhados à Secretaria Geral de Controle Externo, **para exame exclusivo das questões objeto de comunicação neste voto**, e sequencialmente ao Ministério Público, para pronunciamento, fixando-se o **prazo máximo de 05 (cinco) dias para a intervenção de cada instância**.

GC-5,

MARIANNA M. WILLEMANN
CONSELHEIRA-RELATORA
Documento assinado digitalmente