



PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Esportes

INTERESSADO: Unidade Setorial PPP/SEE

NÚMERO: 15.653

DATA: 15 - abril - 2016

EMENTA:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATO DE CONCESSÃO ARENA INDEPENDÊNCIA. PLEITOS DA CONCESSIONARIA ACERCA DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE EMBASAMENTO TÉCNICO NO EXPEDIENTE PARA ANÁLISE JURÍDICA DESTA CASA.

PEDIDO DE REEQUILÍBRIO DECORRENE DE CUSTOS DE OPERAÇÃO DA COPA DAS CONFEDERAÇÕES E COPA DO MUNDO. VIABILIDADE JURÍDICA ADMITIDA EM TESE PARA INÍCIO DE ESTUDOS TÉCNICOS PARA APURAÇÃO DOS VALORES, OBSERVADA AS DESPESAS REGULARES DA CONCESSIONÁRIA.

PEDIDO DE REEQUILÍBRIO FUNDAMENTADO NA CRISE ECONÔMICA DO PAÍS, REDUÇÃO DAS RECEITAS E MENOR ACESSO AO CRÉDITO. INVIABILIDADE JURÍDICA CONFORME REPARTIÇÃO DOS RISCOS DEFINIDA NO CONTRATO. ÁLEA CONTRATUAL. RISCO DA CONCESSIONÁRIA. PRETENSÃO DE SE ALTERAR AS REGRAS CONSIDERADAS NA CONSTRUÇÃO DO MODELO LICITADO E CONTRATADO. INVIABILIDADE JURÍDICA SOB PENA DE AFRONTA À ISONOMIA.

CONDUTA REITERADA DA CONCESSIONÁRIA DE NÃO CUMPRIR AS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. DEVER DE O PODER CONCEDENTE APLICAR AS PENALIDADES PREVISTAS NO CONTRATO. APLICAÇÃO CUMULATIVA DE SANÇÕES ADMITIDA.

DEVER DE AVALIAÇÃO QUANTO À EXTINÇÃO DO CONTRATO POR CADUCIDADE. HIPÓTESE QUE



AUTORIZA QUE O PODER CONCEDENTE OBTENHA RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS MEDIANTE EXECUÇÃO DA GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO.

PARECER

1. RELATÓRIO

O Coordenador Geral da Unidade Setorial PPP da Secretaria de Estado de Esportes, por meio do Ofício 02/2016, encaminha para análise desta Consultoria Jurídica, expediente que versa sobre pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Uso da Arena Independência, realizados pela Concessionária Arena Independência Operadora de Estádio – AIOE, em outubro/2015 e fevereiro/2016.

Em análise do expediente, em meados de outubro de 2015, a Concessionária oficializou pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob o fundamento de que realizou **investimentos não operacionais** para readequação técnica da subestação de energia e para refazimento do projeto original de acessibilidade do Estádio Raimundo Sampaio (Arena Independência), e, mais, incorreu em **custos operacionais** durante a Copa das Confederações (2013) e a Copa do Mundo (2014), pelos quais não se obrigou no contrato, razão, pois, do desequilíbrio da equação econômico-financeira original.

A Consulente informa que, diante da falta de resposta do Poder Concedente, a Concessionária, suspendeu, unilateralmente, os pagamentos devidos ao Poder Concedente no período de abril de 2015 a novembro de 2015. Os pagamentos mensais foram retomados a partir da parcela de dezembro de 2015, no entanto, a parcela de fevereiro (vencida em 07 de março) encontra-se, novamente, em atraso.

Agora, em 24 de fevereiro do corrente ano, a Concessionária, a título de reequilíbrio do contrato, por conta da crise econômica vivenciada no país, vem requerer a concessão de redução do valor do pagamento fixo mensal devido ao Poder Concedente, mediante aplicação do percentual de 10,58% sobre a receita



bruta anual **efetivamente percebida** durante a operação da Arena– e não sobre a receita bruta anual **estimada** -, além do pedido de carência de 2 (dois) anos para a retomada dos pagamentos.

A Unidade Setorial PPP da SEE informa que solicitou ao DEOP estudo técnico acerca dos aspectos de engenharia levantados no primeiro pedido (outubro/2015), não tendo, até o momento, recebido qualquer parecer técnico daquele órgão. Não obstante, na qualidade de unidade técnica responsável pela gestão do contrato, manifestou-se contrariamente a ambos os pedidos, conforme se depreende da leitura das Nota Técnicas nº 04/2015 e nº 02/2016.

O expediente, portanto, chega a esta Casa para manifestação jurídica acerca dos pedidos de reequilíbrio da Concessionária, e, também, para orientações quanto às providências a serem tomadas em face dos atrasos recorrentes dos pagamentos mensais devidos ao Poder Concedente.

É o relatório. Passamos a opinar.

2. PARECER

2.1. DA ANÁLISE DOS FATORES DE DESEQUILÍBRIO ALEGADOS PELA CONCESSIONÁRIA

2.1.1. Da realização de investimentos **não operacionais** para fins de readequação técnica da subestação de energia e refazimento do projeto original de acessibilidade do Estádio Raimundo Sampaio (Arena Independência);

Alega a Concessionária que se viu obrigada a realizar **investimentos não operacionais** na Arena Independência, referentes à adequação técnica da subestação de energia e ao refazimento do projeto original de acessibilidade da Arena, nos valores de R\$ 426.887,90 e R\$ 326.967,30, respectivamente, o que ensejou a quebra da equação econômico-financeira do contrato.

Segundo Ofício AIOE nº 38/2013, de lavra da Concessionária, durante a operação da concessão, constatou-se grave problema de sobrecarga elétrica no estádio, decorrente da instalação de equipamentos insuficientes na construção do estádio, então realizada pela empresa Andrade Valladares Engenharia e



Construção, contratada pelo Estado. Instrui o pleito com laudo técnico da CVCTEC Engenharia e Segurança do Trabalho, que afirma que o “*problema de sobrecarga não é de operação do estádio, e sim da concepção e construção do mesmo*”, pelo que entende não ser responsável pelos referidos investimentos.

Do mesmo modo, em relação à adequação da Arena aos requisitos de acessibilidade, em especial, aqueles constantes da NBR 9050 da ABNT, a Concessionária entende não ser responsável pelos investimentos que se fizeram necessários, imputando ao DEOP e à Construtora contratada pelo Estado o dever de suportá-los.

Como é sabido, diversamente do que ocorre nos contratos clássicos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, em se tratando de contratos de concessão, o reequilíbrio econômico-financeiro deve ser avaliado considerando as OBRIGAÇÕES assumidas pela Concessionária, e, mais, a REPARTIÇÃO dos RISCOS prevista no contrato.

De início, a cláusula 7ª do contrato, ao tratar das **condições gerais** da concessão de uso da Arena Independência, dispõe que:

“7.3. A Concessão destina-se à operação e manutenção da Arena Independência, conforme previsto nas obrigações da Concessionária, sendo proibido qualquer outro uso da Arena Independência pela Concessionária, exceto com expressa autorização do Poder Concedente.

7.4. A CONCESSIONÁRIA assegurará ao longo de todo o prazo de vigência da concessão, que as ações referentes aos investimentos pré-operacionais, de gestão executiva e de manutenção da Arena Independência, bem como sua utilização, ocorram em conformidade com as determinações constantes das obrigações da concessionária, previstas neste contrato.

(...)

7.7. A CONCESSIONÁRIA deverá realizar todos os investimentos previstos no item 9.1.7 deste contrato, devendo observar as diretrizes estabelecidas no Anexo IX – Diretrizes Mínimas para equipamentos e sistemas, do EDITAL”.


Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAR/MG 69.854



Dentre as obrigações da Concessionária assumidas na cláusula 9ª do contrato, oportuno ressaltar as seguintes:

“9.1.3. Manter a Arena Independência em condições de funcionamento adequado durante toda a vigência do contrato;

9.1.7. Realizar os investimentos na ARENA INDEPENDÊNCIA conforme as diretrizes mínimas estabelecidas no Anexo IX – Diretrizes Mínimas para Equipamentos e Sistemas do Edital;

9.1.11. Submeter à prévia autorização do PODER CONCEDENTE, por meio de projetos, a realização de qualquer ação que possa modificar as condições estruturais da ARENA INDEPENDÊNCIA.

9.1.16. A CONCESSIONÁRIA assumirá integral responsabilidade pelos riscos inerentes à execução do objeto da concessão, exceto quando houver expressa menção de riscos inerentes ao PODER CONCEDENTE previstos no contrato.

9.4. Em relação à operação e à manutenção da Arena Independência:

9.4.2. Custear o uso da Arena Independência em sua integralidade, responsabilizando-se pelo pagamento de todas e quaisquer despesas existentes, tais como:

(..) 9.4.2.6. Despesas com toda e qualquer obra, ação ou intervenção destinada a investimentos pré-operacionais, de gestão executiva e manutenção da Arena Independência e demais bens vinculados à concessão, a abranger o custeio da elaboração de estudos preliminares e projetos necessários;

9.4.2.7. Despesas com todas as instalações, mobiliário, equipamentos e insumos destinados ao desempenho das atividades previstas no objeto da concessão e seus serviços associados”.

Já no que tange à repartição dos riscos prevista no contrato, eis o que prevê a cláusula 23ª ao que interessa para resposta à consulta, *in verbis*:

“23.3. Somente caberá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para quaisquer das partes, nas hipóteses a seguir descritas:

23.3.2. Modificação unilateral, imposta pelo PODER CONCEDENTE, nos projetos e estudos anexos ao edital, desde que,



como resultado direto da modificação, verifique-se para a Concessionária alteração substancial dos custos e da receita, para mais ou para menos;

23.3.6. Em caso de autorização expressa do Poder Concedente para a realização de investimentos adicionais que superem isoladamente o valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

23.3.7. Em outras hipóteses expressamente previstas no contrato.”

A Unidade Setorial PPP/SEE, responsável pelo acompanhamento da execução contratual, em Nota Técnica nº 04/2015, esclarece que ***“os investimentos e demais despesas necessárias à operação do estádio não se limitam aos investimentos elencados no referido Anexo IX. Estes são qualificados como investimentos e despesas de toda ordem, relacionados à plena operacionalização da Arena Independência para os seus fins esportivos e culturais. Atente-se ainda para o fato de que, conforme a própria aceção do termo empregado, as Diretrizes Mínimas se constituem ponto de partida – e não de chegada – para o nível de instalações desejados”.***

A Consulente também informa que: **(1)** a Concessionária recebeu regularmente as obras do estádio realizadas pela empresa Andrade Valladares Engenharia e Construção, sem que tenha apontado qualquer irregularidade ou pendência à época; **(2)** a Concessionária, ao contrário do que dispõe a cláusula 9.1.11 do contrato, não requereu qualquer autorização ao Poder Concedente, pelo menos não foi encontrado qualquer documento com autorização estatal explícita para promoção das alterações estruturais necessárias à adequação do estádio às regras de acessibilidade; **(3)** Em 19 de outubro de 2015, os pleitos da Concessionária foram encaminhados para avaliação técnica do Departamento de Obras Públicas do Estado (DEOP), responsável pelo acompanhamento e entrega da obra, não tendo, até o momento, qualquer parecer técnico conclusivo daquele órgão, inviabilizando-se, assim, maiores considerações da Unidade Setorial PPP/SEE a respeito do embasamento técnico dos pleitos de reequilíbrio.

Note-se, pois, que a própria Unidade Setorial PPP/SEE admite que o expediente carece de maiores esclarecimentos técnicos. De fato, as Notas Técnicas 04/2015 e 02/2016 não esclarecem, sob o ponto de vista técnico, se os problemas estruturais do estádio, que deram ensejo aos investimentos realizados pela Concessionária, são, de fato, problemas de concepção e construção do estádio, ou se, ao contrário, podem ser considerados problemas de operação do estádio,



inclusive para rechaçarem os laudos técnicos juntados ao expediente pela Concessionária.

Com efeito, para maior segurança da **análise jurídica** desta Casa, parece-me imprescindível aguardar o parecer técnico conclusivo do DEOP, já que, este, na qualidade de responsável pelo acompanhamento e entrega das obras, poderá agregar informações técnicas importantes à análise do pleito.

Ademais, salvo melhor juízo, da leitura das cláusulas obrigacionais previstas no contrato, parece-me que a questão poderá ser resolvida a partir do que se compreende por **investimentos “pré-operacionais”, “operacionais” e de “manutenção” da Arena**, o que, em razão da falta dos respectivos conceitos técnicos no próprio contrato (no Capítulo I – Das Definições), também merece ser esclarecido pelos setores técnicos competentes, máxime considerando que o expediente não veio acompanhado do inteiro teor do Anexo IX do contrato.¹

De todo modo, atenta-se, ainda, para o disposto na cláusula 24.9, segundo a qual *“a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato não poderá importar efeito retroativo superior a 180 (cento e oitenta) dias da data de apresentação do pleito ou da comunicação”*.

Os pleitos da Concessionária foram realizados com base em fatores de desequilíbrio ocorridos, ao que tudo indica, em 2013 e 2014. Desta forma, considerando que a cláusula 24.9 pode ensejar o indeferimento de plano dos pleitos da Concessionária, é importante que a Unidade Setorial PPP/SEE esclareça como, de fato, ocorreu o pedido da Concessionária. E isto porque, em que pese a Consulente informar que a Concessionária oficializou o pleito apenas em outubro de 2015, inclusive com apresentação da documentação necessária somente nesta data, ao que tudo indica, trata-se de questão que vinha sendo discutida junto ao Poder Concedente desde a necessidade de implementação dos investimentos, pelo que merece, portanto, esclarecimento da unidade técnica responsável.

Com efeito, esta Consultoria Jurídica se abstém de apreciar a viabilidade jurídica do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro da Concessionária, referente aos investimentos realizados para adequação da subestação de energia da Arena e para adequação do estádio aos requisitos de acessibilidade exigidos na legislação, reservando-se no direito de sobre eles se manifestar após a instrução do expediente com parecer técnico conclusivo do

¹ Esta Consultoria Jurídica não logrou êxito em pesquisa dos Anexos ao Contrato de Concessão, realizada na internet, inclusive no site de compras do Estado.



DEOP e com informações de ordem técnica que possam esclarecer o alcance de cada um dos tipos de investimento previstos no contrato (pré-operacionais, operacionais e de manutenção da Arena), dentro da ótica em que o modelo de concessão foi concebido.

2.1.2. Da realização de despesas operacionais adicionais por conta da Copa das Confederações (2013) e da Copa do Mundo (2014)

Em relação ao pedido de reequilíbrio decorrente de custos adicionais decorrentes da Copa do Mundo e Copa das Confederações, eis o que o contrato prevê:

“9.7.1. Caso a Arena Independência seja eleita Campo Oficial de Treinamento, a Concessionária deverá:

9.7.1.1. Fornecer, durante o período de 60 (sessenta) dias no ano de 2013 e 60 (sessenta) dias no ano de 2014, gratuitamente ao Poder Concedente, ou a quem ele indicar, direitos de acesso e uso das dependências e instalações da Arena Independência, incluindo acolhimento, restaurantes, camarotes, lounges e áreas VI.

9.7.1.2. Fornecer ao Poder Concedente, ou a quem ele indicar, espaço suficiente no interior das instalações do estádio para o estacionamento, para a entrega de materiais, convidados, infraestrutura temporária e pós-eventos, redes de armazenamento, instalações de segurança e controle de acesso.

9.7.1.3. Garantir a prestação dos serviços de hospitalidade na Arena Independência nos eventos que ocorrerem no período.

9.7.1.4. Somente poderão ser estampadas na Arena Independência durante o período mencionado, publicidades autorizadas pelo Poder Concedente, devendo todas as demais serem tampadas ou retiradas, se for o caso.

9.7.2. Quando da utilização da Arena Independência, nos termos do item 9.7.1 e seus subitens, o PODER CONCEDENTE arcará apenas com os custos de operação do evento, que serão apurados pela CONCESSIONÁRIA e aprovados pelo PODER CONCEDENTE. Esses custos deverão estar comprovados em documentos válidos e poderão ser



descontados do pagamento devido pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE”.

A Concessionária arrolou, conforme planilha de fls., diversas despesas realizadas a título de “operação dos eventos” da Copa das Confederações e da Copa do Mundo, tais como: despesas com locação de traves no gramado, com manutenção do gramado, limpeza do estádio pré e pós evento, energia elétrica, vigilância e segurança de bens e pessoas, revestimentos de placas de publicidade da Brahma, abastecimento de água e tratamento de esgoto, carregadores para o gradeamento no pré e pós evento.

A Unidade Setorial PPP/SEDS, por sua vez, não se manifestou quanto à **viabilidade técnica** do pedido da Concessionária, tampouco consta a informação de que a Arena Independência foi efetivamente utilizada na Copa das Confederações e na Copa do Mundo.

De todo modo, depreende-se da leitura das cláusulas 9.7.1 e 9.7.2, que o contrato imputa ao Poder Concedente a responsabilidade pelos “*custos de operação dos eventos*”, o que indica, **pelo menos EM TESE**, ser juridicamente viável o pleito da Concessionária.

TODAVIA, a efetivação do reequilíbrio do contrato dependerá de **apuração técnica** de cada despesa arrolada pela AIOE, lembrando que várias delas constituem **obrigações contratuais regulares** da Concessionária, a exemplo das despesas com energia elétrica, limpeza, vigilância, segurança, abastecimento de água, tratamento de esgoto e manutenção do gramado.²

Em suma, ainda que admitida, **em tese**, a viabilidade jurídica do pleito da Concessionária, no que tange aos “custos de operação” da Copa do Mundo e da Copa das Confederações, **a efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato demanda uma análise técnica pormenorizada de cada despesa**, que poderá, ao final, ocorrer, mediante desconto do valor apurado quando do pagamento das parcelas devidas ao Poder Concedente, nos termos da cláusula 9.2.7.

2.1.3. Da crise econômica vivenciada pelo país (redução das receitas obtidas na execução do contrato e da redução do acesso ao crédito)

² Neste sentido, cláusula 9.4, ao definir as obrigações da Concessionária em relação à operação e manutenção da Arena, arrola, expressamente, despesas com água e energia (9.4.2.2), com segurança (9.4.2.4 e 9.4.34), com manutenção do gramado (9.4.10), com limpeza (9.4.28).



A Concessionária alega que, em virtude da crise econômica vivida pelo país, foi alterada, substancialmente, a ocupação dos estádios pelos torcedores, reduzindo drasticamente a receita e o retorno dos investimentos realizados na concessão. Somado a isto, diante da crise, o acesso ao crédito reduziu a possibilidade de a Concessionária buscar meios para realizar os investimentos necessários para completa execução do contrato, o que pode inviabilizar a continuidade do contrato.

Neste contexto, alega que, *“diante dessa realidade atual do país, não há dúvidas de que as projeções mencionadas não Anexo VII do Contrato de Concessão não condizem com a realidade da receita bruta anual alcançada pela Concessionária atualmente, como já não o era desde 2012, conforme pode se verificar pelo relatório anexo, em que resta inequívoco que o faturamento bruto da concessionária, de 2012 até hoje, representa em torno de 25% da receita bruta projetada no indigitado Anexo VII”*.

E, a partir daí, sob o fundamento de que houve *“superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato”*, alega que houve desequilíbrio da equação econômico-financeira original, passível, aos seus olhos, de recomposição.

A solução aventada pela Concessionária para recomposição do equilíbrio contratual consiste na aplicação do percentual de 10,58% (objeto de sua proposta econômica na licitação) sobre a receita bruta anual **real**, quer dizer, sobre a receita **efetivamente** percebida ao longo do ano de execução do contrato, deixando, pois, de ser aplicada sobre a receita bruta anual **esperada (RABE)**, conforme, de fato, restou contratado.

Em primeiro lugar, não me parece viável caracterizar a crise econômica vivenciada no país como *“fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato”*, a ensejar o reequilíbrio, com base na cláusula 6.3.2 do contrato. Trata-se, ao contrário, de evidente hipótese de **“álea ordinária”** do contrato, a ser suportada pela Concessionária.

Neste sentido, a cláusula 23ª do contrato, quando dispõe que NÃO haverá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses de *“prejuízos decorrentes dos riscos normais à atividade empresarial”* (cláusula 23.2.3) ou de *“aumento do custo de empréstimos e financiamentos assumidos*



pela Concessionária para realização de investimentos ou custeio de operações objeto da concessão” (cláusula 23.2.5).

Ademais, assim como todos os demais licitantes que participaram do certame para concessão de uso da Arena Independência, a Concessionária construiu sua proposta econômica considerando a receita bruta anual ESTIMADA (RABE), já fixada como R\$ 22.700.000,00 (vinte e dois milhões e setecentos mil reais no edital (Anexo III – Mecanismo de Pagamento), inclusive, vale ressaltar, que sua proposta econômica adotou o percentual mínimo de 10,58% admitido no edital.

Com efeito, ao realizar sua proposta econômica na licitação, adotando o percentual mínimo admitido no edital (10,58%) sobre o valor já fixado de R\$ 22.700.000,00 (vinte e dois milhões e setecentos mil reais), a Concessionária deu-se por capaz de pagar, a título de parcela mensal, o montante de R\$ 200.138,32 (valor à época), sem que tal pudesse comprometer a execução do contrato. Com certeza, para construção de sua proposta, levou em consideração sua capacidade de gerar receitas, inclusive as acessórias admitidas no contrato.

Agora, contudo, pretende, à guisa de “imprevisível” crise econômica vivenciada no país, alterar a regra sobre a qual o modelo de licitação e respectiva contratação foi construído, para que passe a pagar a parcela mensal mediante aplicação do percentual de 10,58% sobre a receita efetivamente percebida, que tem sido bem inferior àquela estimada.

Em outras palavras, a Concessionária pretende alterar a base de cálculo prevista no edital ((R\$ 22.700.000,00), sobre a qual incide o percentual objeto de sua proposta na licitação (10,58%).

Ora, ao contrário do que alega, a Concessionária não tem repassado ao Poder Concedente “*quantia muito superior ao que previsto contratualmente*”. Pelo contrário, o valor de R\$ 200.138,32 (hoje atualizado para R\$ 235.667,90) é devido ao Estado **por força de contrato**; a Concessionária, a bem da verdade, pretende é alterar a regra do jogo em plena partida, em flagrante afronta às condições contratuais e à própria licitação, sabendo-se que todos os interessados e licitantes consideraram, à época, o modelo então previsto no edital e ora adotado na execução do contratado.

Ademais, vale lembrar que o contrato permite que a Concessionária utilize a Arena Independência para obtenção de receitas acessórias, não estando o estádio limitado ao uso para jogos de futebol. Cumpre, portanto, indagar se a



Concessionária não tem alcançado a receita bruta estimada porque não tem explorado a Arena como deveria – ou mesmo como imaginou que faria quando da elaboração de sua proposta econômica na licitação -, em flagrante negligência, inépcia ou omissão na exploração adequada do estádio, que, ao lado dos prejuízos decorrentes de gestão ineficiente dos negócios, não dão ensejo à revisão contratual, nos termos das cláusulas 23.2.2 e 23.2.4.

Não raras as vezes – e lamentavelmente -, a Concessionária passa a ter prejuízos na execução do contrato por erro de avaliação do empreendimento no momento de elaboração da sua proposta, dando ensejo a propostas arrojadas, que não condizem com sua efetiva capacidade de gestão do negócio. E a consequência é justamente a inviabilidade, no tempo, da contratação. Daí porque os contratos de concessão, via de regra, ao definirem a repartição dos riscos, atribuem tal situação como “risco da concessionária”, não ensejador de reequilíbrio contratual, justamente para que os licitantes sejam forçados a bem avaliarem suas propostas.

Enfim, ainda que a Unidade Setorial PPP/SEE entenda razoável a pretensão da Concessionária de efetuar o pagamento do valor sobre a receita bruta anual REAL da Concessionária, fato é que a Administração Pública não pode alterar, no decorrer da execução do contrato, o modelo de contratação veiculado no edital da licitação, sob pena de afronta ao princípio da isonomia.

E, pelos mesmos motivos, não pode simplesmente beneficiar a Concessionária com a concessão de prazo de carência de 2 anos para retomada dos pagamentos, não prevista no edital e respectivo contrato, e isto sem falar no evidente prejuízo aos cofres públicos decorrentes de tal “liberalidade”.

Evidencia-se, pois, a inviabilidade jurídica de a Administração atender ao pleito da Concessionária, seja porque não se faz presente qualquer dos fatores desencadeadores de desequilíbrio contratual previstos no contrato, seja porque não pode, a esta altura, alterar as regras sobre as quais foi construído o modelo da licitação e contratação, sob pena de afronta à isonomia.

3. DA SUSPENSÃO UNILATERAL DOS PAGAMENTOS MENSIS PELA CONCESSIONÁRIA. ATRASOS RECORRENTES. SANCIONAMENTO.

Questão que, de fato, preocupa esta Casa diz respeito à suspensão unilateral, por parte da Concessionária, dos pagamentos mensais devidos ao Poder Concedente no período de abril/2015 a novembro/2015, e, agora, novo atraso no



pagamento referente ao mês de fevereiro/2016, vencido em 07 de março do corrente ano.

Segundo informa a Consulente, a Concessionária retomou o pagamento das parcelas mensais em dezembro de 2015, tendo sido pagas as parcelas de dezembro/2015 e janeiro/2016. A parcela de fevereiro de 2016, com vencimento em 07 de março, contudo, encontra-se, novamente, atrasada.

A Concessionária justifica a suspensão unilateral dos pagamentos mensais justamente nos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato que realizou sem resposta definitiva do Estado. Entente, aliás, que diante dos valores a que possui direito, objeto dos pleitos de reequilíbrio, não se encontra inadimplente perante o Poder Concedente.

Em primeiro lugar, a Concessionária deve ter em mente que não pode, por sua conta, suspender o cumprimento de suas obrigações contratuais à guisa de pedidos de reequilíbrio que acredita ter direito, especialmente porque o próprio contrato prevê todo um procedimento para definição sobre pleitos de reequilíbrio.

Neste contexto, conforme apontado pelo Consulente, a Concessionária formalizou o pedido de reequilíbrio apenas em outubro de 2015, inclusive por conta de solicitação da própria Unidade Setorial PPP/SEE, cuja nova coordenação (assumida em setembro/2015) vislumbrou a falta de qualquer embasamento documental do pedido. Note-se, pois, que a Concessionária suspendeu, unilateralmente, os pagamentos mensais devidos ao Poder Concedente em abril de 2015, quando sequer havia instruído o pedido de reequilíbrio com toda a documentação exigida no contrato (cláusula 24.3)³.

³ "Cláusula 24.3. Quando o pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro for iniciado pela Concessionária, observar-se-á o que se segue:

- a) Deverá ser acompanhado de relatório técnico ou laudo pericial que demonstre o impacto da ocorrência, na forma estabelecida na presente cláusula;
- b) Deverá ser acompanhado de todos os documentos necessários à demonstração do cabimento do pleito, podendo, ainda, o Poder Concedente solicitar laudo econômicos específicos, elaborados por entidades independentes;
- c) Conforme o caso, deverá conter indicação da pretensão à revisão dos pagamentos, informando os impactos e as eventuais alternativas de balanceamento das prestações".



Ademais, se o cumprimento tempestivo das obrigações contratuais é exigido enquanto pendentes questões submetidas à arbitragem ⁴ – que constitui o último meio de solução de conflitos entre as partes admitido no contrato, além do judicial, é claro –, há de exigir também, ainda que por analogia, o cumprimento regular das obrigações contratuais, enquanto não concluídos os demais procedimentos administrativos previstos no contrato, a exemplo de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e da mediação. Imagine-se o caos que seria, com graves prejuízos ao interesse público objeto da concessão, se toda e qualquer conflito instaurado durante a execução do contrato pudesse ensejar a suspensão das obrigações contratuais.

Note-se que a conduta irregular da Concessionária de suspender, unilateralmente, os pagamentos mensais devidos ao Poder Concedente nos meses de abril/2015 a novembro/2016, agora, se repete em relação à parcela de fevereiro de 2016, que se encontra em atraso. Ainda que tenha regularizado o pagamento das parcelas de dezembro/2015 e janeiro/2016, fato é que a parcela de fevereiro/2016 está novamente em atraso, evidenciando-se que a conduta REITERADA da Concessionária de descumprir a obrigação de pagamento pontual assumida no contrato, no decorrer de 2015, parece ter se tornado uma prática comum no contrato, com a qual o Poder Concedente não pode concordar.

Compulsando o Capítulo X do contrato – Das sanções e penalidades aplicáveis à Concessionária –, cumpre ressaltar as seguintes disposições:

***“29.1. O não cumprimento das cláusulas deste contrato, de seus anexos e do edital ensejará a aplicação das penalidades previstas nestes instrumentos e na legislação aplicável.*”**

⁴ Confira o teor das cláusulas 32.2 e 32.3 do contrato:

“32.2. A submissão de qualquer questão à arbitragem não exoneras as partes do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do contrato, até que uma decisão final seja obtida relativamente à matéria em causa.

32.3. De igual modo, não se permite qualquer interrupção dos pagamentos ao Poder Concedente, que deverão continuar a se processar nos termos em vigor à data de submissão da questão, até que uma decisão final seja obtida relativamente à matéria em causa”.



29.2.. O Poder Concedente, garantida a ampla defesa, poderá aplicar à Concessionária as seguintes sanções pela inexecução parcial ou total das obrigações estabelecidas neste contrato, observadas a natureza e gravidade da falta:

28.2.1. *Advertência, formal, por escrito, a versar sobre o descumprimento de obrigação assumida que não justifique a aplicação de outra sanção prevista neste contrato, que será formulada junto à determinação da adoção das necessárias medidas de correção;*

29.2.2. *Multa administrativa;*

29.2.3. *Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública Estadual, por prazo não superior a 2 anos;*

29.3.3. *Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante o Poder Concedente, que será concedida sempre que a Concessionária ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo de sanção aplicada com base no item 29.2.3 do contrato, conforme previsto no art.9º da Lei Estadual nº 13.994, de 2001.*

29.3. *A gravidade das faltas observará as seguintes escalas:*

29.3.1. *A infração será considerada leve quando decorrer de conduta involuntária ou reparável da Concessionária e, em todos os casos, da qual ela não se beneficie e que não acarrete prejuízos ao Poder Concedente ou à Arena Independência;*

29.3.2. *A infração será considerada média quando decorrer de conduta irreparável, mas efetuada pela primeira vez pela Concessionária, sem a ela trazer qualquer benefício ou proveito e que não acarrete prejuízos ao Poder Concedente ou à Arena Independência.*

29.3.3. ***A infração será considerada grave quando o Poder Concedente constatar presente um dos seguintes fatores:***

a) *ter a Concessionária agido de má-fé;*


Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 60.344



b) da infração decorrer benefício direto ou indireto para a Concessionária;

c) a Concessionária for reincidente na infração; e

d) houver prejuízos para o Poder Concedente ou prejuízo estrutural para a Arena Independência.

(...)

29.5. No caso em que não houver cominação de multa específica neste contrato, o valor das multas, proporcional à gravidade da infração, variará conforme o Decreto Estadual nº 45.902, de 2012, sem prejuízo de indenização devida por eventuais perdas e danos.

29.7. No caso de infrações continuadas, serão fixadas sanções diárias enquanto perdurar o descumprimento.

29.8. Aplicada a multa, o Poder Concedente emitirá documento de cobrança contra a Concessionária, que deverá pagar o valor até 5 (cinco) dias úteis, contados do recebimento da notificação.

29.9. Após a decisão de eventual recurso interposto pela Concessionária e decorrido o prazo sem pagamento pela Concessionária, o Poder Concedente poderá executar o valor da multa por meio de desconto na garantia de execução do contrato.

29.10. A falta de pagamento da multa no prazo estipulado importará a incidência automática de juros de mora correspondentes à variação, pro rata, da taxa SELIC, a contar da data do respectivo vencimento até a data do efetivo pagamento.

29.11. O valor das multas será reajustado periodicamente, nas mesmas datas e pelo mesmo índice de reajuste de que trata o Anexo III – Mecanismo de Pagamento.

29.12. As importâncias pecuniárias resultantes da aplicação das multas previstas neste contrato reverterão em favor do Poder Concedente.

29.13. A suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública Estadual e a Declaração de inidoneidade da Concessionária poderão ser aplicadas



nas hipóteses de infração grave e ainda no caso de prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos do contrato.

29.14. As sanções descritas nesta cláusula não serão necessariamente aplicadas em sequência gradativa (da mais leve para a mais gravosa), podendo ser impostas cumulativamente, a depender da gravidade da inadimplência verificada ou da pluralidade de condutas infracionais constatadas.

29.15. As sanções previstas serão aplicadas sem prejuízo da aplicação da medida de intervenção ou da declaração de caducidade, bem como da aplicação de outras sanções previstas neste contrato ou na legislação pertinente”.

Da leitura dos dispositivos contratuais, evidencia-se que a conduta reiterada da Concessionária de não efetuar os pagamentos mensais devidos ao Poder Concedente, nas datas previstas para tanto, constitui **infração de natureza GRAVE**, a uma, porque a infração decorreu benefício direto ou indireto para a Concessionária, a duas, porque a Concessionária foi reincidente na prática da infração, a três, porque sua conduta causou prejuízos ao Poder Concedente, decorrentes do não recebimento tempestivo dos pagamentos que lhe são devidos.

A partir daí, nos termos da cláusula 29.13, a infração da Concessionária é passível de punição mediante aplicação da suspensão temporária do direito de licitar e de contratar com a Administração Pública e da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, além da aplicação de multa administrativa, uma vez admitida a incidência cumulativa das penalidades, nos termos da cláusula 29.4.

No que tange à aplicação de multa, em que pese a cláusula 29.6 não ter arrolado multa específica no caso de descumprimento do dever de pagamento ao Poder Concedente dos valores previstos na cláusula 17.1, importa verificar que o Anexo III – Mecanismo de Pagamento cuida de prever as sanções aplicáveis na espécie, a saber:

“ Ocorrendo atraso no pagamento dos valores devidos pelo uso da Arena Independência serão aplicadas as seguintes sanções:

a) Atualização financeira a contar da data do respectivo vencimento até a data do efetivo pagamento, de acordo com a variação pro rata do



IPCA, ou outro índice que venha substituí-lo, conforme legislação vigente;

b) Multa de 2% (dois por cento) do valor do débito;

c) Juros de mora correspondentes à variação pro rata da taxa SELIC, a contar da data do respectivo vencimento até a data do efetivo pagamento”.

Com efeito, é DEVER da Administração aplicar sanções à Concessionária pelos atrasos recorrentes do pagamento dos valores devidos ao Poder Concedente, admitindo-se, conforme a gravidade da infração, a aplicação cumulativa de multa, suspensão temporária do direito de licitar e de contratar com a Administração Pública e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

À luz da cláusula 29.18 do contrato, as penalidades serão aplicadas pela Administração, garantido o exercício da ampla defesa e do contraditório, respeitados os procedimentos previstos contratualmente.

Vale lembrar que a garantia de execução do contrato poderá ser utilizada pelo Poder Concedente, “quando a concessionária não efetuar o pagamento dos valores mensais ou anuais devido ao Poder Concedente nos termos do Anexo III – Mecanismo de Pagamento, bem como deixar de realizar o pagamento de indenizações ou demais obrigações pecuniárias sob sua responsabilidade” (cláusula 28.8.).

Por fim, ressalte-se que “as sanções previstas serão indicadas sem prejuízo da aplicação da medida de intervenção ou da declaração de caducidade, bem como da aplicação de outras sanções previstas no contrato ou na legislação pertinente” (cláusula 29.15).

É sabido que a inexecução total ou parcial do contrato poderá acarretar, **a critério do Poder Concedente**, a declaração de caducidade da concessão, inclusive, neste sentido, dispõe a cláusula 37.1 do contrato. Com efeito, diante da gravidade da conduta reiterada da Concessionária de não realizar e/ou atrasar os pagamentos mensais devidos ao Estado por força do contrato, recomenda-se às autoridades competentes que avaliem a hipótese de extinção do contrato por



caducidade, nos termos das cláusulas 37.1, 37.2, 37.2.1 e 37.2.5 ⁵, caso em que o Poder Concedente poderá executar a garantia de execução do contrato, para fins de ressarcir-se de todos os prejuízos causados pela Concessionária (cláusula 37.6).

Por outro lado, considerando que a Concessionária fundamentou seu último pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato na situação de crise econômica que vive o país, inclusive mediante ameaça de se tornar inviável a execução do contrato caso não atendido seu pedido, cumpre, desde logo, orientar a Unidade Setorial PPP/SEE de que, nos termos da **cláusula 38.1** do contrato, eventual pedido de rescisão contratual por iniciativa da Concessionária somente é possível **no caso de descumprimento pelo Poder Concedente do dever de lhe assegurar o uso da Arena Independência durante a vigência da concessão, o que não é o presente caso.**

Não se desconhece a possibilidade de rescisão do contrato por solicitação da Concessionária, prevista **na cláusula 40ª** do contrato, que trata dos casos de falência ou extinção da Concessionária, e, ao fazê-lo, condiciona o pedido à comprovação de déficit operacional por seis meses consecutivos e à situação regular da Concessionária quanto ao cumprimento das obrigações contratuais, sem que esteja submetida a qualquer processo de penalização e/ou existência de débito de multas e indenizações.

Trata-se, aqui, de hipótese de rescisão contratual que não socorre a Arena Independência Operadora de Estádio – AIOE, considerando o descumprimento reiterado de suas obrigações contratuais, encontrando-se, aliás, na iminência de ser penalizada por tal descumprimento, isto sem falar na inexistência de prova efetiva de déficit operacional por seis meses consecutivos.

⁵ "Cláusula 37.1. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do Poder Concedente, a declaração de caducidade da concessão, sem prejuízo da aplicação das demais sanções previstas em lei e no contrato.

37.2. A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo Poder Concedente quando, comprovadamente:

37.2.1. A Concessionária descumprir reiteradamente cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

37.2.5. A Concessionária deixar de pagar os valores devidos pelo Poder Concedente pelo uso da Arena Independência".



4. CONCLUSÃO

Em face do exposto, considerando a falta de embasamento técnico apontada pela Unidade Setorial PPP/SEE para análise segura dos pleitos de reequilíbrio da Concessionária, referentes à quebra da equação econômico-financeira decorrente de investimentos realizados para adequação da subestação de energia da Arena e para adequação do estádio aos requisitos de acessibilidade exigidos na legislação, esta Consultoria Jurídica se abstém de sobre eles se manifestar, pelo menos até que o expediente seja instruído com o parecer técnico conclusivo do DEOP e com informações técnicas que possam esclarecer os investimentos *pré-operacionais, operacionais e de manutenção* da Arena, previstos na concepção do modelo.

No que tange ao pedido de reequilíbrio contratual fundamentado na quebra da equação econômico-financeira decorrente da crise econômica que vive o país, com redução das receitas e de acesso ao crédito, esta Consultoria Jurídica opina contrariamente ao pleito da Concessionária, uma vez ausente qualquer dos fatores desencadeadores de desequilíbrio contratual previstos no contrato, autorizativos da recomposição do contrato, estando a Administração, ademais, impedida de, a esta altura, alterar as regras sobre as quais foi construído o modelo da licitação e contratação, sob pena de afronta à isonomia.

Em relação ao pedido de reequilíbrio contratual fundamentado nos custos de operação da Copa do Mundo e da Copa das Confederações que a Concessionária assumiu, trata-se de ponto considerado, **em tese**, passível de ocorrer, **mas** devem ser desenvolvidos estudos técnicos dos valores, considerando, inclusive, as despesas regulares atribuídas à AIOE pelo contrato.

Diante da gravidade dos reiterados descumprimentos do contrato por parte da Concessionária, recomenda-se a aplicação das penalidades previstas no contrato (multa, nos termos do Anexo III – Mecanismo de Pagamento), cumulada com a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública Estadual e declaração de inidoneidade da



ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

Concessionária), observados os procedimentos ali previstos, sobretudo o direito da Concessionária à ampla defesa e ao contraditório.

Por fim, orienta-se a Administração que avalie a continuidade da concessão, para fins de eventual extinção do contrato por caducidade, nos termos da cláusula 37ª do contrato.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 06 de abril de 2016.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1127022-0/OAB-MG 69.844

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

APROVADO EM 12/04/2016

Daniilo Antonio de Souza Castro
DANILO ANTONIO DE SOUZA CASTRO
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.503-6 - OAB/MG 92.840

Onofre Alves Batista Júnior
Onofre Alves Batista Júnior
ADVOGADO-GERAL DO ESTADO
10/04/2016