



Procedência: Secretaria de Estado de Defesa Social

Interessado: Diretoria da Unidade Setorial de Parcerias Público-Privadas/SEDS e Gestores Prisionais Associados S/A - GPA

Número: 15.659

Data: 18 de abril de 2016

Ementa:

ADMINISTRATIVO. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. COMPLEXO PENITENCIÁRIO. REPACTUAÇÃO SUCESSIVA DOS PRAZOS DE ENTREGA DAS UNIDADES. 2º, 4º E 6º ADITIVOS AO CONTRATO. AUSÊNCIA DE ENTREGA DO CRONOGRAMA DE OBRAS E DO RELATÓRIO DIÁRIO DE OBRAS PELA CONCESSIONÁRIA. IMPROCEDÊNCIA TÉCNICA DOS MOTIVOS APRESENTADOS PELA CONCESSIONÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. ABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA FINS APLICAÇÃO DE PENALIDADE. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

ATRASO NO CUMPRIMENTO DOS PRAZOS REPACTUADOS NO 6º TERMO ADITIVO. PRAZO DE ENTREGA OBJETO DE MEDIDA CAUTELAR AJUIZADA PELA CONCESSIONÁRIA. QUESTÃO SUB JUDICE. PREJUDICADA ANÁLISE DO DESCUMPRIMENTO DO PRAZO DE ENTREGA DAS UNIDADES PENAS PREVISTO NO 6º TERMO ADITIVO.

PARECER

1. RELATÓRIO

A Secretaria de Estado de Defesa Social, por meio do OF.GAB.SEDS nº 0021/2016, encaminha expediente oriundo da Unidade Setorial de Parcerias



Público-Privadas daquela Pasta, cuja Diretoria requer orientações acerca da execução do Contrato de Concessão Administrativa nº 336039.54.1338.09, firmado entre o Estado e Gestores Prisionais Associados S.A – GPA, na modalidade PPP, considerando o descumprimento de obrigações contratuais pela Concessionária e, pois, o dever de o Poder Concedente instaurar processo administrativo para aplicação de penalidades previstas no contrato.

Considerando que o expediente não veio inicialmente instruído com toda a documentação necessária para compreensão do contexto fático que envolve a consulta, e uma vez que a questão consultada poderia guardar relação com o processo judicial no qual se discute a legalidade do 2º Termo Aditivo firmado pelas partes e/ou com qualquer das Ações Cautelares promovidas pela Concessionária, seja para manutenção do pagamento da parcela complementar objeto do 2º Termo Aditivo, seja para repactuação do cronograma de execução do contrato, em reunião realizada em 02/02/2016 nesta Casa, com a presença da Diretora da Unidade Setorial de PPP /SEDS, Luciana Lott de Almeida Cunha, esta Consultoria Jurídica solicitou que fosse encaminhada toda a documentação comprobatória do descumprimento de obrigações contratuais pela Concessionária para fins de instrução do expediente. Só em 25/02/2016, a documentação solicitada chegou a esta Consultoria Jurídica, razão, pois, da demora na análise do expediente.

Examinada a documentação encaminhada pela Consulente, vê-se a preocupação da Diretoria da Unidade Setorial PPP/SEDS, enquanto responsável pela fiscalização do contrato, com os seguintes pontos, em especial:

- **o primeiro**, diz respeito à ausência de entrega do cronograma de obras e do Relatório diário de obras pela Concessionária após as diversas repactuações de prazos objeto de aditamentos ao contrato, impossibilitando, assim, a fiscalização e acompanhamento da execução do contrato pela Unidade Setorial PPP/SEDS;

- **o segundo**, refere-se ao fato de que quando estava tomando providências para instauração de processo administrativo para apuração da falta contratual da Concessionária acima apontada, foi surpreendida com a notícia de que teria sido cogitada pelo Governo, a assinatura do 8º Termo Aditivo, que, mesmo sem qualquer cronograma atualizado das obras, pretendia prorrogar o prazo de entrega das unidades remanescentes por mais doze meses (27/10/2016);

- **o terceiro**, diz respeito ao fato de que, não tendo se consumado a assinatura do 8º Termo Aditivo, e uma vez não entregue as Unidades Prisionais 4



e 5 e da Célula-Mãe do Complexo Penal dentro do prazo pactuado no 6º Termo Aditivo, qual seja, **27/10/2015**, encontra-se a Concessionária em estado de inadimplemento contratual, sujeito a sanções previstas no contrato.

A consulta, portanto, envolve análise desta Casa quanto à ocorrência de EFETIVO descumprimento de duas obrigações contratuais por parte da Concessionária, quais sejam, **(1) a ausência de entrega do cronograma de obras atualizado e do relatório diário de obras após as repactuações dos 4º e 6º Termo Aditivo, o que exigirá análise quanto aos motivos apontados pela Concessionária, se capazes de afastar, ou não, o cumprimento da referida obrigação contratual, considerando, sobretudo, a análise técnica da unidade PPP/SEDS, responsável pelo acompanhamento do contrato; e (2) a falta de entrega das Unidades 4 e 5 e da Célula-Mãe do Complexo Penal dentro do prazo fatal previsto no 6º Termo Aditivo (27/10/2015), eis que obstada a assinatura do 8º Termo Aditivo a tempo e modo.**

Feito o breve relatório, passamos a opinar.

2. PARECER

Desde logo, cumpre ressaltar que o prazo de entrega das Unidades Prisionais 4 e 5 do Complexo Penal, inclusive da Célula-Mãe, é objeto de Ação Cautelar ajuizada pela Concessionária (Processo nº0864478-50.2015.8.13.0024), cujo acompanhamento encontra-se a cargo da Assessoria do Advogado Geral do Estado. Prejudicada, portanto, a análise desta Consultoria Jurídica quanto à aplicação de penalidade à Concessionária por descumprimento da obrigação de entrega das Unidades Prisionais remanescentes em 27/10/2015.

Já em relação ao primeiro ponto de preocupação da Diretoria da Unidade Setorial PPP/SEDS, atenta-se para o fato de que o Cronograma Físico das Obras de Infraestrutura constitui o Anexo XII do Contrato, e nele são previstos os marcos de entrega das Unidades Prisionais do Complexo Penal, tanto para observância obrigatória da Concessionária, quanto para fiscalização do Poder Concedente no que tange ao fiel cumprimento do contrato pela parceira privada.

Observa-se o que dispõe a cláusula 17.3 do contrato, *in verbis*:



“17.3. São obrigações da Concessionária, sem prejuízo de outras obrigações estabelecidas neste contrato e em seus anexos, bem como na legislação aplicável:

a) cumprir e respeitar as cláusulas e condições deste Contrato, do edital, das propostas apresentadas e dos documentos relacionados;

(...)

f) Promover a completa execução das obras e prestação das atividades e serviços, **obedecendo rigorosamente o planejamento e/ou programações**, as instruções apresentadas pela fiscalização e demais recomendações das normas técnicas e legislação aplicáveis à Concessão Administrativa;

(...)

h) Informar à fiscalização do Poder Concedente a ocorrência de quaisquer atos, fatos ou circunstâncias **que possam atrasar ou impedir a conclusão da obra dentro do prazo fixado no Cronograma Físico das Obras de Infraestrutura, anexo deste contrato**, sugerindo as medidas para corrigir a situação;

17.3.1. Na execução das obras a Concessionária deverá obedecer **rigorosamente os marcos fixados no cronograma físico das obras de infraestrutura**, somente sendo admitidas modificações desses marcos nas condições previstas neste contrato.

17.3.2. Ressalvadas as hipóteses especificadas no contrato, o atraso no cumprimento dos marcos fixados no cronograma físico das obras de infraestrutura sujeitará a concessionária à aplicação das multas contratualmente previstas, sem prejuízo da aplicação de outras sanções pertinentes.”

Vê-se, a partir daí, que o contrato prevê, ainda que de forma implícita, uma **obrigação acessória** a ser cumprida pela Concessionária, qual seja, a entrega do cronograma de obras atualizado, para fins de se permitir a fiscalização do Poder Concedente quanto ao cumprimento da obrigação principal de concluir as obras



das unidades penais nos marcos previstos no cronograma, sob pena de lhe ser aplicada a penalidade prevista na cláusula 33.7.2 do contrato.¹

Com efeito, dúvida não há de que o Cronograma Físico de Obras serve como **instrumento de fiscalização** da execução contratual, e, nesta condição, é imprescindível que seja regularmente atualizado pela Concessionária, para que o interesse público que move a PPP seja alcançado com a eficiência que a sociedade espera da Administração Pública.

Sem cronograma atualizado, não há fiscalização eficiente, e sem fiscalização eficiente, as chances de não se atingir o interesse público objeto da parceria crescem assustadoramente, em flagrante prejuízo aos cofres públicos. Sabe-se que não é raro neste país - lamentavelmente, aliás -, a ocorrência de contratações públicas custeadas pela Administração sem entrega efetiva do objeto contratado, justamente por ausência de uma fiscalização eficiente, o que é muito grave, razão pela qual as autoridades competentes devem ser rigorosas no cumprimento de prazos e metas.

Em suma, sem Cronograma Físico das Obras atualizado, o Poder Concedente não tem como exigir da Concessionária o cumprimento de suas obrigações, ficando a execução contratual à mercê da “disposição” da parceira privada em cumprir o contrato, o que não pode ser admitido.

E, mais, se as partes não contam com um cronograma de obras **atualizado**, ficam impossibilitadas de avaliar criteriosamente a necessidade de futuras repactuações, ensejando, ao contrário, a definição aleatória de novos marcos, o que me parece inadmissível, especialmente em sede de parcerias público-privadas, onde os custos dos projetos são, via de regra, expressivos.

Daí a importância de se manter o cronograma de obras **atualizado** e o dever da Concessionária de entregá-lo **conforme e na medida de cada repactuação do contrato**, sob pena de aplicação das sanções definidas no contrato.

Com razão, pois, a Diretoria da unidade Setorial PPP/SEDS em preocupar-se com a evolução da execução da presente parceria, já que, segundo informação constante do MEMO US-PPP nº 168/2015 - ASS, “já houve repactuação do Cronograma Físico das Obras, por meio do Primeiro, quarto e

¹ 33.7.2. Multa de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) por mês completo, ou o valor da fração calculada pro rata die, no caso de atraso na conclusão de cada unidade penal, nos termos estabelecidos no cronograma físico das obras de infraestrutura, anexo deste contrato.



sexto Termos Aditivos ao Contrato, sendo que em nenhum deles, na gestão anterior, houve entrega do Cronograma de Obras devidamente atualizado.” (grifo nosso)

Também lhe preocupa ter o Governo, à sua revelia, cogitado de uma nova repactuação via assinatura do 8º Termo Aditivo, quando inexistente qualquer cronograma de obras atualizado que pudesse servir de base para nova prorrogação.

²

Em análise do expediente, note-se que a Diretoria da Unidade Setorial PPP/SEDS tentou inúmeras vezes obter da Concessionária o Cronograma de Obras atualizado e o Relatório Diário de Obras (Ofício nº 040/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 155/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 166/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 177/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 082/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 094/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 115/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 151/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 155/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 166/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 177/2013/PPP/SEDS, Ofício nº 013/2014/PPP/SEDS, Ofício nº 123/2014/PPP/SEDS, OF.US-PPP nº 01/2015-FISC, OF.US-PPP nº 11/2015 – DIR, OF.US-PPP nº 17/2015 – FISC, OF.US-PPP nº 23/2015-FISC, OF.US-PPP nº 92/2015 – FISC).

Não obstante inúmeras tentativas, a Diretoria da Unidade Setorial PPP/SEDS informa que recebeu, **uma única vez (em 03/09/2013)**, o cronograma de obras, em atendimento ao Ofício nº 094/2013/PPP/SEDS. A partir daí, todas as demais solicitações não foram atendidas, inclusive em afronta à cláusula 17, “*il*” do contrato, que prevê como obrigação da Concessionária “*atender às ordenações do Poder Concedente no tocante ao fornecimento de informações de natureza técnica, econômica, financeira e contábil, medições, prestações de contas, na periodicidade e segundo critérios estabelecidos.*”

A Concessionária aponta, como fator impeditivo da apresentação do cronograma de obras atualizado, o **cenário de indefinição quanto às premissas do projeto para implantação das Unidades Penais remanescentes**, e isto por conta dos seguintes fatores:

² “6.2.2.3. Na análise do pedido de prorrogação, sem prejuízo do disposto no item 6.2.1, o Poder Concedente levará em consideração todas as informações sobre a construção e gestão do Complexo Penal, em especial o cumprimento dos requisitos de serviço adequado, por parte da Concessionária, conforme relatórios técnicos fundamentados, emitidos pela fiscalização do Poder Concedente, devendo aprovar ou rejeitar o pleito dentro do prazo acima previsto.”



- (1) dúvida quanto à adoção, na construção das unidades remanescentes (Unidades 4 e 5), das alterações de projeto implementadas nas Unidades 1 e 2, nos termos em que previsto no 2º Termo Aditivo, ora questionado pela Controladoria Geral do Estado e objeto de Processo Administrativo em curso (Ofício GPA/PPP/MG nº 190/2015);
- (2) indefinição quanto às alterações de projeto cogitadas no curso da execução contratual, relativas à alteração da área administrativa das Unidades Penais para Área de Labor do Sentenciado e à reversão da Unidade 4 de Regime Semiaberto para Unidade de Regime Fechado. Segundo alega, não poderia dar início a qualquer atividade construtiva sem detalhamento das conformações e layout das Unidades Prisionais e da Célula-mãe do Complexo Penal (Ofício GPA/PPP/MG nº 023/2015).

A Diretoria da Unidade Setorial PPP/SEDS, por sua vez, não concorda com os motivos apresentados pela Concessionária, por entender que nenhum dos fatores acima expostos é capaz de afastar o seu dever de cumprir as obrigações acessórias assumidas no contrato, quiçá a própria execução do contrato.

Em primeiro lugar, importa ressaltar que o 2º Termo Aditivo não questiona a procedência técnica das alterações de projeto realizadas, cuja relevância para melhoria da prestação dos serviços objeto da PPP parece não ter sido, em nenhum momento, questionada, nem pela área técnica responsável pelo acompanhamento do contrato, tampouco pela Controladoria Geral do Estado. A legalidade do 2º Termo Aditivo tem sido questionada sob o ponto de vista da distribuição dos riscos da PPP, quer dizer, se o Estado deveria ter assumido o pagamento da parcela complementar para custear as alterações de projeto, a título de investimentos adicionais demandados pelo Poder Concedente, ou se as alterações realizadas nas Unidades já prontas, à conta e risco da Concessionária, deveriam ser replicadas nas demais Unidades também sob sua responsabilidade, à medida que ela assumiu os riscos relativos à construção do Complexo Penal, inclusive em prol de seu melhor desempenho (e, pois, maior remuneração).

Em que pese a questão não ter sido ainda solucionada, fato é que se as alterações do projeto original ocorreram para melhoria das instalações e dos serviços que serão prestados aos sentenciados, a princípio, não haveria razão para a Concessionária ter dúvidas quanto à sua adoção nas Unidades 4 e 5, até mesmo porque implicarão em maior índice de desempenho, com impacto vantajoso em sua remuneração.



Com efeito, pelo menos **sob a ótica da viabilidade técnica** de se replicar, nas Unidades penais remanescentes, as alterações realizadas nas Unidades já construídas, parece não existir qualquer “indefinição”. Subsiste, de fato, indefinição quanto à responsabilidade pelos custos de tais alterações de projeto, diante dos questionamentos que cercam o 2º Termo Aditivo, e, pois, a legalidade do pagamento da parcela complementar.

Sem adentrar na análise de mérito das questões que envolvem o pagamento da parcela complementar – já que objeto de processos administrativo e judicial ainda em curso -, fato é que o expediente revela que a “dúvida” da Concessionária em replicar, nas Unidades remanescentes, as alterações do projeto implementadas nas primeiras unidades construídas, persiste porque ela depende (quando não deveria) do pagamento da parcela complementar para dar continuidade ao projeto, evidenciando-se, aqui, que pode ter assumido o contrato em condições que fogem da sua realidade para executá-lo, o que me parece muito grave.

Neste ponto, chama a atenção desta Consultoria Jurídica informação da própria Concessionária no sentido de que a suspensão da parcela complementar prejudicou a obtenção de financiamento junto a instituições financeiras, daí porque não lhe foi possível entregar as Unidades 4 e 5 e a Célula-Mãe na data prevista no 6º Termo Aditivo.³

Ora, há de se convir que se o projeto original contemplava todas as 05 unidades prisionais e a Célula-mãe, a Concessionária não deveria contar com o pagamento da parcela complementar para prosseguir na execução do contrato, sabendo-se que o valor de tal parcela corresponde **apenas** aos custos decorrentes de alterações pontuais do projeto, portanto, bem menores do que aqueles assumidos pela Concessionária em sua proposta na licitação, que correspondiam ao total das obras do Complexo Penal.

Como bem ressaltado pela Diretoria da Unidade Setorial PPP/SEDS, “o custo da construção, como também os gastos referentes a todos os serviços prestados pela Concessionária ao longo do contrato foram previamente estimados e incluídos na proposta econômica apresentada pela GPA, sobre quem recai a

³ No mesmo sentido, a informação da Diretoria da Unidade Setorial PPP/SEDS contida na Nota Técnica nº 06/2016 encaminhada a esta Casa, por meio do Ofício US-PPP nº 026/2016, quando afirma que a Concessionária não entregou as unidades penais remanescentes em 27/10/2015 devido à suspensão do pagamento da parcela complementar e consequente suspensão dos trâmites das operações de crédito nas instituições financeiras.



responsabilidade de arcar com os financiamentos necessários ao desenvolvimento da concessão”.

Lembre-se, ademais, do disposto na **cláusula 11** do contrato, in verbis:

“Cláusula 11.1. A Concessionária, caso necessitar, será responsável pela obtenção, aplicação e gestão dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento da concessão administrativa, de modo que se cumpram, cabal e tempestivamente, todas as obrigações assumidas no contrato.

Cláusula 11.2. A Concessionária não poderá alegar qualquer disposição, cláusula ou condição do contrato de financiamento porventura contratado, ou qualquer atraso no desembolso de recursos, para se eximir total ou parcialmente, das obrigações assumidas neste contrato, cujos termos deverão ser de pleno conhecimento dos financiadores respectivos.”

Neste contexto, a Concessionária não poderia alegar dificuldades na realização de operações de crédito para deixar de realizar obrigações do contrato.

Percebe-se, pois, claramente, que a Concessionária tenta, num primeiro momento, valer-se do imbróglio que envolve o 2º Termo Aditivo para justificar a falta de apresentação do cronograma atualizado das obras, quando, na verdade, não o entregou porque parou (ou sequer iniciou) a execução das obras das Unidades remanescentes, e, ao que tudo indica, por conta de dificuldades financeiras (condição que ela mesma assume, nos termos dos Ofícios GPA/PPP/MG nº 192/2013 e nº 175/2014, e, também, nas próprias razões da Medida Cautelar o nº 0864478-50.2015.8.13.0024, ajuizada para fins de prorrogação do prazo de entrega das unidades penais remanescentes).

A Diretoria da Unidade Setorial PPP/MG, em OF.US-PPP nº 23/2015, ressalta que *“até o presente momento é sabido que a Concessionária não prossegue a execução pactuada e, assim, age em notório descumprimento do contrato firmado.”* Mais à frente, no mesmo documento, reitera que *“caso a GPA persista em não dar continuidade às obras de implantação das Unidades Prisionais remanescentes e da Célula-Mãe ...”*

Corroborá tal entendimento o fato de que a Concessionária também não tem apresentado o Relatório diário de obras, nos termos da **cláusula 17.3, “f”**, que prevê sua obrigação de *“preencher, diariamente, onde lhe for reservado, o Diário*



de Obra que o Poder Concedente manterá permanentemente disponível no local de execução, de acordo com as instruções ali contidas”.

Por outro lado, sabendo-se que a **cláusula 15.3** do contrato⁴ veda a conduta da Concessionária de interromper a execução das obras até mesmo no caso de inadimplemento do Poder Concedente, tem-se que a suspensão do pagamento da parcela complementar não poderia justificar qualquer paralisação das obras.

Ademais, como houve o restabelecimento do pagamento da parcela complementar, por força de liminar deferida nos autos de medida judicial ajuizada pela Concessionária (Processo nº 0893899-85.2015.8.13.0024), menos razão assiste à Concessionária em não dar seguimento à execução contratual.

Vê-se, pois, que a falta de apresentação do cronograma de obras e do Relatório Diário de Obras chama a atenção para um problema ainda maior, que deve ser verificado e avaliado pelas autoridades competentes, qual seja, se estamos diante de mero atraso da Concessionária (justificável, de fato) ou se estamos diante de efetiva paralisação das obras por falta de condições da parceira privada em prosseguir com o cumprimento do contrato, passível de aplicação de penalidades mais graves, inclusive de declaração de caducidade.

Por outro lado, nem se diga que a ausência da apresentação do cronograma de obras poderia ser justificada no fato de estarem pendentes de definição as alterações de projeto cogitadas no curso da execução do contrato, mais precisamente, (1) a alteração da área administrativa das Unidades Penais para Área de Labor do Sentenciado e (2) a reversão da Unidade 4 de Regime Semiaberto para Unidade de Regime Fechado.

E isto porque, segundo informa a Diretoria da Unidade Setorial PPP/SEDS, em Nota Técnica nº 06/2016, a Concessionária foi comunicada, oficialmente, que as alterações seriam decididas pelo novo Governo, se houvesse necessidade. E, mais, foram expedidos ofícios à Concessionária informando que não haveria mudanças estruturais nas áreas do projeto arquitetônico original, e que, em caso de mudança nas decisões do Poder Concedente, a Concessionária seria informada e os estudos dos custos seriam realizados oportunamente. Enfim, a

⁴ “Cláusula 15.3. A Concessionária não poderá interromper a execução das obras, bem como a prestação de atividades e serviços objeto deste contrato, sob a alegação de inadimplemento por parte do Poder Concedente, não se permitindo à Concessionária invocar a exceção por inadimplemento contratual.”



Concessionária foi comunicada de que deveria dar prosseguimento normal à execução do contrato.

Neste sentido, transcreve-se o conteúdo do Ofício nº 129/2014/PPP/SEDS, encaminhado à Concessionária em 03/12/2014, in verbis:

“Em referência aos ofícios GPA/PPP/MG nº 175/2014 e GPA/PPP/MG nº 224/2014, que versam, respectivamente, sobre a destinação da Unidade Prisional de Regime Semiaberto (3-B) para o Regime Fechado, e sobre o custo referente às alterações de projeto nas Unidades 3B e 4 para adequação das oficinas de trabalho, informamos que diante da atual fase de transição do governo e, tendo em vista a análise pormenorizada que a questão requer, a SEDS opta por aguardar a aprovação ou não pelo novo gestor da pasta.”

Atenta-se para o fato de que a Concessionária teve a exata compreensão de que deveria dar prosseguimento normal à execução do contrato. Neste sentido, vale conferir o Ofício GPA/PPP/MG nº 210/2014, no qual a Concessionária fez constar que *“após avaliação relacionada à viabilidade da conversão da Unidade Prisional de Regime Semiaberto para o Regime Fechado, esta Ilustre Secretaria determinou a manutenção da concepção original da Parceria Público Privada sendo mantido o Regime Semiaberto para a Unidade Prisional 3-B.”* Em outra oportunidade, no Ofício GPA/PPP/MG nº 023/2015, constou que *“De fato, por meio do Ofício GPA/PPP/MG nº 210/2014, recebido pelo Poder Concedente em 05/11/2014, a Concessionária relata reunião realizada em 22/10/2014 em que, finalmente, o Poder Concedente determinou a manutenção da concepção original da Parceria Público Privada, mantendo-se a destinação da Unidade 3B para o Regime Semiaberto, ...”*

Ora, se o Estado entendeu, à época da transição do Governo, ser conveniente e oportuna a suspensão dos estudos relativos às alterações de projeto, determinando, outrossim, o prosseguimento normal do contrato, conforme afirma a Diretoria da Unidade Setorial PPP/MG, não poderia a Concessionária manter-se inerte no tempo, “no aguardo” de definições do projeto, tampouco lhe compete questionar a decisão governamental, tomada no exercício da discricionariedade administrativa.

Seria, aliás, totalmente oposta à eficiência administrativa qualquer conduta do Poder Concedente de simplesmente paralisar a execução das obras objeto da PPP, até que o novo Governo assumisse o contrato e resolvesse



“pendências” de projeto, que, ao que tudo indica, referem-se às alterações de projeto pontuais, incapazes de afetar a construção das Unidades como um todo. Pelo menos é o que podemos inferir das informações da Diretoria da Unidade PPP/SEDS – área técnica responsável pela execução do contrato -, que se mostra indignada com a conduta da Concessionária de não prosseguir na execução do contrato com base no projeto original, cuja concepção, desenvolvida pela própria parceira privada, já deveria contar com os parâmetros arquitetônicos e construtivos necessários à prestação eficiente dos serviços aos sentenciados.

Por outro lado, observa-se que a suspensão das alterações de projeto ocorreu em **dezembro/2014** (Ofício nº 129/2014/PPP/SEDS), ou seja, já transcorreram aproximadamente **quinze meses** da determinação de prosseguimento normal da execução do contrato e ainda assim, a Concessionária se nega a encaminhar o cronograma de obras e o Relatório Diário de Obras, a despeito de ser incessantemente cobrada pela Diretoria da Unidade Setorial PPP/SEDS, conforme Ofícios já, aqui, arrolados.

Note-se, ainda, que a suspensão das alterações de projeto (03/12/2014) ocorreu muito antes de se esgotar o prazo para entrega das últimas unidades penais previsto no 6º Termo Aditivo (27/10/2015), o que coloca em xeque até mesmo novas prorrogações do contrato, inclusive a que foi cogitada no 8º Termo Aditivo, de maneira tão aleatória.

Não há, pois, de se falar em “indefinições” quanto às premissas do projeto para implantação das Unidades Penais remanescentes, pelo contrário: a suspensão formal de todas as alterações cogitadas impunha à Concessionária o prosseguimento normal do contrato, com base na concepção original do projeto.

Por fim, chama a atenção desta Consultoria Jurídica a Nota Técnica nº 06/2016, na parte em que a Diretoria Unidade Setorial PPP/SEDS dá a entender que a transformação da área administrativa da unidade penal para área de labor do sentenciado já poderia ter sido prevista na concepção do projeto original, e, nesta condição, não poderia consubstanciar investimento adicional a ser assumido pelo Poder Concedente, caso fosse implementada, inclusive porque implicaria em aumento do desempenho da Concessionária. Bastaria aquiescência técnica do Estado para implementação, sem as delongas que a análise de custos requer.

Neste sentido, as palavras da Diretoria, *in verbis*:

“...esta proposta foi levada a diversas discussões na SUAPI que, inclusive, se manifestou inicialmente contra, tendo em vista que as



áreas administrativas das Unidades encontram-se fora do que é considerado como área de segurança de cada uma. Sendo assim, a alteração estrutural proposta disseminaria mudanças, não só de engenharia, como do ponto de vista da segurança e outros. Além disso, foi considerado que o projeto arquitetônico foi desenhado pela própria Concessionária (e apresentado no processo licitatório da contratação da PPP) que assumiu a responsabilidade de propor uma estrutura que atendesse os diversos pontos abordados em suas obrigações contratuais e indicadores de desempenho. Um ponto de análise que corroborou esta posição da SUAPI é o fato da concessionária se beneficiar diretamente da melhoria dos indicadores de ocupação do sentenciado (trabalho e educação), com o aumento do número de vagas de trabalho, e estar repassando o custo destes investimentos para o Estado.” (Nota Técnica nº 06/2016).

Em análise do expediente, percebe-se que, antes da suspensão formal das alterações de projeto, as partes levaram tempo considerável em discussão acerca dos levantamentos dos custos das alterações de projeto, detalhe que se torna relevante quando se cogita de hipótese em que poderia ser prescindível a análise de custos pelo Poder Concedente, poupando-se o contrato de maiores atrasos.

Coloca-se aqui tal questão porque é preciso chamar a atenção da equipe técnica e das autoridades responsáveis para o fato de que nem toda alteração de projeto constitui investimento adicional a ser suportado pelo Estado. A análise técnica da alteração de projeto deve passar sobretudo pela análise da divisão de riscos do contrato, para que o Estado não chame para si responsabilidade que não assumiu na contratação da PPP, provocando atrasos de cronograma ainda maiores por conta de análise de custos dispensável.

Note-se, pois, que até mesmo eventual pedido de prorrogação de prazo para entrega das Unidades Penais deve ser avaliado pelas autoridades competentes com base na distribuição de riscos do contrato PPP, de modo a afastar eventuais atrasos fundamentados em incremento do projeto arquitetônico e/ou construtivo **sugerido pela Concessionária, e que já poderia ter sido previsto no projeto original de sua responsabilidade.** E isto porque, nesses casos, a parceira privada dependerá apenas de aquiescência do Poder Concedente para implementar as alterações de projeto original, sem imputar-lhe os custos de eventuais alterações, hipótese em que eventual atraso no cronograma deve se limitar ao prazo



demandado pelo Estado para análise da procedência técnica das alterações sugeridas pela Concessionária.

Com efeito, vale, aqui, atentar-nos para atrasos que podem ocorrer por conta de alterações de projetos cuja implementação demandem apenas autorização do Poder Concedente, com dispensa de análise de custos, à medida que deverão ser suportados pela Concessionária, na linha de distribuição de riscos assumidos no contrato. Evita-se, assim, que o Estado se envolva na análise de custos de alterações de projeto quando deveria se preocupar apenas com sua viabilidade técnica, para fins de autorizá-las ou não.

Ora, prorrogações eventualmente fundamentadas na demora da análise de custos pelo Estado quando lhe compete apenas avaliar a procedência das alterações sob o ponto de vista técnico, acabam por favorecer, indevidamente, a parceira privada, que passa a contar com um prazo maior para execução das obras, e, ainda, liberada do ônus de pagar os custos correspondentes, em afronta à divisão de riscos prevista no contrato.

In casu, diante das considerações de lavra da Diretoria Unidade Setorial PPP/SEDS acerca das alterações sugeridas para ampliação da área de labor do sentenciado – que, sob sua ótica, poderiam já ter sido definidos na concepção do projeto original de responsabilidade da Concessionária -, a conclusão a que se pode chegar é que, se a Concessionária se nega a executar o projeto nos termos em que ela própria idealizou é porque tem dúvidas quanto à eficiência da concepção que adotou e, agora, por falta de condições econômico-financeiras, pretende imputar, indevidamente, ao Estado o dever de implementar as alterações à guisa de investimentos adicionais. Note-se que a Concessionária tem questionado a decisão do Governo de suspender as alterações de projeto.

Considerando, pois, as considerações da Diretoria da Unidade Setorial PPP/SEDS, indaga-se se talvez seria o caso de promover uma avaliação mais detida das alterações do projeto em face da divisão dos riscos do contrato, especialmente se são de interesse do Estado e foram suspensas exclusivamente por conta dos custos imputados ao Poder Concedente.

De tudo o que foi exposto até aqui, considerando a importância da entrega do cronograma de obras atualizado e do preenchimento regular do relatório do diário de obras regularmente para uma **fiscalização eficiente** do contrato, e levando-se em conta as informações de lavra da unidade técnica responsável pelo acompanhamento do presente contrato – Unidade Setorial PPP/SEDS – **que**



asseguram a improcedência TÉCNICA das razões apresentadas pela Concessionária para omissão no cumprimento de obrigações previstas no contrato (cláusula 17.3, “a”, “f”, “h”, “i” “il”), além de afronta às cláusulas 11.2 e 15.3, outra opção não tem o Poder Concedente senão aplicar as penalidades contratuais cabíveis na espécie, mediante instauração de processo administrativo, no qual assegure à Concessionária o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Compulsando a cláusula 21.6 do Contrato, no exercício da fiscalização, o Poder Concedente poderá “*aplicar as sanções e penalidades previstas neste contrato*”.

Neste contexto, o contrato prevê a aplicação de sanções diversas, tais como a advertência formal, multa, caducidade da concessão administrativa, suspensão temporária do direito de participação em licitações e impedimento de contratar com a Administração Pública, ressaltando-se, por oportuno, o que dispõe a cláusula 33.7.3, *in verbis*:

“33.7. Sem prejuízo das demais sanções, a Concessionária se sujeitará às seguintes penalidades, observada a respectiva hipótese de incidência:

(...)

33.7.3. Multa de até 30% (trinta por cento) do montante da contraprestação pecuniária mensal, calculado com base na média dos últimos 6 (seis) meses, na hipótese de descumprimento pela Concessionária de qualquer obrigação prevista neste Contrato, segundo a gravidade da infração cometida, nos demais casos em que não houver cominação de multa específica.”

Com efeito, caberá à Unidade Setorial PPP/SEDS dar seguimento às providências internas necessárias à instauração de processo administrativo para fins de aplicação de penalidade cabível na espécie, observando, para tanto, os procedimentos previstos no contrato, mais precisamente aqueles contidos na **cláusula 34**, sabendo-se, ademais, que toda e qualquer eventual punição deverá se dar com respeito ao contraditório e ampla defesa da Concessionária, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que inclui análise quanto à gravidade dos fatos e os prejuízos deles decorrentes para a Administração Pública.

Por fim, é importante ressaltar que a presente manifestação jurídica se deu nos limites da competência desta Casa, quer dizer, com base nas informações



de **natureza técnica** apresentadas pela Diretoria da Unidade Setorial PPP/MG, que **asseguram a inviabilidade técnica** dos motivos apresentados pela Concessionária para não dar prosseguimento normal à execução do contrato, conforme determinado pelo Poder Concedente.

Limita-se, ademais, a **recomendar a instauração do processo administrativo**, no qual competirá à Administração, observados o contraditório e a ampla defesa, decidir pela aplicação da sanção correspondente, mediante decisão fundamentada.

De todo modo, vale lembrar que o contrato prevê, no caso de divergências de ordem técnica, a via da “Solução de Conflitos”, mediante constituição de uma Comissão Técnica instituída para tal fim (cláusula 35), o que, poderá, eventualmente, ocorrer, inclusive no curso do processo administrativo instaurado, se tal se revelar necessário.

3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, com base nas informações prestadas pela área técnica responsável pelo acompanhamento da execução do Contrato de Concessão Administrativa nº 336039.54.1338.09, na modalidade PPP, que rechaçam, **tecnicamente**, todas os motivos apresentados pela Concessionária para manter-se omissa quanto à apresentação do cronograma de obras atualizado e do relatório diário de obras, esta Consultoria Jurídica opina pela instauração de processo administrativo, observadas as regras procedimentais previstas na cláusula 34 do contrato, sobretudo o direito da Concessionária ao contraditório e à ampla defesa, para fins de aplicação de penalidade prevista no contrato.1

Adverte-se às autoridades competentes quanto à importância de se exigir o cumprimento dos prazos de entrega das Unidades Penais, o que inclui o dever de bem avaliar as circunstâncias de cada repactuação de prazo, evitando-se, assim, prorrogações indevidas e sem fim, e o que é mais grave, sem alcance do interesse público que justificou a parceria público-privada.

Por fim, não custa alertar para o fato de que nem toda alteração de projeto arquitetônico e/ou construtivo em PPP constituirá investimento adicional a ser suportado pelo Poder Concedente, razão pela qual as autoridades competentes devem ficar atentas para eventuais alterações sugeridas pela Concessionária, que



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

devam ser assumidas por ela própria, conforme divisão de riscos do contrato, para que não chame para si responsabilidade que não assumiu na contratação da parceria e dê azo a atrasos no cronograma por conta de avaliação de custos, neste caso, dispensável.

É o parecer.

À Consideração Superior.

Belo Horizonte, 08 de março de 2016.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado

MASP 1127022-0 / OAB-MG nº 69.844

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

Aprovado. Remessa ao Advogado-Geral Adjunto.
Belo Horizonte, 13 de abril de 2016.
Daniilo Antonio de Souza Castro
Danilo Antonio de Souza Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.503-6 - OAB/MG 98.840

Aprovado.

BH, 15/04/16

Sérgio Pessoa de Paula Castro

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Advogado-Geral Adjunto do Estado
MASP 598.222-8 - OAB/MG 62.597