



PARECER Nº: 15.990/2018/CJ/AGE-AGE

PROCESSO Nº: 1080.01.0003271/2018-90

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Esportes de Minas Gerais

INTERESSADO: Erário estadual
Arena Independência Operadora de Estádio S.A.

DATA: 10/05/2018

CLASSIFICAÇÃO TEMÁTICA: Contrato administrativo. Concessão de Uso.

ASSUNTO: Possibilidade de indenização de investimentos em bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, em caso de extinção antecipada amigável de contrato de concessão de uso.

Antecedentes: Parecer n. 15.653/2016 e Notas jurídicas ns. 3.494/2013 e 4.046/2014.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE USO PARA OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ESTÁDIO DE FUTEBOL. ARENA INDEPENDÊNCIA. EXTINÇÃO AMIGÁVEL ANTECIPADA. CADUCIDADE. ART. 35 E SEQUENTES DA LEI N. 8.987, DE 1995. INVESTIMENTOS EM BENS REVERSÍVEIS, NÃO AMORTIZADOS OU DEPRECIADOS. INDENIZAÇÃO. VIABILIDADE JURÍDICA, EM TESE. RECOMENDAÇÕES.

Viabilidade jurídica, em tese, de extinção antecipada amigável da concessão de uso da Arena Independência, observado o disposto nos arts. 35, 36 e 38 da Lei n. 8.987/95 combinado com os arts. 124 e 97, II, da Lei n. 8.666/93, não se afastando, aprioristicamente, a possibilidade de indenização de bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados.

I. RELATÓRIO

1. O Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica determina a distribuição de Ofício endereçado ao Secretário de Estado de Esportes de Minas Gerais para análise, "em tese, acerca de eventual possibilidade de indenização a investimentos não amortizados em caso de rescisão amigável do Contrato de Concessão de Uso."
2. O despacho se refere ao teor do Ofício originário da Arena Independência Operadora de Estádio S.A., que sugere o exame da viabilidade jurídica de se proceder à rescisão amigável do Contrato de Concessão de Uso da Arena Independência, com fundamento no art. 79, II, da Lei Federal n. 8.666, de 1993, não se tratando de uma consulta, nem de um requerimento propriamente dito, visto que desacompanhado de elementos técnicos imprescindíveis à solução jurídica do caso. Daí se tratar de análise jurídica, em tese, de modo a propiciar o avanço de tratativas que vêm sendo feitas a propósito da questão.
3. O expediente eletrônico está instruído com o Ofício da Arena Independência Operadora de Estádio S.A. (0596194); com Nota Técnica sobre o histórico da concessão(0596451); e-mails (0597130 e 0597371) e com o documento(0597336)- cópia do Contrato de Concessão de Uso.
4. Passamos ao exame.

II. PARECER

5. O presente estudo jurídico objetiva responder a duas indagações, **em tese**: a primeira, sobre a viabilidade jurídica de se firmar uma rescisão/extinção amigável do contrato de concessão e, em sendo positiva a resposta, se a extinção antecipada do contrato de concessão comportaria eventual indenização dos investimentos em bens reversíveis, ainda não amortizados, sem adentrar nos aspectos fáticos, que exigirão estudos e laudos técnicos competentes para apuração.
6. O primeiro aspecto a enfrentar diz respeito à possibilidade de **extinção amigável**, no caso.

7. O art. 124 da Lei n. 8.666/93 prevê a aplicação subsidiária de seus dispositivos às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

8. No caso sob apreciação, impende verificar se há autorização legal para a Administração Pública-Concedente optar pela rescisão amigável, como prevista no art. 79, II, da Lei n. 8.666/93, em face do disposto no art. 35 da Lei n. 8.987/95, que elenca as formas de extinção da concessão, explicitando as hipóteses em que se aplicam cada uma dessas formas de extinção da concessão, sem, contudo, prever, expressamente, a composição:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em cento e oitenta dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 2º A declaração de caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36

desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

9. Da leitura dos arts. 35 a 39 da Lei n. 8.987, de 1995, depreende-se uma definição específica para cada uma das formas de extinção da concessão. Em razão disso, a doutrina vem entendendo que há um conceito específico de rescisão para concessão.

10. A rescisão, de acordo com o art. 39 da Lei n. 8.987/95, é a extinção do contrato em virtude de **decisão judicial**, decorrente de **inadimplemento do Poder Concedente**. Essa seria a única hipótese possível de rescisão, no sentido que a Lei n. 8.987/95 lhe atribui, de **iniciativa do concessionário**, quando o Poder Concedente não cumpre com a sua parte de obrigações contratuais.

11. Marçal Justen Filho chama a atenção para a terminologia adotada pela Lei n. 8.987/95, distinta da Lei n. 8.666/93, ou seja, rescisão para casos de inadimplemento da Administração e caducidade para situações em que a prestação do serviço não é adequada aos interesses fundamentais (**In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 1281p.)

12. Sob a ótica posta no parágrafo anterior, não cabe rescisão amigável, na acepção conferida pelo art. 35, IV, e 39, ambos da Lei n. 8.987/95, no caso da Arena Independência, pois, nele, o inadimplemento se dá pela concessionária, que, unilateralmente, deixou de efetuar os pagamentos mensais e anuais, descumprindo cláusulas contratuais, o que atrai a extinção por caducidade.

13. De acordo com os documentos que instruem o expediente, desde o ano de 2015 a concessionária vem deixando de efetuar integral e regularmente os pagamentos, aduzando necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Em abril de 2016, foi emitido o Parecer AGE n. 15.653, concluindo pela inviabilidade do reequilíbrio econômico-financeiro, no que se referia ao fundamento da crise econômica do país, admitindo, no entanto, em tese, eventual indenização por gastos específicos com a Copa do Mundo e a Copa das Confederações. Não se fixou orientação quanto aos pedidos de reequilíbrio no que dizia respeito a outros investimentos, ante a ausência de nota técnica que explicitasse quais seriam tais investimentos que desbordariam das previsões do contrato, tendo em vista, ainda, a repartição dos riscos, bem como as cláusulas contratuais que dispõem sobre o ponto, descritas no corpo de citado parecer. A partir dessa compreensão, restando indicada a inadimplência da concessionária, que deixou de efetuar os pagamentos mensais e anuais de forma unilateral, recomendou-se a decretação da caducidade, nos termos do art. 38 da Lei n. 8.987/95 e da Cláusula n. 37.1. do Contrato.

14. Ou seja, a situação fática de que se tem notícia e que perpetua, não havendo estudos técnicos instruindo o expediente, se subsume à hipótese legal de decretação de caducidade, cuja decisão a respeito é discricionária, já que o art. 38 da Lei n. 8.987/95 faculta ao Poder Concedente fazê-lo ou aplicar as respectivas sanções, conforme esteja presente o interesse público de manter, ou não, a vigência do contrato.

15. Alcançamos aqui o primeiro ponto nodal, sobre se há autorização legal para o Poder Concedente adotar uma rescisão amigável, com fundamento no art. 79, II, da Lei 8.666/93, como consta do Ofício da Concessionária, cabendo responder se as disposições específicas da Lei 8.987/95 afastam a possibilidade de adoção de "rescisão" amigável, quando quem concorre para a extinção da concessão de uso é a concessionária. A resposta não nos parece ser absolutamente negativa, como passaremos a fundamentar. Isso porque, além de o art. 124 da Lei n. 8.666/93 prever a aplicação subsidiária de suas regras aos contratos de concessão, naquilo em que não houver conflito, de outra banda, embora os artigos que se seguem ao 35 da Lei 8.987/95 fixem, separadamente, as hipóteses de extinção do contrato de concessão, não significa que afaste a possibilidade de composição entre as partes, sendo a resolução administrativa de conflitos, nos dias atuais, uma medida bem vinda, como regulamento na Lei Federal n. 13.140/2015 e previsto no art. 174 do Código de Processo Civil, além de o próprio contrato prever tal possibilidade em seu Capítulo XI.

16. A Lei Geral das Licitações e Contratos, no art. 77, impõe a rescisão como forma de extinção do contrato para várias situações, havendo espécies distintas de rescisão devido à inexecução total ou parcial do contrato. Mas a lei "chama de rescisão todos os modos de desfazimento do contrato público". (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7. ed. p. 801). Embora presente, como critério distintivo, o da iniciativa, que pode ser do contratante ou do contratado. Ainda de acordo com Jessé Torres, a só ocorrência do motivo não "obriga a rescisão" (p. 776), podendo a Administração considerar que atenderia melhor ao interesse do serviço manter o contrato, adotando medidas mais severas de fiscalização, entre outras recomendações, seja em virtude dos custos de nova licitação ou porque também haverão de ser levados em conta os direitos do

contratado.

17. Ocorre que, pela Lei 8.666/93, socorre ao contratado apenas a via judicial. Administrativamente apenas se for "rescisão" amigável, por iniciativa da Administração. Além disso, de acordo com o § 2º do art. 79, de regra, o ressarcimento se sujeita a duas condições cumulativas a serem apuradas, quais sejam, a de ausência de dolo ou culpa do contratado e a comprovação de danos por este sofrido em decorrência da rescisão. (PEREIRA Júnior, Op. cit., p. 806).

18. Com efeito, parece-nos que as regras específicas sobre extinção dos contratos de concessão, que, ao contrário da Lei Geral de Licitações e Contratos, instituiu formas por meio de institutos distintos e com características próprias e diferenciadas, devem ser respeitadas. O que não significa concluir - reitero-se -, que está obstada a extinção da concessão sob análise, por meio de **composição amigável**, com fundamento no Contrato (Cláusula 30), combinado com o art. 79, II, da Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao ajuste, no que couber, **todavia**, sem afastar as regras específicas sobre a **caducidade**, prevista no art. 38 da Lei 8.987/95, a exemplo da apuração do eventual valor a ser indenizado, independentemente, contudo, de fazê-lo previamente; previsão de desconto e compensação do valor das multas cabíveis, na forma do contrato; fixação, no termo de acordo, da manutenção de garantias (Cláusula 28), devendo toda a estipulação respeitar os preceitos do art. 36 e respectivas cláusulas contratuais.

19. Estamos a cogitar, pois, em tese, da viabilidade da extinção amigável da concessão por todas as razões até aqui expostas, além de o art. 79 da Lei n. 8666/93 prever, para hipótese de inadimplemento do contratado, que a rescisão "poderá" ser determinada por ato unilateral da Administração, autorizando, portanto, a opção pela solução amigável, em princípio e em tese, obviamente impondo-se à Administração respeitar os princípios da economicidade, eficiência e efetividade administrativas, além dos demais princípios que informam toda a atuação administrativa e as licitações públicas, nos termos do art. 37, XXI, da CR/88 e, sobretudo, a moralidade administrativa e a continuidade do serviço. Desde que respeitados todos esses requisitos, ter-se-á como atendido, em tese, o interesse público que, na espécie, suplantará a decretação pura de caducidade.

20. Compete, portanto, ao Poder Concedente, primar pela preservação do interesse público, o que nos leva a salientar o dever de motivação muito clara e objetiva e de fixação das condições técnicas em que se ampara a decisão administrativa, garantindo-se que a opção administrativa seja permeada pela juridicidade, respeitando-se - ressalte-se - os requisitos inerentes à caducidade, no que couber à adoção no acordo, a exemplo daqueles expressos nos §§ 4º e 5º do art. 38, que preveem a indenização posterior, **não prévia**, ou seja, somente com a efetiva extinção da concessão e assunção da operação da Arena Independência pelo Poder Concedente, se efetivamente couber indenização em face da inadimplência da concessionária, já que deverão ser descontados o valor da dívida atualizada, das multas contratuais e dos danos causados. Isso deverá ser observado.

21. O cabimento de eventual indenização pelos bens reversíveis está autorizado para a hipótese de caducidade, como ressei do §§ 4º e 5º do art. 38, combinados com o art. 36 e a verificação do eventual valor a ser indenizado por investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, só pode ser feita, por certo, mediante estudos, procedimentos ou perícias técnicas, devendo ser levado em consideração que o bem em operação será revertido para a iniciativa privada, quando expirar o contrato de cessão de uso remunerado existente entre Estado de Minas e o proprietário do imóvel.

22. A eminente professora Maria Sylvia Zanella di Pietro assinala que a reversão depende de indenização, "mesmo que a extinção se faça por inadimplemento do contrato, mediante declaração de caducidade. Se assim não fosse, estaria caracterizada a situação de confisco.(...) "(In **Parceiras na Administração Pública.**) Obra citada na Nota Jurídica AGE n. 4.046, de 2014, no corpo da qual se analisou situação similar e se concluiu pela possibilidade de alteração de cláusula contratual relativa à indenização, apoiada nos competentes estudos técnicos.

23. Com efeito, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas à luz da lei de regência e observando-se princípios incidentes na interpretação dos contratos, a exemplo, como já dito, da boa-fé objetiva, que exerce função integrativa ao contrato. Com efeito, embora a Cláusula n. 26.7 estipule que, extinta a concessão, será revertida ao Poder Concedente a posse ou titularidade dos bens reversíveis, sem ressaltar eventual direito a indenização; a Cláusula n. 26.8 determine que a reversão "será gratuita e automática, com os bens livres de quaisquer ônus ou encargos, não cabendo à Concessionária qualquer indenização", somando-se à Cláusula n. 35.3., que prevê, para hipótese de advento do termo contratual, que a Concessionária não fará jus a qualquer indenização relativa a investimentos relacionados aos bens vinculados à concessão, tais cláusulas devem ser entendidas num contexto em que a fixação do valor do contrato, com o plano de negócios, a fórmula de pagamento, se fez à consideração do prazo de vigência do contrato e com a pretensão de fechamento das contas.

24. É entendimento corrente na doutrina e na jurisprudência que o termo final do contrato não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis que, se for devida, tem de ser garantida pelas vias ordinárias. Ou seja, não se afasta, de plano, eventual indenização referentes a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, sempre tendo em vista cuidar para que eventuais danos não sejam suportados por apenas uma das partes, com conseqüente enriquecimento ilícito da outra.

25. Não é demais lembrar que o contrato de concessão consubstancia acordo típico, bilateral e oneroso, formalizado entre o poder concedente e a empresa concessionária, a

prever vantagens e encargos recíprocos e no qual se fixam, entre outras cláusulas, a forma de prestação e de remuneração e os termos de encerramento do pacto celebrado. E, para viabilizar a continuidade e a qualidade do serviço, as contas devem fechar.

26. É preciso ter em mente, e esse é um dado importante para a situação da Arena Independência, que a preservação do interesse público envolve não apenas direitos patrimoniais do Estado e a garantia de cumprimento da lei, mas também o interesse público na continuidade da oferta da utilidade do bem que, no caso, se trata da própria utilização do estádio pela população (finalidade social). Nessa linha de raciocínio, impende não olvidar que devem ser respeitados os interesses de ambas as partes, não sendo dado ao Poder Concedente agir em prejuízo do particular, ressaíndo, no ponto, a observância da boa-fé objetiva que deve permeiar as relações contratuais, do que não escapam os contratos administrativos, como já dito. E em qualquer das hipóteses de extinção, resguarda-se o direito à indenização por investimentos não amortizados em bens reversíveis, na forma do art. 36 da Lei 8.987/95, aplicável genericamente às formas de extinção estabelecidas no art. 35, da mesma lei, havendo distinção apenas quanto à forma de extinção e de recebimento de eventual indenização. Essas condições previstas especificamente para a hipótese de decretação de caducidade são passíveis de serem adotadas e **deverão ser**, impreterivelmente, para a extinção da concessão, mediante composição amigável, cuja opção deve ser rigorosamente motivada.

27. E para fechar todo o raciocínio quanto à viabilidade jurídica de se acordar, em tese, a extinção antecipada do contrato de concessão e de não se obstar, de forma apriorística, eventual indenização por investimentos em bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, ou seja, aqueles determinados no contrato e feitos para viabilizar a fruição eficiente associada à concessão, parece-nos que um motivo relevante a justificar essa opção administrativa seria o que se refere à assunção, pelo Poder Concedente, da gestão e operação da Arena Independência e que talvez não seja viável fazê-lo de forma imediata, embora somente tenha de fazê-lo ao final do competente processo administrativo, se optar por dar início ao procedimento ordinário para decretação da caducidade. De qualquer forma, cumpre ao Poder Concedente apresentar essa justificativa, motivando-a em atenção ao paralelismo das formas.

28. A admissibilidade, em tese, no presente parecer, de eventual composição amigável encontra eco no crescimento da busca de soluções amigáveis no âmbito administrativo. Ademais, consta da Cláusula 32 do Contrato o fundamento na Lei de Arbitragem, como está autorizado pelo art. 23-A da Lei n. 8.987, segundo o qual o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 1996. Acresce-se, ainda, a recente alteração da Lei n. 9.307/96 pela Lei n. 13.129/2015, cujo parágrafo 1º do artigo 1º estabelece que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Vê-se que não são quaisquer direitos que podem ser objeto de decisão por arbitragem. A Lei Federal n. 13.448/16, à qual nos referiremos mais adiante, dispõe, no art. 31, parágrafo 1º e incisos, sobre hipóteses que considera como de direitos patrimoniais para os seus fins. Sobre o assunto assevera a professora Maria Sylvia:

Como nem toda matéria pode ser objeto de decisão pela via da arbitragem — mas apenas os direitos patrimoniais disponíveis —, é importante que os instrumentos convocatórios de licitação e os contratos contenham cláusula prevendo a arbitragem e delimitando as matérias sobre as quais ela é possível. O fato de ser inserida a cláusula de arbitragem nos contratos administrativos não significa que ela possa referir-se a todas as matérias de que trata o contrato, porque algumas podem se referir a direitos patrimoniais indisponíveis.

Os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da administração pública; são fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, mas podem ser objeto de acordo entre as partes.

(Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos>>. Acesso em 3.abr.2018)

29. Cumpre destacar, ainda, que, da leitura do Ofício original da concessionária, quando sugere a rescisão amigável e diz assumir o compromisso de continuar com a gestão, operação e manutenção da Arena Independência, ressaí a nítida impressão de estar ela buscando norte nas recentes previsões da Lei Federal n. 13.448/16, que instituiu a relicitação como hipótese de extinção consensual do contrato de concessão, substitutiva do procedimento administrativo de caducidade (previsto no art. 38 da Lei nº 8.987/1995). Por meio desse instituto, o concessionário inadimplente para com a suas obrigações, ao invés de se submeter a um procedimento administrativo de extinção do contrato de concessão, entabula a sua extinção consensual com o poder concedente. A se valer analogicamente das regras dessa lei federal, embora não se cogite de relicitação, até porque não existe tal previsão no

âmbito estadual, nem se trata, o caso em tela, de espécie de concessão de que cuida referida lei, parece conveniente fixarem-se cláusulas, na eventual extinção amigável, aqui cogitada em tese, análogas à daquela lei. E, se a Concessionária de fato prosseguir na gestão e exploração econômica da Arena - se assim se acordar -, esse período de tempo deverá ser computado para o fim de amortização dos investimentos, além de se impor o estabelecimento de outras cláusulas de natureza técnica, de modo a fazer transparecer a proteção ao interesse público. Tudo, portanto, conforme for definido mediante estudos de natureza técnica e econômico-financeira, servindo a Lei Federal n. 13.448/16 de parâmetro.

30. Contudo, deixe-se bem fixado, ainda a propósito da preservação do interesse público na opção administrativa de extinção acordada e reforçando a necessária motivação para o caso, que, mesmo no caso do art. 79, II, da Lei 8.666, como não poderia deixar de ser, a rescisão amigável deve revelar o preenchimento dos requisitos legais que preservem o interesse público e salientamos que há orientação restritiva do Tribunal de Contas da União em uma situação em que se configurava motivo para rescisão unilateral:

A rescisão amigável do contrato sem a devida comprovação de conveniência para a Administração e de que não restaram configurados os motivos para a rescisão unilateral do ajuste configura irregularidade, por afrontar o disposto no art. 79, inciso II, da Lei 8.666/1993.

Ainda no âmbito da Auditoria realizada nas obras de construção de trechos rodoviários na BR-156/AP, o relator analisou as razões de fato e de direito que motivaram a rescisão do Contrato 45/2010, firmado com a empresa Egesa Engenharia S/A, primeira colocada da Concorrência Pública 6/2010-CEL-SETRAP. A rescisão amigável da avença foi solicitada pela empresa contratada, que alegou a inviabilidade de executar o objeto contratual no prazo originalmente pactuado pelas partes, tendo em vista as dificuldades para a obtenção do licenciamento ambiental e a incidência de período chuvoso na região das obras. O relator anotou, inicialmente, que “a rescisão contratual pela própria Administração poderá ocorrer de duas formas, conforme o art. 79 da Lei 8.666/1993: por ato unilateral da Administração (inciso I) e por comum acordo entre as partes, também denominada de amigável (inciso II)”. Em relação aos motivos legais para a rescisão unilateral, previstos no art. 78 da aludida Lei, registrou que “os incisos I a XI referem-se a situações de inadimplemento contratual por parte do particular, enquanto o inciso XII diz respeito à extinção da avença por razões de interesse público”. Lembrou que essa última hipótese (inciso XII) decorre de “nítida manifestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a exigir o desfazimento do ajuste, independentemente da anuência do contratado”. Anotou, ainda, que “a entidade contratante não possui a liberdade discricionária de deixar de promover a rescisão unilateral do ajuste caso seja configurado o inadimplemento do particular ..., só existe campo para a rescisão amigável de um contrato administrativo quando houver conveniência para a Administração e não ocorrer nenhuma das hipóteses previstas para a rescisão unilateral da avença” – grifou-se. Ao se reportar ao caso concreto, observou que a rescisão do contrato “não se fundamentou em documentos que demonstrassem a efetiva ocorrência das circunstâncias de fato indicadas pela empresa Egesa Engenharia S/A”. Acrescentou que a empresa não demonstrou “que não havia incidido em quaisquer das condutas configuradoras do inadimplemento contratual”, que justificariam a rescisão unilateral do contrato pela Administração. Constatou ainda, que a Setrap/AP não adotou as providências com vistas a verificar “se havia razões para a aplicação de sanções administrativas ou mesmo para a rescisão unilateral do ajuste com fulcro no art. 79, inciso I, da Lei 8.666/1993”. Ressaltou que “a única maneira de não cumprir o contrato sem incorrer em sanções administrativas seria nas hipóteses excepcionais de inadimplência da própria Administração, previstas no art. 78, incisos XIII a XVI da Lei 8.666/1993, o que não ocorreu no presente caso concreto”. Observou, ainda, que não teria havido conveniência para a Administração em implementar a referida rescisão. Destacou que “o interesse da entidade pública contratante é a plena execução do ajuste ... não sendo possível extrair a presença de interesse público em um pedido de rescisão contratual, ainda mais quando desacompanhado da demonstração das circunstâncias de fato impeditivas de sua execução”. Ao avaliar o contexto atual das obras e dos contratos, ponderou também que a correção da ilegalidade (anulação do contrato celebrado com a segunda colocada, apuração e pagamento de indenização a essa empresa e chamamento da primeira colocada para retomar a obra) importaria grave prejuízo ao interesse público. Anotou, ainda, que a verificação da ocorrência das hipóteses de rescisão unilateral, antes da rescisão amigável de um contrato, não é de fácil percepção por um administrador médio, razão pela qual deixou de propor a audiência de responsáveis. O Tribunal, então, decidiu apenas dar ciência à Setrap/AP de que “a rescisão amigável do Contrato 45/2010- SETRAP sem a devida comprovação de conveniência para a Administração e de que não houve

os motivos para a rescisão unilateral do ajuste constitui irregularidade, o que afronta o art. 79, inciso II, da Lei 8.666/1993". Acórdão 740/2013-Plenário, TC 016.087/2012-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 3.4.2013.

31. Portanto, se o Poder Concedente decidir mesmo pela extinção amigável da concessão, deve instruir o ajuste com a documentação, laudos e estudos que deixem cabalmente demonstrado o interesse público no acordo, considerando-se, inclusive, a cessão de uso que lhe foi feita pelo América Futebol Clube, proprietário da Arena Independência - que não é objeto de análise aqui - , de forma a fazer o ajuste de contas - se se concluir, por meio dos dados fáticos e técnicos que há algum ajuste a ser feito - , atentando-se para o teor do Parecer AGE n. 15.653/2016 - deixando-se claro que o Estado conseguirá recuperar parte dos investimentos públicos, como proposto no considerando 5 do Contrato, aliando-se, especialmente, à busca de continuidade de uso e de realização de jogos e eventos culturais no citado estádio de futebol.

32. Registre-se, embora já esteja claro, que não estamos tomando em consideração, tampouco analisando a lista de investimentos que a Concessionária apresenta em seu Ofício inicial, assim como se entendeu quando da elaboração do Parecer AGE n. 15.653, quando se examinou o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, eis que não foi apresentado laudo técnico a respeito. Estamos apresentando um exame, em tese, da viabilidade de extinção antecipada da concessão mediante acordo, como faculta o contrato e, também em tese, eventual indenização por investimentos em bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, que, como já estabelecido até aqui, não se afasta de forma apriorística.

III. CONCLUSÃO

33. Diante de todo o exposto, concluímos pela viabilidade jurídica, em tese, de extinção antecipada amigável da concessão de uso da Arena Independência, observado o disposto nos arts. 35, 36 e 38 da Lei n. 8.987/95 combinado com os arts. 124 e 97, II, da Lei n. 8.666/93, não se afastando, aprioristicamente, a possibilidade de indenização de bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados.

34. Embora haja fundamento legal para a decretação da caducidade, está-se a admitir, em tese, eventual acordo administrativo antecipatório do termo final da concessão, tendo em vista que a lei faculta ao Poder Concedente a sua decretação ou a aplicação das sanções previstas e manutenção da vigência do contrato, bem como o influxo integrativo da boa-fé objetiva e da proteção à confiança legítima, o que conduz a uma interpretação sistemática das cláusulas contratuais à vista dos deveres anexos, as quais foram estipuladas sob o pressuposto de atingimento das projeções de valor do contrato durante o tempo de sua vigência, tomando-se, ainda, em consideração, que o inadimplemento por parte da concessionária - a ser determinado mediante estudo, laudo técnico ou perícia - se refere, como informado, ao descumprimento unilateral das cláusulas contratuais que dispõem sobre os pagamentos, não relacionados à gestão, manutenção e operação do estádio de futebol.

35. O eventual ajuste deverá firmar-se após o competente processo administrativo de apuração de dados, cujos elementos de natureza técnica demonstrem, objetivamente, que atenderá melhor ao interesse público um ajuste para preservar a operação eficiente da Arena Independência do que a decretação da caducidade e a assunção da operação do estádio pelo Poder Concedente.

36. Incidirá sobre a extinção amigável as regras contidas no art. 38 e parágrafos da Lei 8.987/95, no que couber, tendo em vista que, optando-se pela composição, as sanções cabíveis deverão ser aplicadas, dado que referido artigo faculta ao Poder Concedente decretar a caducidade **ou** aplicar as sanções cabíveis.

37. O interesse público consiste, na espécie, primordialmente, na manutenção da aptidão de uso e exploração da Arena Independência, conforme objeto central da contratação. Assim, deverá ser preservado, sem descuidar do respeito a todos os princípios que regem a atuação administrativa e as licitações públicas, na forma do art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição da República de 1988, bem como para que não haja locupletamento ou enriquecimento ilícito por qualquer das partes, cuidando-se, afinal, se for o caso, de se estabelecerem regras de transição para assegurar que não haja solução de continuidade na operação da Arena Independência, em não se mostrando, motivadamente, conveniente e oportuna a assunção da gestão do estádio pelo Poder Concedente, como se daria ao termo final do contrato de concessão, em março de 2022, o que parece justificar a opção pelo ajuste.

38. O art. 36 da Lei n. 8.987/95 admite indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, mediante comprovação técnica. Aliado ao art. 38, § 4º, da Lei n. 8.987/95, tem-se como permitida indenização dessa natureza no caso da extinção antecipada, desde que com amparo em dados e cálculos objetivos, de cuja aferição e ratificação não se desvincula o Poder Concedente, não se condicionando referida extinção à indenização prévia, além de se impor as respectivas compensações com as sanções aplicadas, tendo-se em mira apenas os investimentos necessários e previstos contratualmente.

39. Além disso, ainda relativamente a bens reversíveis, impõe-se ponderar que o

Poder Concedente recebeu o estádio em cessão de uso remunerada, por tempo determinado. Assim, o parcial retorno dos investimentos feitos pelo Poder Concedente, na forma do item 5 dos Considerandos do Contrato, deve ser aferido proporcionalmente ao período máximo de uso do estádio pelo Poder Concedente, em cujo termo retornará para o proprietário do imóvel.

À consideração superior.

NILZA APARECIDA RAMOS NOGUEIRA
Procuradora do Estado de Minas Gerais
MASP 345.172-1 - OAB/MG 91.692

Aprovado pelo Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Danilo Antônio de Souza Castro

Aprovado pelo Advogado-Geral do Estado
Onofre Alves Batista Júnior



Documento assinado eletronicamente por **Nilza Aparecida Ramos Nogueira, Procurador(a) do Estado**, em 10/05/2018, às 11:21, conforme horário oficial de Brasília, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da ICP-Brasil, com fundamento no art. 6º, caput, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).
Nº de Série do Certificado: 168803181906009591244620690996012212091



Documento assinado eletronicamente por **Danilo Antonio de Souza Castro, Procurador(a) do Estado**, em 10/05/2018, às 17:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Onofre Alves Batista Junior, Advogado-Geral do Estado**, em 10/05/2018, às 17:42, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0668513** e o código CRC **5C9F3003**.

Referência: Processo nº 1080.01.0003271/2018-90

SEI nº 0668513