



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

PARECER n. 00010/2015/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 50500.052216/2015-82

INTERESSADOS: PF-ANTT e GALVÃO - BR-153

ASSUNTOS: Pedido formulado por concessionária à ANTT voltado à suspensão de contrato de concessão de trecho da Rodovia Federal BR-153

I – Consulta submetida pela PF-ANTT. Concessão de Serviço Público. Trecho da Rodovia Federal BR-153. II – Pedido de suspensão do contrato de concessão formulado pela Concessionária. Alegação baseada na ausência de obtenção de empréstimo perante o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES.

II - A efetivação do empréstimo pela instituição financeira em questão configura ato discricionário, restrito ao seu âmbito de governança. Considerando o juízo técnico e econômico financeiro próprio de operações de tal ordem (Decreto nº 4.418, de 2002, art. 10), não há que se admitir que a apresentação pela postulante da documentação solicitada geraria, por si só, o direito ao empréstimo. Alegação escorada na equivocada noção de que a disponibilização do recurso dependeria de uma análise puramente cartorária.

III – O atraso na liberação do financiamento ou mesmo uma resposta negativa a este pedido nem de longe configuram hipótese de força maior ou fato da administração. As regras próprias do certame – Edital de Concessão nº 001/2014 e Contrato de Concessão nº 001/2014 – assim como a legislação de regência (Lei nº 8.987, de 1995) são categóricas quanto a ser de responsabilidade exclusiva da concessionária a captação dos recursos financeiros necessários à prestação do serviço. A assunção dos riscos inerentes a essa captação é pressuposto para a participação em concorrências de tal espécie.

IV - Impossibilidade de acolhimento do pleito formulado pela Concessionária.

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Trata-se de consulta encaminhada a este Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal – DEPCONSU/PGF pela Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres – PF/ANTT, relativa a pleito formulado pela Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S.A.

2. A aludida Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S.A. encaminhara à ANTT, entre outras

correspondências, o Ofício nº PTC 04/2015 (PROCADM1-PART1 fls. 3-5) e o Ofício nº PTC 05/2015 (PROCADM1-PART1 fls. 56-59), ambos de 26 de fevereiro de 2015.

3. Do Ofício PTC 04/2015 consta a informação de que: a) a Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer nº 02/AADMA/CGU/AGU/2014, teria afirmado não haver impedimentos legais para a concessão de financiamento pelo BNDES a empresas do Grupo Galvão; e b) seu assessor financeiro teria atestado que todos os documentos requeridos pelo BNDES para a realização de empréstimo-ponte haviam sido entregues em conformidade e no prazo adequado.

4. No Ofício PTC 05/2015, por outro lado, há um comunicado de adoção do que a Concessionária denomina "Plano de Contingência". Esse, em síntese, consiste na suspensão da maior parte das obras e serviços pactuados no contrato de concessão referente ao trecho de 624,6 km da Rodovia BR-153 outrora celebrado com a ANTT, justificada pelo atraso do BNDES em disponibilizar o necessário empréstimo-ponte.

5. Segundo a Concessionária, as propostas de preço oferecidas pelos participantes das licitações de concessões de rodovias da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT se basearam em condições de financiamento divulgadas pelo Governo Federal. Tais condições, veiculadas no sítio da ANTT por meio de uma carta conjunta de autoria do BNDES, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil (PROCADM1-PART2, fls. 49-51), consistiam, inclusive, na disponibilização de empréstimo-ponte em até 90 (noventa) dias contados da assinatura do Contrato de Concessão, o que não teria ocorrido.

6. Haveria, na visão da Concessionária, um descumprimento pelo BNDES dos prazos e condições de financiamento anunciadas por ocasião da licitação, configurando caso fortuito ou força maior, em razão de sua imprevisibilidade.

7. Instada, a PF-ANTT se manifestou pelo indeferimento do pedido formulado pela Concessionária, por ausência de amparo na legislação em vigor, bem como no contrato de concessão firmado com a ANTT (Parecer nº 2.717/2015/PF-ANTT/PGF/AGU – PROCADM1-PART5).

8. Ressaltou, ainda, ser inaceitável qualquer alegação de que o Poder Público teria dado causa aos acontecimentos que levaram à formulação do pedido de suspensão da execução do contrato.

9. Por fim, alegando a alta repercussão da medida, por se tratar de opinativo capaz de afetar diretamente a política pública a ser adotada para o setor, submeteu a questão à Procuradoria-Geral Federal - PGF, com esteio na Portaria/PGF nº 424/2013.

10. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

11. No que concerne à admissibilidade da consulta, parece inegável o apontado impacto na política pública a ser adotada para o setor em comento. O raciocínio aqui apreciado é de ser aplicado a todas as concessões de rodovias federais.

12. Está, portanto, caracterizada a alta relevância apta a viabilizar seu conhecimento (art. 1º, III, Portaria/PGF n.º 424/2013).

13. Quanto ao mérito, assiste plena razão à PF-ANTT.

14. A argumentação deduzida pela Concessionária baseia-se, embora de forma implícita, em duas premissas.

15. A primeira delas é a de que a obtenção do empréstimo perante as instituições financeiras mencionadas nos autos, quais sejam, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e BNDES seria uma espécie de

ato vinculado.

16. Já a segunda é a de que o suposto atraso na liberação do financiamento ou mesmo eventual resposta negativa ao pedido configuraria uma hipótese de força maior ou fato da administração e, por consectário, autorizativa da paralisação da execução das atividades da concessão, bem como de repactuação de valores do contrato.

O juízo discricionário na concessão de financiamento pelo BNDES

17. De saída, há que se apontar para a fragilidade do raciocínio de que a carta enviada por BNDES, Caixa e Banco do Brasil ao Diretor Geral da ANTT (PROCADM1-PART2, fls. 49-51) seria algo mais do que um informativo superficial.

18. Admitir, como quer a Concessionária, que as regras para a concessão de empréstimos do porte dos que se está a tratar se esgotariam nas poucas linhas do aludido documento é fazer tábula rasa dos estatutos e demais regulamentos da cada uma dessas instituições.

19. Longe de disciplinar tais operações, é claro o intuito desse documento: tão somente divulgar, em linhas gerais, as condições de apoio aos investimentos nos projetos relativos à 3ª Etapa das Concessões Rodoviárias Federais.

20. E, mesmo nessa descrição superficial, há uma mensagem clara – ainda que de certa forma dispensável, como já mencionado acima: “*O enquadramento das operações e o estabelecimento das condições definitivas do financiamento dependerão da análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz das Políticas de Crédito e Operacionais das instituições financeiras.*” Ou seja, a própria carta conjunta à qual tanto se apegava a Concessionária já alertava para uma inafastável análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, de modo que nem sob este viés isolado é possível admitir qualquer surpresa por parte dos licitantes.

21. Como adiantado, **a Concessionária parte do pressuposto de que “cumpriu suas obrigações”, sendo o BNDES, portanto, obrigado a aprovar seu financiamento.** Noutras palavras, busca fazer crer que, apresentada a documentação solicitada, a liberação do recurso dependeria de uma análise eminentemente cartorária.

22. Vale transcrever, neste ponto, a argumentação deduzida na alínea “d” do Ofício nº PTC 05/2015 (PROCADM1-PART1 fls. 58):

Inobstante ter a Concessionária iniciado o processo de obtenção do financiamento junto ao BNDES quase um mês antes da assinatura do Contrato de Concessão e ter cumprido efetivamente, entre 18 de agosto e 1º de dezembro de 2014, **todas as providências ao seu alcance** para a contratação do empréstimo-ponte no prazo devido, o BNDES não disponibilizou até a presente data o referido empréstimo (grifado).

23. A verdade é que as “*providências ao alcance*” de quem venha a postular um financiamento perante o BNDES podem não ser suficientes para tanto.

24. A esse respeito, cumpre rememorar o disposto no art. 10 do Decreto nº 4.418, de 11 de outubro de 2002, que aprova o Estatuto Social do BNDES:

"Art. 10. Para a concessão de colaboração financeira, o BNDES procederá:

I - ao exame técnico e econômico-financeiro de empreendimento, projeto ou plano de

negócio, incluindo a avaliação de suas implicações sociais e ambientais;

II - à verificação da segurança do reembolso, exceto nos casos de colaboração financeira que, por sua natureza, envolva a aceitação de riscos naturais ou não esteja sujeita a reembolso, na forma dos incisos IV, V e VI do art. 9º;

III - a seu critério, à apuração da eventual existência de restrições à idoneidade da empresa postulante e dos respectivos titulares e administradores, a critério do BNDES.

Parágrafo único. A colaboração financeira do BNDES será limitada aos percentuais que forem aprovados pela Diretoria para programas ou projetos específicos."

25. Como se pode notar, menções à verificação da segurança do reembolso e apuração de eventual existência de restrições à idoneidade da postulante e respectivos titulares e administradores dão o tom do grau de discricionariedade próprio do crivo a ser feito, restrito à governança do Banco.

26. Discricionariedade esta que de modo algum foi negada pela manifestação juntada ao Ofício nº PTC 04/2015 (PROCADM1-PART1 fls. 6-38), exarada pela Advocacia-Geral da União (Parecer nº 02/AADMA/CGU/AGU/2014).

27. Quanto ao tema, na verdade, o aludido Parecer nº 02/AADMA/CGU/AGU/2014 é claro, na alínea "b" de suas conclusões:

"(...)

b) a manutenção em curso das operações do BNDES tratadas na presente consulta dependerá do resultado da nova análise de risco de crédito e da nova análise cadastral a ser realizada pela área técnica do banco, com base em seus *standards* de atuação, seus normativos internos e nos dispositivos legais de regência da matéria; (...)."

28. Em resumo, envidar todos os esforços necessários e possíveis para demonstrar a viabilidade do financiamento não passa de uma obrigação da Concessionária. Jamais uma garantia de êxito.

A responsabilidade exclusiva da Concessionária pela captação de recursos

29. Quanto à segunda premissa da qual parte a Concessionária, voltada a demonstrar um evento imprevisível a justificar a inexecução de suas obrigações assumidas contratualmente, são irreparáveis as ponderações feitas pela PF-ANTT no Parecer nº 2.717/2015/PF-ANTT/PGF/AGU (PROCADM1-PART5).

30. Muito embora a Lei nº 8.987, de 1995, em seu art. 31, VIII[1], seja categórica quanto a ser incumbência da concessionária **captar**, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço, a PF-ANTT menciona, ainda, cláusulas do Edital de Concessão (Anexo 10 – Modelo de Carta de Declaração de Capacidade Financeira) e do Contrato de Concessão (26. Financiamento) ainda mais específicas.

31. Especialmente o texto do item 26.3 do contrato não poderia ser mais aderente à hipótese em questão: ***“a Concessionária não poderá invocar qualquer disposição, cláusula ou condição dos contratos de financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para eximir-se, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no Contrato.”***

32. E arremata a PF-ANTT: ***“a assunção de riscos feita no momento da assinatura do Contrato de Concessão foi feita pela efetiva tomada do empréstimo, independentemente de onde provenha esse numerário”*** (Parecer nº 2.717/2015/PF-ANTT/PGF/AGU, item 26).

33. De mais a mais, cabe apontar a confusão perpetrada pela Concessionária, ao caracterizar o fato de não lhe ter sido disponibilizado o empréstimo-ponte como “*atraso do Poder Concedente*”.

34. Cumpre transcrever tal passagem, constante do item 2 do Ofício nº PTC 05/2015 (PROCADM1-PART1 fls. 58-59):

"Cabe asseverar, por fim, que o atraso do BNDES na disponibilização do empréstimo-ponte caracteriza-se como atraso do Poder Concedente no cumprimento das suas obrigações (...)"

35. Cuida-se, aqui, de um total desvirtuamento não só da figura do Poder Concedente, como do rol de suas obrigações.

36. Nos termos do art. 1º do já referido Decreto nº 4.418, de 2002, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES é uma empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio.

37. Definitivamente não se confunde, portanto, com o Poder Concedente, no caso, a União (representada pela ANTT).

38. Eventuais inconformismos em relação à conduta do BNDES, no que concerne ao financiamento postulado, hão de ser resolvidas na seara própria, perante as instâncias responsáveis pela fiscalização de suas atividades, demandando-se diretamente essa instituição financeira.

39. De parte efetivamente da União – esta, sim, figurando, no caso, como Poder Concedente –, a concessionária não aponta o descumprimento de uma única das obrigações atribuídas seja pela Lei n.º 8.987, de 1995, seja pelo Edital de Concessão nº 1/2014, ou pelo Contrato de Concessão nº 1/2014.

40. Não há, desse modo, como imputar a União qualquer responsabilidade pela inexecução do contrato pela Concessionária.

41. Por fim, cabe registrar que, uma vez afastada a argumentação deduzida pela Concessionária, bem como constatado o atraso na execução dos serviços a seu cargo, afigura-se acertado o encaminhamento proposto pela PF-ANTT, de instauração de procedimento próprio para a apuração de descumprimentos de deveres contratuais e aplicação das sanções correspondentes.

CONCLUSÃO

42. Conforme demonstrado, a efetivação do empréstimo pela Instituição Financeira em questão configura ato discricionário, restrito ao seu âmbito de governança. Nesse sentido, considerando o juízo técnico e econômico-financeiro próprio de operações de tal ordem (Decreto nº 4.418, de 2002, art. 10), não há a menor possibilidade de se admitir que a simples apresentação pela postulante da documentação solicitada geraria, por si só, o direito ao empréstimo, e vincularia a Instituição Financeira à sua concessão.

43. Ademais, o atraso na liberação do financiamento ou mesmo uma resposta negativa a este pedido nem de longe configuram hipótese de força maior ou fato da administração, visto não terem qualquer relação com as obrigações inerentes ao Poder Concedente, tampouco servirem de justificativa ao descumprimento das obrigações assumidas no contrato de concessão, por força de disposição contratual nesse sentido.

44. As regras próprias do certame – Edital de Concessão nº 001/2014 e Contrato de Concessão nº 001/2014 – assim como a legislação de regência (Lei n.º 8.987, de 1995) são categóricas quanto a ser de

responsabilidade exclusiva e integral da concessionária a captação dos recursos financeiros necessários à consecução do objeto da concessão.

45. A assunção dos riscos de dispor ou ter capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios ou de terceiros necessários à consecução do objeto da concessão é, portanto, pressuposto para a participação em concorrências de tal espécie, além de encontrar-se amparada por cláusula contratual expressa nesse sentido.

46. Ante o exposto, as conclusões firmadas pela Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres – PF/ANTT, em seu Parecer nº 2.717/2015/PF-ANTT/PGF/AGU, não de ser integralmente encampadas pelo Procurador-Geral Federal.

47. Aprovada a presente manifestação, sugere-se seu encaminhamento à PF-ANTT, para ciência e providências decorrentes.

48. É o parecer.
À consideração superior.

Brasília, 30 de abril de 2015.

LEONARDO VASCONCELLOS ROCHA
PROCURADOR FEDERAL

De acordo.

Brasília, de maio de 2015.

ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

Aprovo.

Brasília, de maio de 2015.

RENATO RODRIGUES VIEIRA
PROCURADOR-GERAL FEDERAL

[1]Art. 1º CArt. 31. Incumbe à concessionária:

(...)

VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 50500052216201582 e da chave de acesso a3b32702

Documento assinado eletronicamente por RENATO RODRIGUES VIEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 2311151 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO RODRIGUES VIEIRA. Data e Hora: 30-04-2015 09:54. Número de Série: 66711627852854964840844807103445283385. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v3.

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 2311151 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS. Data e Hora: 28-04-2015 18:07. Número de Série: 3796960105636004972. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por LEONARDO VASCONCELLOS ROCHA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 2311151 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): LEONARDO VASCONCELLOS ROCHA. Data e Hora: 28-04-2015 15:07. Número de Série: 469410853303993305. Emissor: AC CAIXA PF v2.
