



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

---

**PARECER n. 00034/2015/DEPCONSU/PGF/AGU**

**NUP: 50500.052216/2015-82**

**INTERESSADA: PF-ANTT**

**ASSUNTO:** Pedido formulado por Concessionária à ANTT voltado à suspensão de contrato de concessão de trecho da Rodovia Federal BR-153

I – Consulta formulada pela PF-ANTT. Concessão de Serviço Público. Trecho da Rodovia Federal BR-153. Novo pedido de adiamento do contrato de concessão formulado pela Concessionária. Reiteração de argumentos relacionados à ausência de obtenção de empréstimo perante o BNDES.

II – Questão já enfrentada pelo Departamento de Consultoria da PGF, por ocasião do Parecer nº 10/2015/DEPCONSU/PGF/AGU. Manutenção do entendimento por seus próprios fundamentos.

III – Descumprimento reiterado das obrigações contratuais, sem a adoção das devidas providências por parte da agência reguladora.

IV – A mera apresentação de pedidos de adiamento não tem o condão de, por si só, autorizar a suspensão de atividades por parte da Concessionária, tampouco de retardar a instauração de processo administrativo voltado à declaração de caducidade.

V – Transferência do controle acionário da Concessionária. Negociação privada.

VI – É inadmissível a tentativa de transferir ao Poder Concedente a responsabilidade pela realização da transferência de controle acionário, mediante a flexibilização de obrigações e eventual abrandamento de penalidades.

VII – 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, que diz respeito a pleitos formulados pela Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S.A., relativos ao adiamento de obrigações previstas no Contrato de Concessão nº 01/2014, celebrado em 12 de setembro de 2014.

2. Tal consulta é veiculada por meio do Parecer nº 13.906/2015/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU, que assim sintetiza a questão:

“47. A concessionária (...) almeja o adiamento em 1 (um) ano de suas obrigações contratuais; tal pretensão havia sido deduzida inicialmente no Ofício PTC nº 007/2015 (fls. 264/265) de 15 de abril de 2015, quando afirmara que a não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES teria tomado inviável a continuidade das obras, serviços, compras de equipamento e contratação de pessoal no ritmo originalmente programado, já havendo se esgotado os recursos próprios que seu acionista vinha empregando.

(...)

49. Reiterando o pedido de adiamento, no Ofício PTC nº 017/2015, também de 17 de junho de 2015 (fls. 435/443), busca demonstrar significativa diminuição do nível de atividade desenvolvida nesta área, além de notícias sobre o fechamento do mercado de crédito ao setor de infraestrutura. (...)

(...)

50. Por sua vez, pelo Ofício PTC nº 018/2015 (fls.432/433), de 17 de junho de 2015, a Concessionária informa ter recebido proposta da PROGEN Projetos, Gerenciamento e Engenharia S.A. interessada em adquirir 100% de suas ações; ressalta, no entanto, que essa seria a primeira proposta decorrente das tratativas mantidas pela Concessionária com potenciais interessados; aguardava, portanto, o recebimento de novas propostas de outras empresas com quem viria negociando.

51. Mais recentemente, em 05 de agosto último, no Ofício PTC nº 22/2015 afirma que não disporia de mais recursos próprios que pudessem ser utilizados para o adimplemento das obrigações da concessão, que, neste momento não conseguiria obter financiamento junto ao mercado de crédito para honrar com tais obrigações, razão pela qual restaria, assim, caracterizada sua iminente insolvência. Invoca, então, o disposto no item 25.1 do Contrato de Concessão que autoriza a transferência do controle acionário, excepcionalmente antes da duplicação da rodovia, se caracterizada a insolvência iminente da Concessionária.

3. Instada, a PF-ANTT reafirmou a inoccorrência de caso fortuito ou força maior. Consignou que não haveria previsão legal ou contratual que acobertasse a pretensão de adiamento por um ano de suas obrigações, considerando especialmente o grave inadimplemento existente.

4. Cuidou, ainda, de questões alusivas ao tratamento legal ou contratual da transferência do controle acionário, da necessidade de cumprimento de todas as cláusulas do contrato em vigor no caso de efetivação da transferência e da manutenção das penalidades já impostas ao novo controlador.

5. Ressaltou, também, o grave e evidente inadimplemento da Concessionária a demandar a instauração de processo administrativo, após franqueado prazo para que as irregularidades apontadas sejam corrigidas.
6. Por fim, alegando mais uma vez 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, com esteio na Portaria/PGF nº 424, de 2013, **“especialmente em relação à possibilidade de postergação de obrigações contratuais com vistas a viabilizar a transferência de controle acionário de concessionário de serviços públicos”**.
7. É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

### I - Admissibilidade

8. No que concerne à admissibilidade da consulta, é importante tecer alguns esclarecimentos em relação ao apontado impacto na política pública a ser adotada para o setor em comento, invocado como fator de “alta relevância” capaz de viabilizar seu conhecimento (art. 1º, III, Portaria PGF 424/2013).
9. Quando a PF-ANTT encaminha a consulta *“especialmente em relação à possibilidade de postergação das obrigações...”*, deveria tê-lo feito **unicamente** em relação a esta ventilada possibilidade.
10. Afinal este é o único tema destacado de forma pormenorizada no encaminhamento que promoveu.
11. Admitir o contrário significa conferir ao instrumento da consulta um caráter demasiadamente amplo, um verdadeiro sucedâneo de pedido de revisão ou referendo.
12. Esta não parece ter sido a intenção da Portaria/PGF nº 424, de 2013.
13. O fato é que o Parecer nº 13.906/2015, a despeito de inegavelmente enfrentar tema de alta relevância, dedica-se a diversos outros aspectos objeto de atuação regular, costumeira da autarquia assessorada, que não trazem, ao menos de forma evidente, repercussões inovadoras na política pública voltada ao setor de concessões de rodovias.
14. É o caso, por exemplo, do exame das condições procedimentais e circunstanciais para a deflagração de um processo de declaração de caducidade, concessão de prazo para correção de irregularidades, instrumento adequado para comunicação de descumprimentos a concessionárias, penalidades cabíveis e utilização de garantia contratual para o pagamento de verba de fiscalização.
15. Outro aspecto absolutamente incognoscível, na espécie, diz respeito às previsões legais e contratuais de transferência de controle acionário, assim como a caracterização de insolvência da Concessionária.
16. Pelo que é noticiado nos autos, sequer houve uma proposta efetiva de transferência do controle acionário. É prematura, portanto, qualquer análise relativa a situação de insolvência, que deve ser verificada quando e se apresentado o pedido.
17. Ademais, os aspectos legais e especialmente contratuais que tratam desta eventual transferência não parecem trazer qualquer dúvida relevante capaz de influir em políticas públicas.
18. Não há razão, portanto, para o enfrentamento de tais questões no âmbito de uma consulta ao DEPCONSU/PGF.

## II – Mérito

### II.a) O pedido de adiamento

19. Partindo aos pontos que realmente hão de ser enfrentados, cumpre rememorar os seguintes trechos do Ofício PTC 022, de 4 de agosto de 2015 (fls. 562-573) que dão o tom da sequência argumentativa deduzida pela Concessionária:

“(…)

2. (...) a Concessionária comunicou à ANTT que, não obstante haver cumprido tempestivamente todas as exigências do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para a contratação do empréstimo-ponte, tal financiamento não lhe foi disponibilizado pelo banco no prazo previsto nas condições de apoio aos investimentos anunciados pelo Governo Federal com base em carta da qual o BNDES é signatário, enviada ao Diretor-Geral da ANTT à época da licitação do Contrato de Concessão nº 01/2014.

(…)

5. A situação é ainda mais grave, pois, atualmente, não há no mercado opções substitutivas das condições de financiamento ofertadas pelo BNDES. Muito pelo contrário, tem-se observado o fechamento do mercado financeiro para empresas de construção pesada e infraestrutura. (...)

6. Assim, a não disponibilização pelo BNDES do empréstimo-ponte à Concessionária se insere em cenário mais amplo – imprevisível e inevitável pelas partes – de fechamento do mercado de crédito para empresas de construção pesada e infraestrutura, que (...) impede a execução do Contrato de Concessão.

(…)

8. Cabe observar que o Pedido de Adiamento foi protocolado pela Concessionária antes que ela viesse a incorrer em descumprimento de quaisquer das obrigações previstas no Contrato (...). Desse modo, entende a Concessionária que eventual decisão favorável ao Pedido de Adiamento por parte da Diretoria Colegiada da ANTT no Processo deverá, necessariamente, ter como consequência a extinção, pela ANTT, de quaisquer processos administrativos tendentes à aplicação de penalidades à Concessionária que tenham por fundamento o descumprimento das obrigações cujas datas foram adiadas, conforme o disposto no art. 52 da Lei Federal nº 9.784/1999.

(…)

11. Importa mencionar, ainda, que o deferimento do Pedido de Adiamento é condição *sine qua non* para uma venda das ações da Concessionária, que viabilizaria a disponibilização de empréstimo-ponte pelo BNDES.

20. Percebe-se que não há limites para a criatividade, na busca por justificar o descumprimento do contrato de concessão.

21. Numa primeira tentativa, prontamente rechaçada pela PF-ANTT e pela PGF, a concessionária

buscou culpar o Poder Concedente por não ter conseguido obter crédito para a realização da obra, o que, como foi claramente demonstrado, sempre foi sua obrigação exclusiva.

22. **Seu pedido de adiamento foi então indeferido** por deliberação da Diretoria da ANTT (fls. 239).

23. Nesta nova investida, tem-se o seguinte: a Concessionária, que sequer iniciou as obras, descumprindo todos os parâmetros de desempenho até então fixados (itens 84 e 85 do Parecer 13.906/2015/PF-ANTT), diz que seu pedido de adiamento – aquele outrora indeferido – é condição *sine qua non* para uma suposta venda de suas ações. Esta imaginária venda de ações – que sequer fora confirmada – seria a solução para os problemas de financiamento necessários para o adimplemento das obrigações nunca cumpridas.

24. Prosseguindo-se nesse raciocínio, o indeferimento do adiamento pelo Poder Concedente seria o fator impeditivo à retomada das obras de duplicação da rodovia. Mais uma vez a culpa pelo insucesso da empreitada recairia sobre a União, que, para se eximir de tal responsabilidade, só teria uma solução: permitir o adiamento e com isso reconhecer que *“um auto de infração lavrado com base no descumprimento de quaisquer dessas obrigações perderia seu fundamento (...) se tornaria um ato administrativo desprovido de motivo e, como consequência, inválido”* (Ofício PTC 022/2015, item 9, fls. 565).

25. Em resumo, a única forma de o Poder Concedente se eximir da culpa pelo descumprimento das obrigações que nunca foram suas seria acolher o pleito de adiamento formulado pela Concessionária que as descumpriu, anistiando-a de suas faltas.

26. Trata-se de um argumento por demais falacioso.

27. Por ocasião do Parecer nº 10/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, afirmou-se que *“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.”*

28. A esse rol de argumentos que nem de longe configuram hipótese de força maior ou fato da administração, em face do novo pleito de adiamento formulado, há de se somar mais um: a necessidade de se viabilizar a venda das ações de uma Concessionária que carece de financiamento.

29. Conforme apontado pela PF-ANTT, *“se afastada, na espécie, a ocorrência de imprevisibilidade, caso fortuito ou força maior, capaz de eximi-la [a concessionária] de suas obrigações ou de poupá-la da aplicação de penalidades, de igual maneira não pode ser atribuível ao Poder Concedente o ônus para que ela celebre um bom negócio”* (Parecer 13.906, item 106).

30. Não há, pois, qualquer amparo legal para o adiamento das obrigações contratadas.

## **II.b) A mora da ANTT**

31. Finalmente, é preciso registrar algumas considerações em relação à mora da ANTT.

32. Nos termos do art. 38 da Lei nº 8.987, de 1995, 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.

33. Depreende-se do voto proferido pelo relator do expediente no qual fora indeferido o pedido de adiamento formulado pela Concessionária (fls. 231-239), **ainda no mês de abril do corrente**, que já havia sido proposta a instauração de processo administrativo, voltado a apurar os eventuais descumprimentos contratuais noticiados nos autos.

34. A necessária adoção de providências nesse sentido já havia sido registrada pela PGF, logo na primeira consulta submetida, **em 30 de abril de 2015**:

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. (Parecer nº 10/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, item 41)

35. Eis que em manifestação exarada **em 10 de novembro de 2015** pela PF-ANTT ainda se está a falar na concessão de prazo à Concessionária para correção de falhas, para que se possa viabilizar a instauração de processo administrativo de inadimplência (Parecer 13.906/2015/PF-ANTT, item 120).

36. Note-se que o item 33.2[1] do Contrato de Concessão dispõe que mesmo no caso de rescisão do Contrato (que é a modalidade em que a Concessionária solicita, via Poder Judiciário, a extinção do vínculo) a interrupção ou paralisação dos serviços somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença judicial que a decreta, o que demonstra a força do princípio da continuidade do serviço público incidente nesta relação jurídica.

37. No mesmo sentido o item 37.1.2[2], que trata da submissão das controvérsias referentes à execução contratual à arbitragem, teve o cuidado de destacar que a submissão de qualquer questão a ela não permite a interrupção das atividades vinculadas à Concessão, o que demonstra, à exaustão, a impossibilidade de suspensão da execução contratual, seja a que título for.

38. Contudo, o que tem ocorrido, na prática, é que por meio do envio reiterado de ofícios pela Concessionária, com as mais variadas justificativas, já se passou mais de um ano de inadimplência sem que qualquer medida efetiva tenha sido tomada pela autoridade responsável pela fiscalização do Contrato.

39. O fato é que, ainda que se imaginasse possível o aceite do pedido de suspensão/adiamento das obrigações contratuais, seja por que motivo fosse (venda do controle acionário, alegação de iminência de insolvência ou incapacidade de obtenção de recursos suficientes ao cumprimento das obrigações), a paralisação dos trabalhos somente poderia ocorrer após a efetiva autorização por parte da ANTT, ante a ausência de auto-executoriedade dos atos da Concessionária. A mera apresentação de pedido de suspensão de obrigações não impede a aplicação de multas ou penalidades em razão deste não autorizado inadimplemento.

40. Ademais, não se pode perder de vista o risco atrelado a este entendimento, por permitir a inexecução de obrigações contratuais mediante o simples pedido da interessada, sem que haja uma análise por parte do Poder Concedente ou agente regulador, o que pode resultar em grandes prejuízos ao interesse público.

41. Como adiantado, trata-se de relevante omissão por parte da ANTT.

42. Diante deste quadro, independentemente do transcurso de quaisquer tratativas levadas a efeito pela Concessionária no intuito de promover a transferência de seu controle acionário, a imediata adoção de providências voltadas à apuração de descumprimentos de deveres contratuais e aplicação das sanções correspondentes é medida que se impõe.

## CONCLUSÃO

43. Conforme demonstrado, a necessidade de se viabilizar a venda das ações de uma Concessionária

que carece de financiamento nem de longe configura hipótese de força maior ou fato da administração, visto não terem qualquer relação com as obrigações inerentes ao Poder Concedente.

44. Ante o exposto, há que se reafirmar a ausência de amparo legal para o adiamento das obrigações contratadas.

45. Ademais, constata-se relevante omissão por parte da agência reguladora, uma vez que, passado mais de um ano de inadimplência da Concessionária, não houve a efetiva aplicação das sanções correspondentes às já apuradas inexecuções de obrigações contratuais, medida que se impunha desde então.

46. Aprovada a presente manifestação, sugere-se seu encaminhamento à PF-ANTT, para ciência.

47. É o parecer.

À consideração superior.

Brasília, 24 de novembro de 2015.

LEONARDO VASCONCELLOS ROCHA  
PROCURADOR FEDERAL

De acordo.

Brasília, de novembro de 2015.

ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS  
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

Aprovo.

Brasília, de novembro de 2015.

RENATO RODRIGUES VIEIRA  
PROCURADOR-GERAL FEDERAL

---

[1]33. Rescisão

33.1. A Concessionária deverá notificar a ANTT de sua intenção de rescindir o Contrato no caso de descumprimento das normas contratuais pelo Poder Concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim, nos termos previstos na legislação e nas normas regulamentares pertinentes da ANTT.

33.2. Os serviços prestados pela Concessionária somente poderão ser interrompidos ou paralisados após o trânsito em julgado da sentença judicial que decretar a rescisão do Contrato.

[2]37. Resolução de Controvérsias

37.1 Arbitragem

(...)

37.1.2. A submissão a arbitragem, nos termos deste item, não exime o Poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.

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 5412956 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO RODRIGUES VIEIRA. Data e Hora: 24-11-2015 22:44. Número de Série: 13252565. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---

---

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 5412956 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): LEONARDO VASCONCELLOS ROCHA. Data e Hora: 24-11-2015 19:38. Número de Série: 469410853303993305. Emissor: AC CAIXA PF v2.

---

---

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 5412956 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: 24-11-2015 19:39. Número de Série: 3796960105636004972. Emissor: AC CAIXA PF v2.

---