



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - SEDE
SUBPROCURADORIA-GERAL DE MATÉRIA REGULATÓRIA (PF-ANTT) - PROCURADORES
SCES TRECHO 3, LOTE 10, PROJETO ORLA 8, BLOCO A, 3º ANDAR

PARECER n. 00181/2023/PF-ANTT/PGF/AGU

NUP: 50500.112340/2023-14

**INTERESSADOS: CONCEBRA - CONCESSIONARIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A. E
OUTROS**

ASSUNTOS: CONCESSÃO / PERMISSÃO / AUTORIZAÇÃO

EMENTA: EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO REGULATÓRIO. CONCESSÃO RODOVIÁRIA. RELICITAÇÃO. SEGUNDO TERMO ADITIVO AO CONTRATO REFERENTE AO EDITAL Nº 004/2013. ANTT E A CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A. – CONCEBRA.

1. Relatório Técnico conclui pela intimação da concessionária para apresentação de defesa administrativa em procedimento diante de atingimento de nível II, que permite a recomendação ao CPPI de desqualificação do empreendimento.

2. Defesa Administrativa aponta, entre outras coisas, a natureza não punitiva das monitorações iniciais e a nulidade procedimental pela não utilização de verificador independente.

3. Quesitos da SUROD. Respostas.

3.1. A consequência imediata da desqualificação é a instauração ou retomada de processo de caducidade (Decreto n. 9.957/2019, art. 8º, XIII, a), cuja natureza não é de sanção ou penalidade, mas de extinção da concessão. Portanto, ainda que fossem admissíveis os argumentos da Concessionária, não alterariam a consequência jurídica advinda do resultado apontado no Relatório Inicial de Transição, haja vista que em perfeito cumprimento do 2º Termo Aditivo.

3.2. Acerca da alegação de nulidade apresentada pela Defesa. Não ocorrência. Princípio do prejuízo (pas de nullité sans grief). Extraí-se da legislação e da jurisprudência dominante que, para que a Concessionária pudesse ver atendida alegação de nulidade, deveria ter demonstrado que o procedimento adotado pela ANTT implicou em prejuízos ao procedimento, que o ato administrativo praticado de outro modo impediu a finalidade pública estabelecida na legislação e que o resultado poderia ter sido diverso, caso procedesse de outra forma.

3.3. Circunstâncias práticas. O §1º do artigo 22 da LINDB estabelece que na decisão sobre irregularidade ou validade de atos administrativos deve-se sopesar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Senhora Subprocuradora-Geral de Matéria Regulatória,

1. RELATÓRIO

1. Chegam autos à Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT por solicitação da Nota Técnica SEI n.º 4132/2023/SUROD/DIR/ANTT (17718438) com o seguinte assunto: "Consulta Jurídica à PF-ANTT, relativa à Defesa Administrativa da CONCEBRA face ao Relatório Inicial de Transição da Comissão de Planejamento e Fiscalização de Encerramento do Contrato de Concessão referente ao Edital Nº 004/2013. Monitoramento. Relicitação."

2. Segundo relata a Nota Técnica SEI n.º 4132/2023 (17718438), o Decreto Presidencial 10.864 (SEI 8878946), de 19/11/2021, declarou a qualificação para fins de Relicitação, no âmbito do Programa de Parcerias de

Investimentos da Presidência da República- PPI, do trecho concedido à CONCEBRA, qual seja o empreendimento público federal do setor rodoviário BR-060/153/262/DF/GO/MG, no trecho entre Brasília, Distrito Federal, e os Municípios de Fronteira e Betim, Estado de Minas Gerais.

3. Como decorrência dos atos de qualificação, a ANTT firmou com a Concessionária CONCEBRA, em 18/02/2022, o *Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão relativo ao Edital n.º 004/2013*, cujo preâmbulo apresenta considerações/fundamentações preliminares interessantes para compreensão do itinerário percorrido:

(i) em 09/04/2020, a Concessionária protocolou Requerimento de Relicitação (SEI nº 3196686) em consonância com a regulamentação;

(ii) em 22/06/2021, por meio da Deliberação nº 216 (SEI nº 6951142), a ANTT atestou a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação;

(iii) em 10/08/2021, o Ministério da Infraestrutura, por meio da Portaria nº 99, de 10/08/2021, declarou a compatibilidade do Requerimento de Relicitação com o escopo da política pública formulada para o setor rodoviário;

(iv) em 25/08/2021, o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI) recomendou a qualificação do EMPREENDIMENTO no Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI), por meio da Resolução CPPI nº 191, de 25/08/2021;

(v) em 19/11/2021, o EMPREENDIMENTO foi qualificado no PPI por meio do Decreto nº 10.864, de 19/11/2021, publicado no Diário Oficial da União em 22/11/2021.

4. Ainda sobre o Segundo Termo Aditivo, importante anotar que seu objeto, conforme sua Cláusula Segunda, é o seguinte:

2.1 O presente Termo Aditivo tem por objeto estabelecer as condições de prestação dos serviços de manutenção, conservação, operação e monitoração, e da execução dos INVESTIMENTOS ESSENCIAIS contemplados no CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO e mantidos no Anexo I, assim como as responsabilidades durante o período de transição e na transferência da concessão, conforme Anexo II e Resolução nº 5.926, de 2 de fevereiro de 2021, a serem observadas durante a vigência deste Termo Aditivo, a fim de garantir a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao EMPREENDIMENTO.

5. Como decorrência de suas cláusulas, o Segundo Termo Aditivo provoca, por um lado, a suspensão das "obrigações de investimentos constantes do CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO não previstas em seu Anexo I", o qual, por outro lado, traz as obrigações de investimentos a serem observados pela concessionária durante o período de devolução amigável da concessão.

6. Na trilha apresentada pela Nota Técnica SEI n.º 4132/2023 (17718438), o Segundo Termo Aditivo "estabelece indicadores de desempenho (Cláusula Décima Segunda, item 12.2, viii) com base no somatório dos percentuais de Fator D previstos nas tabelas do Anexo 5 do contrato de concessão originário, com as devidas medidas apontadas para o caso de desempenho insatisfatório (infração grave)". Outrossim, os itens 12.1.1 e 12.1.2 do Aditivo "apontam ainda para a possibilidade de apuração de infrações e aplicação de penalidades".

7. A Nota Técnica SEI n.º 4132/2023 (17718438), ainda se refere ao Anexo II - Procedimentos para a Transição Operacional e dos Ativos - que traz no seu item 4.1 "a obrigação, por parte da concessionária, de apresentação de seu Relatório Inicial de Transição para apreciação da Agência e emissão posterior de seu respectivo relatório de análise e monitoração, também dito Relatório Inicial da Transição (da ANTT)".

8. Visto esse panorama inicial, importa registrar que o presente processo SEI (n. 50500.112340/2023-14) inaugura-se com a juntada do Relatório De Análise Técnica (16652792), extraído do processo SEI n. 50500.005166/2022-73 e que trata de complemento ao "Relatório Inicial de Transição da Comissão de Planejamento e Fiscalização de Encerramento do Contrato de Concessão do Edital nº 004/2013, instituída pela Portaria SUROD nº 033, de 18 de janeiro de 2022, isto é, o documento Relatório de Análise Técnica COM_P_SUROD_33/2022 (SEI nº 15531372) "[1].

9. Em sua conclusão, o citado Relatório de análise técnica compreende que o valor do Indicador de Desempenho é 53,86%, o que significa o atingimento do nível II e, portanto, enseja a "Notificação a Concessionária para

que apresente defesa, nos termos da subcláusula 12.3.2."

10. Pelo Ofício sei nº 13338/2023/SUROD/DIR-ANTT (16652806), a ANTT encaminha para conhecimento da Concessionária as conclusões alcançadas e, dessa forma, a intima "para que exerça o contraditório e a ampla defesa, no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias, contado do recebimento da intimação."

11. Verifica-se, em resposta, a juntada aos autos do documento intitulado "[Requerimento Defesa Relicitação 1 Fiscalização \(16892806\)](#)" elaborado por escritório de advocacia em representação da CONCEBRA - Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S/A. Na sua fundamentação, alega-se principalmente: i) a natureza não punitiva (apenas fiscalizatória) do Relatório Inicial de Transição; ii) a nulidade do relatório ora impugnado, porquanto não foi realizado por verificador independente; iii) necessidade de tratamento isonômico da CONCEBRA em relação à Via 040; iv) justa causa para o atingimento do Nível II do indicador de desempenho, consubstanciado na omissão da Agência quanto à implementação do reajuste anual das tarifas de pedágio praticadas e calculadas.

12. Diga-se, de passagem, que a mesma defesa administrativa, salvo engano, encontra-se repetida nos autos, conforme se verificou nos seguintes documentos: 16892763, 16892884, 16892902, 16892963 e 16892963.

13. Em análise sobre os elementos da Defesa Administrativa ([16892806](#)) apresentada pela CONCEBRA, a SUROD "constatou-se que há quesitos de natureza jurídica que necessitam de esclarecimentos a fim de melhor prover a respectiva manifestação final desta Superintendência".

14. Com efeito, julgou "necessária a consulta à douta Procuradoria Federal junto à ANTT, PF-ANTT, para cabal composição da resposta da SUROD concernente ao assunto". Após extensa fundamentação a Nota Técnica SEI nº 4132/2023 (17718438) conclui com quesitos que devem ser analisados por essa Procuradoria Federal.

15. Demais documentos juntados aos autos SEI n. 50500.112340/2023-14, serão mencionados à medida que sejam relevantes para as respostas aos quesitos submetidos à Procuradoria Federal.

16. É o relatório.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1 Preliminar de alcance e delimitação da consulta.

17. Note-se que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe.

18. Destarte, à luz do art. 131, da Constituição Federal de 1988, e do art. 11, da Lei Complementar nº 73/1993, incumbe, a este órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculado à Advocacia-Geral da União, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da gestão administrativa, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, financeira, contábil e/ou orçamentária.

19. Com relação a esses dados exorbitantes da esfera jurídica, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC nº 7.

20. Ademais, a presente análise *não importa em reexame das matérias de ordem jurídica que já foram objeto de estudo e opinativo* por parte desse órgão de consultoria, assessoramento e representação jurídicas.

21. Ao que nos parece, a consulta jurídica envolve a resposta aos quesitos trazidos na Nota Técnica SEI nº 4132/2023/SUROD/DIR/ANTT (17718438), quais sejam:

- a) Existência de eventual prevalência do disposto no item 4.1.10 do Anexo I do Segundo Termo Aditivo ao Contrato, que excluiria a aplicação dos itens 12.3.1 a 12.3.3 do mesmo TA em lide,

quanto aos aspectos de desqualificação, tendo em vista a argumentação apresentada pela Concessionária; e

b) Com relação à alegada obrigatoriedade de levantamento de campo relativo ao cumprimento dos parâmetros de desempenho exigidos no Segundo Termo Aditivo ao Contrato, por parte do verificador independente, em detrimento da medida tomada pela SUROD, de levantamento dos parâmetros em questão por intermédio da empresa supervisora do trecho concedido, com posterior submissão dos resultados e toda a documentação produzida pela fiscalização à auditoria e convalidação do verificador independente, a fim de cumprir com o disposto no Decreto 9.957/2021, Seção I, Art. 7º, Parágrafo Único, cabe esclarecer:

i - o procedimento supracitado, adotado pela SUROD, daria causa à hipótese da nulidade aventada na defesa da concessionária?

ii - Não se sustentando o argumento da concessionária, poderia a Superintendência manter a providência de instar sua empresa supervisora a realizar os levantamentos de campo afetos aos parâmetros de desempenho necessários à fiscalização e apuração do Índice de Desempenho previsto no Segundo Termo Aditivo ao Contrato?

22. Após a análise do conjunto documental apresentado nos autos, percebe-se que os questionamentos da SUROD se relacionam com dois dos argumentos trazidos pela Concessionária em sua defesa administrativa, quais sejam, a *natureza não punitiva do Relatório Inicial da Transição* e a *alegada nulidade pela não utilização de verificador independente*, os quais, por conseguinte, serão objeto de análise e manifestação. Posteriormente, propor-se-ão respostas aos quesitos.

2.2 Relatório Inicial Da Transição – Natureza jurídica e (de)limitação dos seus efeitos.

23. Como já referido, o Relatório De Análise Técnica (16652792) da ANTT, aplicando metodologia estabelecida no Aditivo sobre os dados de monitorações enviados pela Concessionária, obteve a conclusão de que o valor do Indicador de Desempenho da Concessionária é 53,86%. Isso significa o atingimento do nível II, o que enseja, portanto, a Notificação a Concessionária para que apresente defesa, nos termos da subcláusula 12.3.2.

a. Argumento da Defesa Administrativa.

24. Por seu turno, a Defesa Administrativa (16892806) apresentada pela Concessionária CONCEBRA alega que o entendimento apresentado pela ANTT "viola o artigo 66 da Lei nº 8.666/93, que determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial”.

25. Releva registrar que a Defesa Administrativa (16892806), no intento de demonstrar seu argumento, aduz que o *Relatório Inicial de Transição*, conforme previsto no Anexo II do 2º Termo Aditivo, “não tem natureza punitiva, mas apenas fiscalizatória”. Isso seria assim, pelo fato de que, segundo a subcláusula 4.1.4, “a Concessionária é intimada apenas para fins de manifestação, e não para exercício de contraditório por meio de apresentação de defesa”.

26. Acrescenta a Defesa que o “item 4.1.10 do Programa de Exploração da Rodovia (PER) - Anexo I do 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão”, cujo objeto são Relatórios de Monitoração da modalidade “Relatórios de Sistema de Gerenciamento Operacional”, teria deixado claro que “monitorações iniciais não têm o caráter punitivo, mas, tão somente, de levantamento das condições do trecho concedido, de modo a utilizar as informações para fins de indenização ou para formação do novo edital de licitação”.

27. Por esses argumentos, a Defesa Administrativa (16892806) requer seja sua peça recebida “como simples manifestação da Concessionária para fins de eventuais ajustes nos dados levantados pela Agência, com o subsequente arquivamento do processo”.

28. Como se demonstrará, entretanto, não se pode admitir a alegação apresentada pela Concessionária, simplesmente porque suas premissas não levam à conclusão por ela trazida.

a. Dos efeitos não punitivos da Desqualificação e da natureza não sancionatória da caducidade

29. Como mencionado, a Defesa Administrativa pretende assentar que os relatórios de monitoração não possuem natureza punitiva e, por conseguinte, não se poderia aplicar sanções como decorrência do resultado dos Relatório Iniciais de Transição.

30. Entretanto, não se pode perder de vista a razão de ser e os efeitos decorrentes dos instrumentos contratuais e dos institutos jurídicos. Nesse sentido, deve-se considerar que, uma vez desqualificado o empreendimento pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - CPPI, ocorre a imediata instauração ou a retomada de processo de caducidade eventualmente em curso contra o contratado originário, conforme determina a alínea 'a' do inciso XIII do artigo 8º do Decreto nº 9.957, de 6 de agosto de 2019.

31. Noutras palavras, entre as cláusulas obrigatórias do termo aditivo, conforme dispositivo legal acima referido, deve constar a previsão de que a desqualificação do empreendimento implica em "a imediata instauração ou a retomada de processo de *caducidade* eventualmente em curso contra o contratado originário".^[2]

32. Ocorre que, admitindo-se a conclusão da defesa, tão somente para cumprir o princípio da eventualidade, **não se pode esquecer que a caducidade, consequência da desqualificação do empreendimento, não configura sanção ou punição administrativa**. Confirma-se tal assertiva ao se verificar que, entre as **causas de extinção** da concessão elencadas pelo artigo 35 da Lei n. 8.987/95, figuram: i) termo contratual; ii) encampação; iii) **caducidade**; iv) rescisão; v) anulação; vi) falência, extinção ou falecimento.

33. Para melhor elucidação dessa questão, convém anotar que a Procuradoria Federal junto à ANTT já teve oportunidade de sobre ela se manifestar, conforme PARECER n. 00091/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (NUP: 50501.348178/2018-01), cujos excertos serão colacionados abaixo em razão da clareza de seus argumentos. Vejamos:

A Lei 8.987/95 é muito clara ao regular a caducidade e fornecer elementos mais que suficientes para a compreensão de sua natureza jurídica. Primeiro, no art. 23, a lei determina que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: "VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação" e "IX - aos casos de extinção da concessão". Já há aqui uma evidente diferenciação entre penalidades e casos de extinção da concessão, o que é ainda mais destacado na redação do art. 38, que definitivamente separa as duas categorias jurídicas:

"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".

A ênfase, no dispositivo acima, é toda na conjunção coordenativa alternativa "ou". A inexecução contratual poderá resultar - sempre por decisão do poder concedente - na extinção do contrato por caducidade **OU** na aplicação das sanções contratuais. Caducidade, portanto, não se confunde com sanção contratual, ou a lei estaria violando as 3 regras básicas da lógica aristotélica, a um só tempo, ou seja, os princípios de identidade, de não contradição e do terceiro excluído, relevando o equívoco de interpretação que tratasse os dois institutos como um só. Veja-se, ainda, que a caducidade está no capítulo da lei que trata "da extinção da concessão", ao lado das outras hipóteses que são : I - advento do termo contratual; II - encampação; IV - rescisão; V - anulação; e VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual, e nenhuma delas é uma penalidade ou sanção.

A Lei 10.233/2001, por sua vez, reforça a distinção entre caducidade (forma de extinção do contrato) e penalidades aplicáveis. Primeiro, no art. 35, ao tratar das cláusulas essenciais do contrato de concessão, aponta que o contrato deve prever: "XVII – sanções de advertência, multa e suspensão da vigência do contrato e regras para sua aplicação, em função da natureza, da gravidade e da reincidência da infração" e "XVIII – casos de rescisão, caducidade, cassação, anulação e extinção do contrato, de

intervenção ou encampação, e casos de declaração de inidoneidade". Segundo, e mais importante, a Lei 10.233/2001 arrola de forma expressa as penalidades cabíveis em casos de infração à lei ou descumprimento do contrato de concessão, em rol do qual não consta a caducidade, mantendo a coerência com a Lei 8.987/95 que classifica a caducidade como forma de extinção do contrato, não como sanção:

Art. 78-A. A infração a esta Lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização sujeitará o responsável às seguintes sanções, aplicáveis pela ANTT e pela ANTAQ, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

- I - advertência;
- II - multa;
- III - suspensão;
- IV - cassação;
- V - declaração de inidoneidade;
- VI - perdimento do veículo.

A declaração de caducidade do contrato de concessão insere-se no âmbito da discricionariedade do poder concedente, o que revela sua clara vinculação ao dever de proteção do interesse público, ou seja, mesmo que haja descumprimento contratual, caberá ao Poder Público, à luz das circunstâncias concretas e das alternativas disponíveis, declarar ou não a caducidade do contrato. Sendo decisão discricionária, não pode ser considerada sanção, cuja aplicação, quando cabível, constitui ato vinculado, de observância obrigatória.

A decisão pela caducidade de um contrato de concessão nada tem de intenção punitiva em sua essência, até por ser medida prejudicial a todas as partes envolvidas. A decisão pela caducidade parte sempre de uma ponderação (de natureza política) acerca da melhor forma de proteger o interesse público: se com a manutenção do contrato, mesmo diante do inadimplemento da concessionária, ou se com a sua extinção e consequente assunção do serviço pelo poder concedente ou busca de um novo parceiro privado. A caducidade é, portanto, um direito potestativo de titularidade pública que permite a rescisão unilateral de um contrato em razão do descumprimento das obrigações pela concessionária.

Nessa linha o instituto da caducidade tem uma relação muito próxima com o instituto da resolução contratual, do Código Civil, pelo qual cabe sempre à parte lesada pelo inadimplemento a escolha entre pedir a resolução do contrato ou exigir-lhe o cumprimento (art. 475). A decisão de rescindir (ou declarar a caducidade) o contrato é sempre discricionária, avaliada pela parte lesada à luz das outras alternativas disponíveis, dentre elas o interesse na continuidade contratual e a expectativa de reversão do inadimplemento. Em um contrato privado, quando uma das partes se torna inadimplente, a parte prejudicada pelo inadimplemento pode pedir a rescisão contratual, e nisso não estará buscando outra coisa que não a proteção de seu próprio interesse. Não há intuito punitivo, de castigar a parte contrária, mas simples preservação de interesse próprio.

De outro lado, as penalidades têm por finalidade criar um "incentivo" ao cumprimento do contrato por meio da coação, ou seja, objetivam reconduzir a parte infratora do contrato ao comportamento contratual cooperativo, para que o contrato possa prosseguir, o que não acontece com a caducidade, que põe fim à própria relação contratual. Aplicada a caducidade, encerra-se o contrato e não há qualquer possibilidade de alteração de comportamento da concessionária, eliminando por completo qualquer finalidade restaurativa do contrato.

Não se pode ignorar que a declaração de caducidade pode ser percebida, do ponto de vista da concessionária, como uma punição, pois será ela afastada de forma involuntária da posição contratual que possuía anteriormente. Essa percepção pode ainda ser reforçada pela previsão de um devido processo administrativo que investigará o inadimplemento contratual, onde a concessionária apresentará defesa e provavelmente sustentará posição contrária ao fim do contrato. Entretanto, tal percepção da concessionária não altera de forma nenhuma a natureza jurídica da caducidade, que é a de extinção do contrato de concessão por inadimplemento como forma de proteger o interesse público, função que compete, no caso das concessões rodoviárias federais, à ANTT.

34. Em vista do exposto, permite-se responder ao primeiro questionamento apresentado pela SUROD/ANTT, qual seja:

a) Existência de eventual prevalência do disposto no item 4.1.10 do Anexo I do Segundo Termo Aditivo ao Contrato, que excluiria a aplicação dos itens 12.3.1 a 12.3.3 do mesmo TA em lide, quanto aos aspectos de desqualificação, tendo em vista a argumentação apresentada pela Concessionária; e

35. Nesse sentido, responde-se considerando que a consequência imediata da desqualificação é a instauração ou retomada de processo de caducidade (Decreto n. 9.957/2019, art. 8º, XIII, a), cuja natureza não é de sanção ou penalidade, mas de extinção da concessão. Portanto, ainda que fossem admissíveis os argumentos da Concessionária, não alterariam a consequência jurídica advinda do resultado apontado no Relatório Inicial de Transição, haja vista que em perfeito cumprimento do 2º Termo Aditivo.

36. Consequentemente, em resposta ao item 'a' da Nota Técnica SEI n.º 4132/2023/SUROD/DIR/ANTT (17718438), opina-se no sentido de que a nota explicativa da tabela contida no item 4.1.10 do Anexo I do Segundo Termo Aditivo ao Contrato, não prejudica ou obsta a aplicação das disposições contidas nas cláusulas 12.3.1 a 12.3.3.

2.3 Alegada nulidade do processo pela não utilização de verificador independente para a realização da monitoração.

37. A Defesa Administrativa ([16892806](#)) ainda reclama pela declaração de nulidade do processo administrativo, haja vista que não teria ocorrido a utilização de verificador independente para realizar a monitoração, o que teria maculado "a imparcialidade, credibilidade e segurança jurídica do resultado alcançado no Relatório Inicial da Transição".

38. Sobre o tema, é imprescindível registrar ser pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que as nulidades em procedimentos só podem ser acolhidas quando haja a efetiva demonstração de prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

39. Na esfera jurisprudencial, o [Informativo nº 77523, de maio de 2023](#), do **Superior Tribunal de Justiça - STJ**, traz recentíssimo julgado proferido no [AgInt no RMS 69.803-CE](#) (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, por **unanimidade**, de 9/5/2023).

40. Analisando processo administrativo disciplinar em que se alegou nulidade, a Corte Superior firmou a tese de que "A prorrogação do processo administrativo disciplinar, por si, não pode ser reconhecida como causa apta a ensejar nulidade, porque **não demonstrado o prejuízo consequente dessa prorrogação**". Ademais, do inteiro teor extrai-se que (grifos nossos):

Quanto à alegação de nulidade da prorrogação indevida do processo administrativo disciplinar consequente do prazo não cumprido por autoridades, a prorrogação do processo administrativo disciplinar, **por si, não pode ser reconhecida como causa apta a ensejar nulidade, porque não demonstrado o prejuízo consequente dessa prorrogação. Nos termos da jurisprudência do STJ, não há nulidade no processo administrativo disciplinar a ser declarada quando não acarreta prejuízos.**

Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ: "[...] IV - Esta Corte pacificou entendimento segundo o qual o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não

gera, por si só, a nulidade do feito, **desde que não haja prejuízo ao acusado, em observância ao princípio do *pas de nulité sans grief***. [...]" (AgInt nos EDcl no RMS n. 36.312/PE, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 21/10/2021).

41. Inclusive, tal dogma é positivado no Código de Processo Penal, na forma do artigo 563, segundo o qual "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". Outrossim, a Súmula 592 do Superior Tribunal de Justiça - STJ acerca de alegação de nulidade em processo disciplinar, definiu que "O excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar só causa nulidade se houver demonstração de prejuízo à defesa. (SÚMULA 592, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017)"

42. Como verificado, a Concessionária em sua defesa teceu breves linhas sobre a alegação de nulidade e não cumpriu o ônus de demonstrar o efetivo prejuízo ao procedimento pela conduta praticada pela Agência no curso dos autos.

43. Em outro prisma, importa demonstrar a legalidade e suficiência da conduta da Agência. Dessa forma, como demonstrado na Nota Técnica SEI n.º 4132/2023 (17718438), a ANTT firmou com a EPL, atual INFRA S.A., Convênio de Cooperação Técnica (SEI 16892691e DOU de 30/04/2021- SEI 6276341) a fim de que a mesma realizasse a contratação e a gestão do contrato da auditoria independente. Consequentemente, "em 28/09/2022 a INFRA S.A. firmou o contrato com o verificador independente **Ernst & Young Et Associés – E&Y** (SEI 13857666)".

44. Contudo, provocada pela ANTT sobre a monitoração e o verificador independente, a INFRA S.A, por meio do OFÍCIO N.º 18/2022/ASSDIPLAN-INFRA/ASSDIPLAN-INFRA/DIREX-INFRA/CONSADINFRA/AG-INFRA (SEI 14552608), informou a inexistência de contratos específicos para monitoração. Ademais, apontou dificuldades orçamentárias referentes à LOA 2022 e à falta de previsão de recursos para 2023 para fazer *jus* à contratação pleiteada.

45. Diante desse cenário informado pela INFRA S.A., que relatou a impossibilidade de contratação em dezembro de 2022 por restrições orçamentárias, a ANTT "acionou sua empresa supervisora a fim de fornecer os dados de monitoramento, o que não se constituiu tarefa excepcional, dado que o quadro de parâmetros de desempenho levantados em campo é o mesmo a que a concessionária teria o dever de atender no contrato original", tudo com a pretensão de prosseguir o interesse público e cumprir os procedimentos legais.

46. Para cumprir tal objetivo, a ANTT acionou o Contrato Administrativo n.º 036/2019, firmado entre a ANTT e a empresa supervisora ENGENHO PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA.

47. Pela adoção de tal procedimento a Nota Técnica SEI n.º 4132/2023 (17718438) ainda registrou o seguinte (com grifos):

5.2.13. Com isso, salienta-se que o entendimento da SUROD é que a necessidade de acompanhamento do auditor independente **não impede a Agência de realizar seu monitoramento e submetê-lo à auditoria**. Assim, o monitoramento realizado dispensa o próprio verificador independente das aferições a ele devidas.

5.2.14. A conduta da SUROD foi a de utilização da empresa supervisora para levantamento dos dados necessários à fiscalização devia (*sic*), com análise de sua Gerência de Fiscalização - GEFOP, e **na intenção de submissão de toda a documentação pertinente produzida à auditoria do verificador independente, com vistas à convalidação**.

48. Ainda é relevante apontar que a adoção de outro procedimento não poderia alterar o resultado final da monitoração ou do Relatório Inicial de Transição, porquanto esse é composto por diversas informações prestadas pela própria concessionária. Em outros termos, a conclusão de que o valor do Indicador de Desempenho obtido pela Concessionária é 53,86%, deu-se pela direta e objetiva aplicação metodológica dos dados fornecidos pela própria CONCEBRA, conforme previsto na subcláusula 4.1.3 do Anexo II do 2º Termo Aditivo.

49. Acerca do presente, vale reforçar que a metodologia utilizada para se alcançar os resultados já era de conhecimento da Concessionária, porquanto expressamente previsto no inciso viii da subcláusula 12.2 do 2º Termo Aditivo firmando pela Concessionária e ANTT.

50. O que se clarifica é o seguinte: ainda que se considerasse anulável o ato administrativo, o que se admite pelo princípio da eventualidade, não se deve aplicar o efeito anulatório quando o fim visado pela exigência procedimental tenha sido atingido, ainda que por via diversa, ou quando a apreciação concreta dos fatos conduza a essa mesma conclusão.

51. Tal é o entendimento da doutrina, de regramentos contidos no ordenamento brasileiro e em ordenamentos jurídicos estrangeiros^[3]. Veja-se, por exemplo, que o Código de Processo Civil - CPC (Lei n.º 13.105/2015) estabelece o artigo 277 que, "[Q]uando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade". Outrossim, o parágrafo 1º do artigo 282 do CPC estabelece que o "ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte".

52. Assim, ao se analisar irregularidades que inflijam o processo, faz-se imprescindível que, independentemente do vício, seja aferida a ocorrência ou não de prejuízos. Tal valor ressoa a máxima segundo a qual não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*)^[4]. Ademais, deve-se verificar se, embora praticado de outro modo, o ato administrativo atingiu a finalidade pública estabelecida na legislação, bem assim, se a análise do caso concreto evidencie que se alcançaria o mesmo resultado.

53. Não é demais lembrar que, nos termos do artigo 15 do CPC de 2015, suas disposições se aplicam subsidiária e supletivamente aos processos administrativos^[5].

54. Nesta altura, retoma-se ao segundo questionamento apresentado pela SUROD/ANTT. Vejamos:

b) Com relação à alegada obrigatoriedade de levantamento de campo relativo ao cumprimento dos parâmetros de desempenho exigidos no Segundo Termo Aditivo ao Contrato, por parte do verificador independente, em detrimento da medida tomada pela SUROD, de levantamento dos parâmetros em questão por intermédio da empresa supervisora do trecho concedido, com posterior submissão dos resultados e toda a documentação produzida pela fiscalização à auditoria e convalidação do verificador independente, a fim de cumprir com o disposto no Decreto 9.957/2021, Seção I, Art. 7º, Parágrafo Único, cabe esclarecer:

i - o procedimento supracitado, adotado pela SUROD, daria causa à hipótese da nulidade aventada na defesa da concessionária?

ii - Não se sustentando o argumento da concessionária, poderia a Superintendência manter a providência de instar sua empresa supervisora a realizar os levantamentos de campo afetos aos parâmetros de desempenho necessários à fiscalização e apuração do Índice de Desempenho previsto no Segundo Termo Aditivo ao Contrato?

55. Portanto, acerca da alegação de nulidade apresentada pela Defesa, tem-se que se extrai da legislação e da jurisprudência dominante que, para que a Concessionária pudesse ver atendida alegação de nulidade, **deveria ter demonstrado que o procedimento adotado pela ANTT implicou em prejuízos ao procedimento, que o ato administrativo praticado de outro modo impediu a finalidade pública estabelecida na legislação e que o resultado poderia ter sido diverso, caso procedesse de outra forma.**

56.

57. Como exposto na questão trazida, apenas atos materiais "de levantamento dos parâmetros em questão" se deram "por intermédio da empresa supervisora do trecho concedido". Ademais, haverá a "posterior submissão dos resultados e toda a documentação produzida pela fiscalização à auditoria e convalidação do verificador independente".

58. Não é demais lembrar que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LIND, conforme alterações promovidas pela Lei n.º 13.665/2018, estabelece, no paragrafo 1º do artigo 22, que **na decisão sobre regularidade ou validade de "de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente."**

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. [\(Regulamento\)](#)

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

59. Nesse sentido, responde-se ao item b, i, no sentido de que não há nulidade nos atos praticados pela ANTT. Relativamente ao item b, ii, entende-se que se pode adotar a "providência de instar sua empresa supervisora a realizar os levantamentos de campo afetos aos parâmetros de desempenho necessários à fiscalização e apuração do Índice de Desempenho previsto no Segundo Termo Aditivo ao Contrato".

60. Nesta altura, não havendo outros apontamentos, segue-se para a conclusão.

3. CONCLUSÃO

Dessa forma, não existindo outras observações a serem feitas no momento, tendo em vista as razões e os argumentos aduzidos na presente manifestação, **opina-se** conforme seguimento:

61. A consequência imediata da desqualificação é a instauração ou retomada de processo de caducidade (Decreto n. 9.957/2019, art. 8º, XIII, 'a'), cuja natureza não é de sanção ou penalidade, mas de extinção da concessão. Portanto, ainda que fossem admissíveis os argumentos da Concessionária, não alterariam a consequência jurídica advinda do resultado apontado no Relatório Inicial de Transição, haja vista que em perfeito cumprimento do 2º Termo Aditivo.

62. Consequentemente, em resposta ao item 'a' da Nota Técnica SEI n.º 4132/2023/SUOD/DIR/ANTT (17718438), opina-se no sentido de que a nota explicativa da tabela contida no item 4.1.10 do Anexo I do Segundo Termo Aditivo ao Contrato, não prejudica ou obsta a aplicação das disposições contidas nas cláusulas 12.3.1 a 12.3.3.

63. Acerca da alegação de nulidade apresentada pela Defesa, extrai da legislação e da jurisprudência dominante que a Concessionária, para ver atendida alegação de nulidade, **deveria ter demonstrado que o procedimento adotado pela ANTT implicou em prejuízos ao procedimento, que o ato administrativo praticado de outro modo impediu a finalidade pública estabelecida na legislação e que o resultado poderia ter sido diverso, caso procedesse de outra forma.**

64. Ademais, pelo §1º do artigo 22 da LINDB, na decisão sobre irregularidade ou validade de atos administrativos deve-se sopesar as **circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.**

65. Como exposto na questão trazida, apenas atos materiais "de levantamento dos parâmetros em questão" se deram "por intermédio da empresa supervisora do trecho concedido". Ademais, haverá a "posterior submissão dos resultados e toda a documentação produzida pela fiscalização à auditoria e convalidação do verificador independente".

66. Ainda é relevante apontar que a adoção de outro procedimento não poderia alterar o resultado final da monitoração ou do Relatório Inicial de Transição, porquanto esse é composto por diversas informações prestadas pela própria concessionária. Em outros termos, a conclusão de que o valor do Indicador de Desempenho obtido pela Concessionária é 53,86%, deu-se pela objetiva aplicação metodológica dos dados fornecidos pela própria CONCEBRA, conforme previsto na subcláusula 4.1.3 do Anexo II do 2º Termo Aditivo.

67. Nesse sentido, responde-se ao item b - i, no sentido de que não há nulidade nos atos praticados pela ANTT. Relativamente ao item b - ii, entende-se que se pode adotar a "providência de instar sua empresa supervisora a realizar os levantamentos de campo afetos aos parâmetros de desempenho necessários à fiscalização e apuração do Índice de Desempenho previsto no Segundo Termo Aditivo ao Contrato", com a "posterior submissão dos resultados e toda a documentação produzida pela fiscalização à auditoria e convalidação do verificador independente".

68. Demais disso, após analisar se foi seguido pela ANTT o procedimento previsto no 2º Termo Aditivo, qual culmina na intimação da Concessionária para apresentar defesa diante da possibilidade de recomendação de desqualificação e, assim, da instauração ou retomada de procedimento de caducidade, opina-se no sentido de que a Agência operou segundo as normas e cláusulas apresentadas.

69. Enfatiza-se que a presente manifestação jurídica possui caráter opinativo, razão pela qual a Administração pode dela dissentir declinando suas razões. Ademais, a motivação, a justificativa e todos os dados técnicos e econômicos contidos no processo são de responsabilidade da Administração, que deverá ter certeza de sua exatidão.

À consideração superior.

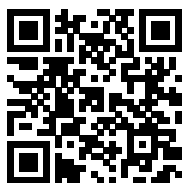
Brasília, data da assinatura eletrônica.

(assinado eletronicamente)

Renan Lopes Da Silva
Procurador Federal

Notas

1. [^] Vale dizer que, após busca no sistema SEI, percebeu-se que a PF-ANTT não possui acesso ao processo SEI 50500.005166/2022-73, no qual juntado o [RELATÓRIO DE ANÁLISE TÉCNICA COM P. SUROD 33/2022 15531372](#).
2. [^] Art. 8º São cláusulas obrigatórias do termo aditivo de que trata o [art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017](#), sem prejuízo de outras consideradas pertinentes pela agência reguladora competente: XIII - a previsão de que a desqualificação do empreendimento pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República implica: a) a imediata instauração ou a retomada de processo de caducidade eventualmente em curso contra o contratado originário; e b) o restabelecimento automático dos encargos, das obrigações e das condições vigentes antes da celebração do termo aditivo, considerado, para todos os efeitos, o tempo decorrido entre a data da celebração do termo aditivo e a desqualificação
3. [^] É o caso do Código do Procedimento Administrativo Português (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro), segundo o qual: Artigo 163.º Atos anuláveis e regime da anulabilidade. 5 - Não se produz o efeito anulatório quando: a) O conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível; b) O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via; c) Se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo. Também se pode verificar no Procedimento Administrativo Comum da Administração Pública do Reinado da Espanha (Ley 39/2015, de 1 de octubre). Artículo 51. Conservación de actos y trámites. El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción (ou O órgão que declara a nulidade ou anula o processo ordenará sempre a conservação dos atos e formalidades cujo conteúdo teria permanecido o mesmo se a infração não tivesse sido cometida.)
4. [^] FELÍCIO, Vinícius Mattos . *As nulidades no novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 40.
5. [^] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.



Documento assinado eletronicamente por RENAN LOPES DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1224413325 e chave de acesso c547ec03 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENAN LOPES DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 26-07-2023 15:24. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.