

PARECER JURÍDICO PRÉVIO

Ementa: 1. Análise prévia. 2. Direito Administrativo. 3. Procedimento de inexigibilidade de licitação, art. 74, I da Lei nº 14.133/2021. 4. Contratação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para estruturação de projeto de concessão dos serviços públicos de gestão de resíduos sólidos urbanos de interesse do Estado de Goiás 5. Orientações para instrução processual. 6. Decreto estadual nº 9.900/2021. 7. Decreto estadual nº 10.207, de 27 de janeiro de 2023. 8. Instrução Normativa SEAD nº 5, de 28 de novembro de 2023. 9. Existência de precedentes para inexigibilidade. 10. Aprovado, desde que atendidas as recomendações. 11. Responsabilidade do gestor sobre o enquadramento entre a situação meritória e a hipótese legal de inexigibilidade.

1. Trata-se de **Inexigibilidade de Licitação**, cujo objeto é a contratação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) paraestruturação de projeto de concessão dos serviços públicos de gestão de resíduos sólidos urbanos, prestados em todos os Municípios do Estado de Goiás.

2. Os autos (Documentação da Contratação SISLOG nº 104778) estão instruídos com os seguintes documentos pertinentes à análise do caso: Documento de Oficialização de Demanda (SISLOG nº 16483); Portaria de Contratação (SISLOG nº 16515); Parecer Técnico (SISLOG nº 16741); Estudo Técnico Preliminar (SISLOG nº 16928); Termo de Referência (SISLOG nº 19024); Orçamento Estimado (SISLOG nº 19945); Termo de Contrato (SISLOG nº 21341); Evidências do Orçamento Estimado (SISLOG nºs 21342 e 21343); Estudo Técnico Preliminar (SISLOG nº 21346); Proposta e documentos do melhor colocado (SISLOG nº 21917); Minuta de Termo de Homologação - Contratação Direta (SISLOG nº 21921); Evidência do ETP (SISLOG nº 22397); e Solicitação de Análise Jurídica (SISLOG nº 22751).

3. Nos termos do Orçamento Estimado (SISLOG nº 19945), o valor estimado da contratação é de**R\$ 15.708.190,19 (quinze milhões e setecentos e oito mil e cento e noventa reais e dezenove centavos)**.

4. Assim, por meio da Solicitação de Análise Jurídica (SISLOG nº 22751), os autos foram encaminhados a esta Procuradoria Setorial para análise e emissão de parecer jurídico prévio acerca da contratação direta.

5. É o que importa relatar.

6. Do cabimento deste opinativo.

6.1. A atuação da Procuradoria Setorial junto à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad) restringe-se a **questões de ordem jurídica**, a partir da estrita observância ao arcabouço legal. Desse modo, não serão objeto de análise desta Setorial questões de ordem técnica, sendo essas de atribuição dos órgãos técnicos competentes da Pasta. Outrossim, não compete a esta Setorial adentrar na esfera da conveniência e da oportunidade dos atos a serem praticados.

6.2. Preliminarmente, impõe-nos sublinhar o teor da Nota Técnica nº 1/2021 – GAPGE, exarado pelo Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, que trata de orientações gerais sobre a Lei Complementar estadual nº 58/2006, a qual dispõe sobre a organização da Procuradoria-Geral do Estado, após as alterações promovidas pela Lei Complementar estadual nº 164/2021.

6.3. Pela redação normativa disposta no diploma, o fluxo procedimental de processos relacionados a licitações, contratações, acordos, convênios ou ajustes de qualquer natureza, dos órgãos e entidades da administração direta e indireta do Poder Executivo foram atingidos por modificações significativas quanto à marcha processual. Dentre os destaques, está a redação dada ao art. 47 da Lei Complementar estadual nº 58/2006, modificada pela Lei Complementar estadual nº 164/2021, que passou a vigorar com o seguinte teor:

"Art. 47. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes de qualquer natureza, dos órgãos e das entidades da administração direta e indireta do Poder Executivo estadual deverão ser previamente examinadas e aprovadas pela Procuradoria-Geral do Estado, sem prejuízo da análise jurídica incidental ao longo do procedimento.

1º A competência prevista no caput é do procurador do estado chefe da procuradoria setorial do órgão ou da entidade interessada nas hipóteses em que as licitações, os contratos, os convênios, os acordos e os ajustes compreendam valores que não ultrapassem a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

§ 2º Acima do valor fixado no § 1º será necessária a manifestação jurídica do Procurador-Geral do Estado antes da formalização do ajuste, **sem prejuízo do exercício das competências do chefe da procuradoria setorial.**"

(grifos nossos)

6.4. Conforme o dispositivo acima, nos procedimentos de contratação, convênios e ajustes de qualquer natureza **cujo valor ultrapasse a cifra de R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais)**, é necessária a manifestação jurídica do Procurador-Geral do Estado (PGE), sem prejuízo da prévia análise pelo chefe da Procuradoria Setorial da entidade interessada.

6.5. Visto que o custo total estimado da contratação é de **R \$ 15.708.190,19 (quinze milhões e setecentos e oito mil e cento e noventa reais e dezenove centavos)** , o procedimento requer a análise por esta Setorial e pelo Gabinete do PGE.

6.6. No que compete à nossa análise, busca-se sanear preliminarmente este processo para o posterior envio e avaliação jurídica final do PGE.

7. Da fundamentação jurídica da contratação por inexigibilidade de licitação.

7.1. A licitação é o procedimento administrativo, por meio do qual a Administração Pública de todos os entes federados e as demais pessoas indicadas em lei, com o objetivo de garantir a isonomia, selecionam a melhor proposta por meio de critérios objetivos e impessoais para a celebração de contratos, visando promover o desenvolvimento nacional sustentável. O dever de licitar emana da própria Constituição Federal, que em seu art. 37, XXI, estabelece que *“as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”*.

7.2. Como exceção, no entanto, o referido dispositivo prevê a possibilidade de a Lei instituir ressalvas à realização da licitação, como nos casos de inexigibilidade previstos no art. 74 da Lei Federal nº 14.133/2021. Nesse sentido, verifica-se que a licitação será inexigível diante de inviabilidade de competição nas situações envolvendo: *(i)* soluções comercializadas com exclusividade (inviabilidade absoluta de competição); *(ii)* singularidade do objeto, de modo que, apesar de existir uma pluralidade de potenciais executores/fornecedores, não é possível definir critérios objetivos de comparação e julgamento de propostas (inviabilidade relativa de competição); ou, ainda, diante de *(iii)* credenciamento, quando a necessidade da Administração não puder ser satisfeita por meio da contratação de um ou de um número certo de particulares, mas, pelo contrário, exige/pressupõe como alternativa mais eficiente a contratação do maior número possível de interessados aptos a atendê-la.

7.3. O professor Joel de Menezes Niebuhr, em sua obra “Licitação Pública e Contrato Administrativo”, 1ª edição, p. 48, ao tratar sobre o tema inexigibilidade de licitação, esclarece essa:

"dirige-se aos contratos administrativos celebrados com pessoas que detenham técnica própria, que dispõem com exclusividade o objeto que a Administração pretende. Nessa linha, se só elas dispõem do objeto, não há o que se licitar, delineando-se a inviabilidade de competição – porque não há competidores – e, por ilação, a inexigibilidade."

7.4. Na mesma linha, Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos”, 13ª edição, p. 346, complementa:

"[...] Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cotejadas."

7.5. Registra-se, para fins de facilitar a compreensão e o enfrentamento do tema, que não é inédita a contração do BNDES por parte do Estado para a prestação de serviços relacionados à modelagem e estruturação de contratos de concessão.

7.6. Citamos, como paradigma, os autos de número 202000036011319, em que o tema foi debatido com maior profundidade, no qual o Banco foi contratado por inexigibilidade de licitação para estruturar outro projeto de concessão de ativos estaduais. Nele, foram proferidas manifestações jurídicas por parte da advocacia pública estadual: Parecer Jurídico 22 (000016818495), Despacho do Gabinete Nº Automático 2057 (000016937002), Despacho 8 (000017606941), Parecer Jurídico 4 (000018743007) e Despacho do Gabinete Nº Automático 306 (000018794430).

7.7. Assim, de antemão, são aqui aplicáveis as considerações que constam no tópico 3 do Parecer Jurídico 22 (000016818495) quanto à contratação direta do BNDES.

7.8. Isso porque o escopo dos serviços prestados pelo BNDES, por meio da operacionalização do Produto BNDES Serviços Estruturação de Projetos, enquadra-se na categoria de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual relativos a estudos técnicos, conforme art. 74, III, "a", da Lei Federal nº 14.133/2021.

7.9. Em relação à notória especialização, vejamos trecho citado no Parecer Jurídico 22 (000016818495):

"Nesse sentido, ao longo de sua existência, o BNDES atuou e tem atuado na estruturação de diversos projetos de parceria ente o setor público e privado, envolvendo desestatizações com modelagens variadas, em especial alienação de participações e concessões em diversos setores, como energia elétrica, telecomunicações, petroquímica, siderurgia, portos, aeroportos, rodovias, loteria, segurança hídrica, saúde, saneamento, iluminação pública, resíduos sólidos, gás natural, entre outros.

A participação do BNDES no tema desestatização se inicia ainda na década de 80, com a venda de empresas da carteira da BNDESPAR. Até o fim de 1989, foram realizados 17 processos de desestatização, com destaque para as privatizações da Aracruz e de diversas empresas do setor metalúrgico e siderúrgico.

No princípio dos anos 90, com o Programa Nacional de Desestatização (“PND”), o BNDES concentrou a coordenação do processo de alienação de ativos, sendo instituído como gestor do programa. Nessa década, foram concluídas privatizações emblemáticas, como Usiminas, CSN, Embraer, Vale, RFFSA e o Sistema Telebrás. Cabe ressaltar que a atuação do BNDES não esteve limitada a projetos de âmbito federal, tendo sido o banco o agente responsável por privatizações estaduais, especialmente no setor de distribuição de energia.

A tabela abaixo apresenta um resumo dos principais resultados obtidos com o programa de privatização, tanto em âmbito federal como em âmbito estadual.

PRIVATIZAÇÕES FEDERAIS 1990 - 2015		
	Nº de Processos	Resultado Total¹ (US\$ Milhões)
Total	99	63.743,83
PRIVATIZAÇÕES ESTADUAIS 1996 - 2002		
	Nº de Processos²	Resultado Total (US\$ Milhões)
Total	55	34.699

A partir do início dos anos 2000, acompanhando a evolução dos marcos legais de desestatização, o BNDES ampliou sua participação em estruturação de projetos de concessões e parcerias público-privadas, inicialmente atuando através do estabelecimento de parcerias.

A tabela abaixo apresenta um resumo dos principais projetos desenvolvidos nesse período.

CONCESSÕES E PPPs	
Setor	Projetos
Aeroportos	• Concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN) • Concessão dos aeroportos de Guarulhos (SP), Brasília (DF) e Viracopos (SP) • Concessão dos aeroportos do Galeão (RJ) e de Confins (MG)
Rodovias	• BR-116/324 (BA) • BA-093 na região metropolitana de Salvador • BR - 101 (BA/ES) • 9 lotes de rodovias federais da 3ª Etapa Fases 1 e 3 do Programa de Concessões
Saúde	• Unidades de Saúde Básica de Belo Horizonte (MG) • Hospital Metropolitano de Belo Horizonte (MG) • Hospital do Subúrbio (Salvador/BA) • Centro de Diagnóstico por Imagem (BA)
Saneamento	• Esgotamento sanitário do município de Serra (ES) • Esgotamento sanitário da Área de Planejamento 5 (Rio de Janeiro/RJ) • Esgotamento sanitário do município de Vila Velha (ES)
Educação	• Escolas - Unidades de Ensino Infantil e Escolas de Ensino Fundamental (Belo Horizonte/MG)
Mobilidade urbana	• Terminal rodoviário (Belo Horizonte/MG)
Valorização de ativos	• Estádio Mineirão (Belo Horizonte/MG)

Com a Lei nº 13.334/2016, que instituiu o Programa de Parcerias de Investimento (PPI), destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização, as atribuições do BNDES dentro do PND foram reforçadas. O BNDES reforçou sua atuação diretamente na condução dos estudos e passou a fomentar ativamente novos projetos em todas as esferas de governo, além de continuar a gerir os projetos incluídos no PND.

No âmbito do PPI, o BNDES está possui importante papel, entre outras atividades, em apoiar os entes subnacionais na estruturação de projetos de desestatização. Nesse ponto, o PPI corroborou a atribuição constante do art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.491/1997, pelo qual o BNDES pode firmar acordos para supervisionar processos de desestatização de entes subnacionais. Nessa linha, o art. 10, inciso VI, de seu Estatuto, transcrito acima, autoriza o BNDES a “contratar estudos técnicos e prestar apoio técnico e financeiro, inclusive não reembolsável, para a estruturação de projetos que promovam o desenvolvimento econômico e social do País.”

A carteira atual de estruturação de projetos de desestatização do BNDES contempla mais de 40 (quarenta) projetos em diferentes estágios de desenvolvimento, atendendo a diversos entes públicos em diferentes setores, tais como saneamento básico, iluminação pública, distribuição e geração de energia, gás natural e projetos de gestão de patrimônio imobiliário. Desse modo, verifica-se a experiência consolidada e notória especialização do BNDES na estruturação de projetos em diversos níveis federativos."

7.10. Quanto ao caráter intelectual da contratação, há de se ter em vista que o fornecedor é banco público, que possui como objetivo estatutário "apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País". Atua no setor desde a década de 80, possuindo um imenso portfólio e inegável expertise no setor. O próprio Programa Nacional de Desestatização, reconhecendo a posição de destaque do BNDES e sua competência técnica, preconiza que "o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, por determinação do Conselho Nacional de Desestatização, definido nesta Lei, e por solicitação de Estados ou Municípios, poderá firmar com eles ajuste para supervisionar o processo de desestatização de empresas controladas por aquelas unidades federadas, detentoras de concessão, permissão ou autorização para prestação de serviços públicos, observados, quanto ao processo de desestatização, os procedimentos estabelecidos nesta Lei". Assim, parece inegável a presença do segundo requisito.

7.11. Por fim, ainda que não seja um requisito estabelecido pela Nova Lei de Licitações, quanto à singularidade do objeto, cumpre mencionar que o Tribunal de Contas da União (TCU) a entende como “a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador. A singularidade não está associada à noção de preço, de localidade, de cor ou de forma” (Acórdão nº 1.299 – TCU – Plenário). O objeto relacionado à estruturação de projetos de desestatização parece se enquadrar com tranquilidade no conceito de "objeto singular".

7.12. Desse modo, conclui-se pela viabilidade jurídica da contratação direta do BNDES por inexigibilidade de licitação.

8. Da justificativa para a contratação (SISLOG nº 16928).

8.1. Foi consignado, no Estudo Técnico Preliminar (ETP), a justificativa para a contratação, elaborado pela área técnica responsável, vejamos:

"1.6. A presente contratação justifica-se pela necessidade de atendimento às Leis Federais nº 11.445/2007, nº 12.305/2010 e nº14.026/2020; aos prazos estabelecidos para do fechamento dos lixões por meio do Decreto Estadual nº 10.367/2023; às exigências do Plano Nacional de Resíduos Sólidos (Planares), do Plano Estadual de Resíduos Sólidos (PERS) e da Lei Estadual Complementar nº 182, de 22 de maio de 2023 e o papel da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD) na busca para dar suporte para que o cenário da gestão ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos (RSU) em Goiás torne-se uma realidade.

Desta forma, tomando por base as determinações legais pertinentes aos serviços públicos de RSU, o Estado de Goiás entende adequado proceder com **a contratação de um estudo técnico amplo, a ser desenvolvido com a supervisão do BNDES, tendo por escopo a modelagem de um projeto de concessão regionalizada dos serviços de RSU domiciliares abrangendo todos os municípios localizados no Estado de Goiás."**

(grifos nossos)

8.2. Cabe reiterar que não é de atribuição desta unidade consultiva imiscuir-se em questões de ordem técnica do setor de compras governamentais e apoio logístico desta Pasta. Logo, a motivação de atos administrativos e gerenciais são aqui tomados como parâmetro, uma vez que gozam da presunção de legalidade e encontram baliza na teoria dos motivos determinantes. A esse respeito já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

"Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido."

8.3. A área técnica, no Estudo Técnico Preliminar, declara que a melhor solução para o caso em tela é a contratação de empresa especializada na prestação de consultoria especializada para modelagem da concessão de resíduos sólidos urbano, vejamos:

"Justificativa da escolha da solução:

2.6. A análise das opções oferecidas pelo mercado, conforme relatado neste ETP, demonstra que a solução escolhida é a que melhor atende à finalidade pública, especialmente pelos seguintes fatos e fundamentos:

Nos termos do art. 6, inciso XIX, da Lei nº 14.133/2021, a notória especialização é a “qualidade do profissional ou de empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Nessa linha, dada sua qualidade de empresa pública federal, **a participação do BNDES agrega principalmente com uma abordagem técnica imparcial, que, somada a sua experiência em estruturação e financiamento de longo prazo de projetos de infraestrutura, busca conciliar interesses públicos e privados para o atingimento do melhor resultado para a sociedade**. Como se verifica, nas últimas décadas, o BNDES vem fomentando os diversos setores de economia, figurando concomitantemente como financiador, investidor e estruturador de projetos."

(grifos nossos)

8.4. No contexto da Lei Federal nº 14.133/2021, resta demonstrada a necessidade da Administração e o interesse público envolvido na contratação.

9. Da análise da minuta de contrato (SISLOG nº 21341).

9.1. De início, é relevante registrar que o Banco já possui uma minuta padronizada para esse tipo de contratação. São décadas realizando projetos de estruturação de concessões, passando por constantes escrutínios dos órgãos de controle, em especial do TCU, e aprendendo com os erros e falhas cometidos em experiências anteriores. De toda forma, por se tratar de um contrato a ser firmado entre dois entes que integram a administração pública (ainda que de esferas distintas), há uma natural paridade entre os contratantes, a nossa compreensão é de que nada impede a negociação do teor do contrato e de suas cláusulas, algo que pode ser ponderado e deliberado pelo Estado de Goiás, caso entenda conveniente e oportuno.

9.2. Nesse sentido, mesmo que se esteja diante do que se assemelha um contrato de adesão, **a presente análise jurídica é necessária especialmente para se evidenciar ou se demandar a justificativa de suas previsões, cotejando-as com o interesse público**. Dito isso, vejamos as cláusulas mais relevantes da minuta.

PRIMEIRA - OBJETO

9.3. A minuta estabelece a contento o objeto contratual, qual seja, "a prestação de serviços técnicos especializados para a estruturação de projeto de concessão dos serviços públicos de gestão de resíduos sólidos urbanos, prestados em todos os Municípios do Estado de Goiás ("PROJETO"), conforme disposto no Anexo I (Termo de Referência – Atuação BNDES) e Anexo II (Especificações dos Serviços Técnicos – Atuação Consultores Técnicos)."

SEGUNDA - OBRIGAÇÕES DAS PARTES

9.4. As obrigações das partes estão bem definidas. Foram fixadas como obrigações do Banco:

- "a. executar e coordenar a produção dos estudos técnicos especializados para a execução do objeto previsto na Cláusula Primeira (Objeto);
- b. realizar a contratação de terceiros para executar os serviços técnicos necessários à execução do objeto previsto na Cláusula Primeira (Objeto);
- c. designar preposto para representar o BNDES na execução deste Contrato;
- d. manter a equipe técnica do CLIENTE envolvida e informada sobre a execução dos serviços técnicos;
- e. encaminhar ao CLIENTE os produtos resultantes da execução dos serviços técnicos;
- f. comunicar ao CLIENTE quaisquer anormalidades ou eventos que venham a inviabilizar a continuidade da execução dos serviços, objeto deste Contrato, para a adoção de medidas corretivas; e
- g. comunicar ao CLIENTE qualquer necessidade de readequação do cronograma de execução do PROJETO que se faça necessária à concretização dos objetivos ora pactuados, na forma do Parágrafo Primeiro desta Cláusula;
- h. prestar apoio técnico ao CLIENTE na interlocução e apresentação das informações técnicas eventualmente exigidas pelos órgãos públicos competentes para a instrumentalização de processos, bem como para a tomada de decisões referentes ao PROJETO;
- i. prestar suporte ao CLIENTE durante a realização de eventos de interação com os agentes de mercado e sociedade civil, incluindo a realização e preparação de respostas aos questionamentos e contribuições apresentados nos processos de consulta e audiência públicas; e j. prestar suporte ao CLIENTE no processo de licitação até a delegação dos serviços a que se refere o PROJETO à iniciativa privada;
- k. adotar as providências necessárias para a prestação dos serviços técnicos de assessoria operacional ofertados pela B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO, no tocante à fase externa do processo licitatório do PROJETO, caso o CLIENTE manifeste o interesse em contar com tais serviços, nos termos do Contrato celebrado, em 30/12/2021, entre o BNDES e a B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO (Contrato OCS nº 0302/2021), ou de outro contrato de prestação de serviços que venha a ser posteriormente celebrado entre o BNDES e a B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO com objeto semelhante."

9.5. Tais obrigações apenas dão contornos gerais ao apoio técnico contratado, que possuem maior detalhamento nos Anexos I e II.

9.6. Por ensejo, como mero apontamento formal, embora a minuta mencione a existência de um **Anexo II (Especificações dos Serviços Técnicos – Atuação Consultores Técnicos)**, este aparentemente foi apresentado de modo apartado da minuta contratual por meio do Documento SISLOG nº 22397. Assim, sugere-se que o arquivo correspondente às especificações dos serviços técnicos para atuação dos consultores seja devidamente nomeado como Anexo II, bem como que acompanhe a minuta do contrato e o Anexo I.

9.7. Ultrapassada a observação acima, verifica-se que também constam na minuta as obrigações a cargo do Estado:

- "a) fornecer ao BNDES, de maneira organizada, materiais, dados, informações, esclarecimentos, acessos e autorizações relacionados ao projeto descrito na Cláusula Segunda (Natureza e Finalidade) e necessários ao alcance dos objetivos deste CONTRATO;
- b) realizar todas as diligências necessárias para a disponibilização das informações e documentos solicitados pelo BNDES que não estejam sob a sua guarda ou acesso direto;
- c) proporcionar as condições para que o BNDES possa cumprir com suas obrigações;
- d) acompanhar a execução do presente CONTRATO e se manifestar sobre o conteúdo dos produtos elaborados, observado o disposto no Parágrafo Segundo desta Cláusula;
- e) designar equipe técnica para acompanhar e colaborar com as atividades necessárias ao cumprimento do objeto deste CONTRATO;
- f) designar gestor de projeto para:

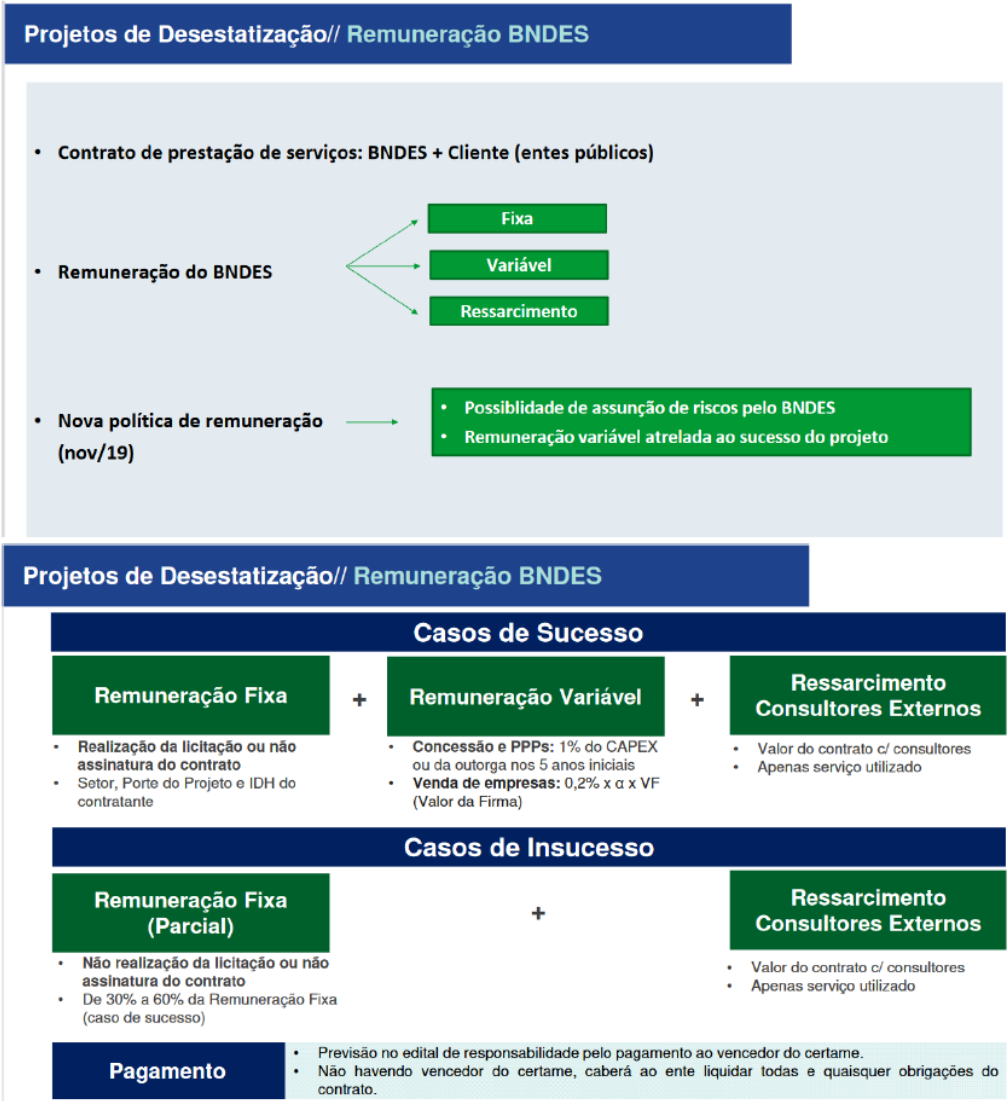
- f.1) agendar e realizar reuniões periódicas de acompanhamento das atividades previstas neste CONTRATO e tomada de decisão sobre questões pendentes; e
- f.2) promover a interlocução e representar a equipe técnica do ESTADO perante o BNDES;
- g) realizar a interlocução perante órgãos públicos e entidades das esferas municipal, estadual e federal, cuja participação seja necessária para a realização do(s) PROJETO(S);
- h) notificar o BNDES, justificadamente e por escrito, as ocorrências de eventuais inconformidades encontradas no decorrer da execução dos SERVIÇOS TÉCNICOS, solicitando adequações e alterações;
- i) fiscalizar a execução do CONTRATO;
- j) obter as aprovações necessárias perante as instâncias competentes em âmbito municipal, estadual e federal e perante os órgãos de controle e fiscalização, podendo-se valer, para tanto, dos subsídios técnicos do BNDES, na forma do CONTRATO, quando aplicável;
- k) realizar e conduzir os processos de consulta pública, audiência pública e as LICITAÇÕES, e
- l) estipular, no edital de licitação do projeto, que a comprovação do pagamento ao BNDES dos valores previstos nas Cláusulas Quarta (Remuneração) e Quinta (Ressarcimento de gastos com terceiros), incluindo, preferencialmente, eventuais gastos com terceiros a serem incorridos pelo BNDES após a publicação daquele edital, constitui condição para a celebração do contrato de concessão com o vencedor do processo licitatório."

9.8. Até o momento, não se vislumbra cláusula juridicamente questionável.

TERCEIRA - REMUNERAÇÃO

9.9. Inicialmente, verifica-se que não foram especificados valores para o presente caso.

9.10. De todo o modo, para melhor compreensão do sistema remuneratório, extraiu-se as imagens a seguir do já citado Parecer 22 (000016818495), proferido no Processo SEI nº 202000036011319, relativo a contratação similar:



9.11. Se a estrutura remuneratória for a mesma para este caso - premissa essa que deve ser confirmada pelas unidades competentes -, em caso de sucesso do projeto, o Estado nada pagará. Um valor (ainda não definido), a título de parcela fixa, bem como a parcela variável, serão assumidos pelo licitante vencedor, conforme previsão que constará no edital da futura concessão.

9.12. Somente nos casos de insucesso, o Estado arcará com algum ônus financeiro. Nessa hipótese, não haverá pagamento de remuneração variável, pois esta somente é devida ao Banco nos casos de sucesso. O BNDES, ainda, adota uma política de compartilhamento de riscos com o contratante, de modo que, no caso de fracasso do processo, a remuneração fixa a ser paga pelo Estado ao contratado é reduzida. Por fim, no caso de insucesso, ao Estado caberá ressarcir os consultores externos eventualmente contratados pelo Banco. O montante máximo que o Banco poderá gastar com consultores externos será fixado, oportunamente, no contrato. Desta forma, parece-nos que o Estado apenas precisará emitir documentos orçamentários considerando o cenário de insucesso, reservando valores para pagamento ao BNDES de parte da remuneração fixa e do máximo que o Banco poderá gastar com consultores externos.

9.13. Quanto ao valor em si, é tranquilo entendimento no sentido de que nos casos de inexigibilidade de licitação, a razoabilidade do valor "poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos" (Orientação Normativa nº 17 da Advocacia-Geral da União).

9.14. Ainda tendo como referência a proposta apresentada pelo BNDES no Processo SEI nº 202000036011319 (000016818425), é dito que cabe à instituição "demonstrar que a sua prática de mercado observa condições pré-definidas em seus normativos internos, segundo critérios previamente estipulados, os quais são aplicados aos entes e projetos que se encaixem no mesmo perfil". No mesmo documento, consta:

"Metodologia de precificação

As condições para pagamento dos valores devidos ao BNDES, a título de remuneração, são reguladas por um Contrato de Estruturação de Projeto a ser firmado com o ente público contratante. Os critérios usados para fins de precificação dos valores devidos ao BNDES encontram-se detalhados nos subtópicos a seguir.

Tipologias de remuneração: fixa e/ou variável

A remuneração recebida pelo BNDES poderá ser definida a partir da conciliação de duas tipologias de parcelas: (a) fixa e (b) variável.

A escolha entre prever parcela fixa e/ou parcela variável depende das características de cada projeto a ser estruturado. Essa definição ocorre no caso concreto, com base em fatores ponderados pelas equipes do BNDES a frente do projeto.

Remuneração Fixa

Os valores a serem cobrados a título de remuneração fixa serão calculados de modo objetivo, partindo-se de um preço-base que será multiplicado por fatores referentes às características do setor, projeto e cliente, conforme a tabela abaixo.

	Baixo IDH			Médio IDH			Alto IDH			Projetos Federais		
	Pequeno	Médio	Grande	Pequeno	Médio	Grande	Pequeno	Médio	Grande	Pequeno	Médio	Grande
Iluminação Pública	830.000	920.000	1.000.000	1.050.000	1.150.000	1.250.000	1.300.000	1.400.000	1.500.000	-	-	-
Presídios	830.000	920.000	1.000.000	1.050.000	1.150.000	1.250.000	1.300.000	1.400.000	1.500.000	1.450.000	1.600.000	1.750.000
Saneamento Municipal	1.110.000	1.220.000	1.330.000	1.400.000	1.550.000	1.700.000	1.700.000	1.900.000	2.000.000	-	-	-
Rodovia	1.400.000	1.550.000	1.700.000	1.800.000	1.900.000	2.100.000	2.100.000	2.300.000	2.500.000	2.500.000	2.750.000	3.000.000
Energia	1.400.000	1.550.000	1.700.000	1.800.000	1.900.000	2.100.000	2.100.000	2.300.000	2.500.000	2.500.000	2.750.000	3.000.000
Aeroporto	1.700.000	1.850.000	2.000.000	2.100.000	2.300.000	2.500.000	2.500.000	2.800.000	3.000.000	3.000.000	3.250.000	3.500.000
Saneamento Estadual	2.000.000	2.200.000	2.400.000	2.500.000	2.750.000	3.000.000	3.000.000	3.300.000	3.600.000	-	-	-
Resíduos Sólidos Urbanos	2.000.000	2.200.000	2.400.000	2.500.000	2.750.000	3.000.000	3.000.000	3.300.000	3.600.000	-	-	-
Ferrovia	2.000.000	2.200.000	2.400.000	2.500.000	2.750.000	3.000.000	3.000.000	3.300.000	3.600.000	3.500.000	3.850.000	4.200.000
Portos	2.000.000	2.200.000	2.400.000	2.500.000	2.750.000	3.000.000	3.000.000	3.300.000	3.600.000	3.500.000	3.850.000	4.200.000
Mobilidade Urbana	1.400.000	1.550.000	1.700.000	1.800.000	1.900.000	2.100.000	2.100.000	2.300.000	2.500.000	-	-	-
Gas	2.500.000	2.750.000	3.000.000	3.200.000	3.500.000	3.800.000	3.800.000	4.200.000	4.500.000	-	-	-

Conforme observado, os critérios previstos na tabela consideram diversos fatores econômico-sociais relativos aos projetos e pertinentes à missão institucional do BNDES, tais como características referentes ao ente apoiado, índice de Desenvolvimento Humano/IDH da população atendida, potencial de geração de externalidades e porte o projeto. Sobre esse último aspecto, para cada setor constante da tabela acima foi definido pelo BNDES uma linha de corte seguindo critérios específicos de cada setor que define se um determinado projeto possui porte pequeno, médio ou grande. Verifica-se, portanto, para fins de precificação da remuneração fixa devida ao BNDES, o manejo de critérios objetivos.

Cabe destacar ainda que nos casos em que o projeto não estiver inserido em nenhum dos setores indicados da tabela, a equipe do BNDES deverá fazer uma avaliação do caso específico e buscar estabelecer uma analogia em relação à complexidade, impacto e porte do projeto em relação a um dos setores definidos na tabela.

Remuneração variável

Os valores devidos a título de remuneração variável podem variar de 0% (neste caso não há remuneração variável) a 3% sobre uma base de cálculo a ser definida no Contrato de Estruturação de Projeto. Como exemplos de base de cálculo podem ser mencionados o produto auferido na alienação de controle de companhia estadual e o valor de outorga pago pelo licitante vencedor de certame concessório.

Destaque-se que outras tipologias de base de cálculo podem ser negociadas entre as partes, tendo em vista as características em concreto do projeto a ser modelado. Destaque-se que a previsão de cobrança de uma parcela de remuneração variável se remete ao que historicamente foi praticado no âmbito do Programa Nacional de Desestatização – PND, regido pela Lei nº 9.491/1997 (Nesse sentido: “Art. 21. Ao Gestor do Fundo Nacional de Desestatização caberá uma remuneração de 0,2% (dois décimos por cento) do valor líquido apurado nas alienações para cobertura de seus custos operacionais, bem como o ressarcimento dos gastos efetuados com terceiros, necessários à execução dos processos de desestatização previstos nesta Lei. Parágrafo único. Na hipótese de alienação de participações minoritárias, cujo valor seja de pequena monta, a juízo do Gestor do Fundo Nacional de Desestatização, poderão ser dispensados a cobrança de remuneração e o ressarcimento dos gastos de que trata este artigo.”)."

9.15. Não parece existir qualquer tipo de óbice jurídico a tal modelo remuneratório, porém faz-se necessário que o Banco ou a unidade demandante confirmem a utilização da mesma metodologia de precificação e dos mesmos parâmetros.

QUARTA - RESSARCIMENTO DE GASTOS COM TERCEIROS

9.16. Quanto a tal aspecto, a minuta dispõe que:

"O CLIENTE se obriga a ressarcir o BNDES pelos gastos incorridos com a contratação de terceiros na prestação dos serviços técnicos necessários para elaboração do PROJETO, no valor de até R\$ (●) ((●)), corrigido pro rata die, desde a data da formalização jurídica deste Contrato, pelo IPCA, observado o parágrafo primeiro desta Cláusula, até o último IPCA disponível no momento da cobrança."

9.17. Além da natural observância ao § 4º do art. 74 da Lei de Licitações, que veda a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade, importa analisarmos a existência de parâmetros quantitativos e qualitativos para a contratação de terceiros.

9.18. Nesse sentido, primeiramente, verifica-se que a fixação de valor a ser pago a título de ressarcimento das referidas subcontratações atende ao aspecto da limitação quantitativa derivado do art. 122, caput, da Lei Federal nº 14.133/2021:

"Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.

(grifos nossos)"

9.19. Por outro lado, não foi identificado, na minuta contratual, mecanismo que obrigue o Banco a demonstrar ao Estado de Goiás que o terceiro contratado apresentou a melhor proposta, assim entendida não só com relação aos valores - visto que o critério de menor preço pode não ser o mais adequado -, mas também com relação à qualificação e reputação dos contratados.

9.20. Eventual subcontratação (ou ressarcimento de terceiros) deve, igualmente, considerar todos os princípios envolvidos nas contratações públicas, sobretudo o da vantajosidade. Do contrário, o contratado pela administração pública teria o aval para anuir com propostas inexequíveis ou superfaturadas, provocando, por consequência, falhas na execução do objeto principal (contrato ora analisado).

9.21. Inclusive, é visando a evitar esse cenário que os parágrafos do art. 122 da Lei Federal nº 14.133/2021 preveem:

"§ 1º O contratado apresentará à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.

§ 2º Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

§ 3º Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação."

9.22. Logo, sugerimos uma reflexão quanto à possibilidade de um maior detalhamento do limite autorizado para subcontratações, seja sob o viés quantitativo, por meio, por exemplo, da comparação de preços entre as propostas de subcontratação; seja do ponto de vista qualitativo, quando a natureza da subcontratação exigir a maior avaliação de quesitos técnicos.

QUINTA - PAGAMENTO

9.23. Ainda em relação ao ressarcimento de terceiros, indica-se que a previsão da possibilidade de que o ressarcimento de "tais gastos serem cobrados do vencedor do certame concessório, nos termos da Cláusula Quinta (Pagamento)", sob a justificativa de não haver ônus para o Estado, não afasta as observações deste opinativo.

9.24. Mesmo que se concretize a hipótese de o licitante vencedor (futuro concessionário do serviço de gestão de resíduos sólidos) arcar com o dispêndio dos ressarcimentos, há o potencial de perda indireta pela Administração Pública, já que os lances do leilão que precederá a futura concessão terão em conta valores a serem desembolsados com o Banco e/ou com os terceiros contratados.

9.25. É dizer: supondo uma licitação cujo critério de julgamento envolva o valor da outorga a ser paga (incisos II, III, VI ou VII do art. 15 da Lei de Concessões), a formação dos preços pelos licitantes seguramente levará em consideração eventuais custos provenientes do ressarcimento de contratações de terceiros pelo BNDES. Desse modo, o ganho decorrente da adjudicação contratual pelo Estado poderia ser diminuído. Por esse fundamento, entendemos ser pertinente a reflexão sobre algum critério de aferição da qualidade e/ou economicidade da contratação de terceiros, ou mesmo que os autos sejam acrescidos com manifestação técnica da futura contratada que nos esclareça os procedimentos e rotinas adotados para esses casos.

9.26. Por fim, consideramos salutar um esclarecimento sobre o parágrafo quarto da presente cláusula, com a seguinte redação:

"Para fins de aplicação do Parágrafo Terceiro desta Cláusula, constituem hipóteses que caracterizam o insucesso na desestatização:

I. desistência do CLIENTE em continuar com a estruturação ou implementação do PROJETO, manifestada por escrito ao BNDES a qualquer tempo após a assinatura deste Contrato;

II. omissão do CLIENTE quanto a tomada de decisão, realização de ato ou fornecimento de informações e documentos, necessários à execução do objeto deste Contrato, incluindo os relacionados ao início dos processos de consulta pública e licitação do Projeto, por prazo superior a 60 (sessenta) dias corridos, contados da solicitação formalizada pelo BNDES junto ao CLIENTE;

III. inviabilidade técnica, devidamente fundamentada pelo BNDES com base no seu entendimento sobre aspectos de operação, jurídico-regulatórios ou econômico-financeiros, de estruturar e licitar o PROJETO conforme o modelo de negócios, premissas e definições de escopo estabelecidas pelo CLIENTE.

IV. realização, quando aplicável, de processo licitatório deserto ou fracassado e que não seja reiniciado no prazo de 90 (noventa) dias corridos, observado o inciso VII deste Parágrafo;

V. recomendação ou determinação expressa de autoridade competente que acarrete suspensão por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias corridos ou interrupção definitiva que impeça a realização ou continuidade do PROJETO;

VI. ocorrência de caso fortuito ou força maior que sejam impeditivos para a realização ou continuidade do PROJETO;

VII. transcurso do prazo de vigência previsto na Cláusula Oitava (Vigência), sem que haja sucesso no PROJETO;"

9.27. Embora não haja matriz de riscos na minuta ora analisada, é certo que todo contrato, por sua própria natureza, distribui incentivos e aloca riscos. Nesse sentido, as hipóteses de que caracterizam o insucesso na desestatização parecem alocar riscos inerentes ao objeto do contrato para o cliente, isentando, de modo abrangente, o contratado. Nisso não há, *a priori*, qualquer mal. Mas reputamos que o exame jurídico, para além de simplesmente apontar situações no binômio "lícito-ilícito", serve também para trazer à superfície aspectos que possam passar despercebidos pelas instâncias técnicas e políticas, razão pela qual prosseguimos na análise.

9.28. A boa prática da modelagem contratual envolve alocar riscos a quem: (i) possui maior capacidade de evitá-los; (ii) possua maior aptidão para internalizar as consequências econômicas da implementação do risco ou (iii) ainda quem melhor possa segurá-lo, caso haja possibilidade.

9.29. No caso dos riscos jurídico-regulatórios, embora uma primeira análise leve a crer se tratar de fatos alheios à vontade ou à capacidade dos contratantes, que poderia caracterizar álea externa, entendemos que essa compreensão não é exauriente. Se é certo que as partes contratantes não detêm controle sobre a atuação de instâncias externas que, por exemplo, venham a alterar ou revogar os atos normativos pertinentes ao projeto por razões de conveniência e oportunidade, também é real que uma declaração de inconstitucionalidade envolve os aspectos técnicos intrinsecamente ligados ao objeto da contratação da consultoria.

9.30. Não custa relembrar que, de acordo com o Anexo II, os serviços especializados a serem prestados por terceiros envolvem "*Elaboração de minutas de instrumentos legais e regulamentos administrativos, como projetos de lei, decretos e outros atos normativos, administrativos ou contratuais que se revelem necessários, ao longo do processo de estruturação, para viabilizar a licitação da CONCESSÃO dos SERVIÇOS DE MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS, incluindo as minutas necessárias para as aprovações legislativas para o PROJETO*" (item 18.1.1). Logo, é lícito cogitar que, ao menos nos riscos jurídicos e regulatórios referentes aos atos normativos cujas minutas foram elaboradas pela assessoria técnica contratada, não se trata propriamente de evento totalmente alheio às partes contratantes e, salvo melhor juízo, a contratada (ou os terceiros por ela escolhidos) teria maior capacidade de evitar a sua concretização.

9.31. Longe de pretender predefinir a modelagem contratual adequada, elencamos esses aspectos apenas com o intuito de promover a reflexão para as partes contratantes, a fim de que, em seu juízo de conveniência e oportunidade, examinem com maior consciência os riscos e benefícios que as cláusulas contratuais oferecem.

9.32. Aproveitando o ensejo, entendemos pertinente o esclarecimento sobre qual seria a "autoridade competente" a quem se refere o item V. Em se tratando de suspensão contratual, poder-se-ia cogitar do controle interno ao controle externo, de natureza administrativa e judicial.

DÉCIMA - PENALIDADES

9.33. Quanto à presente cláusula, chama atenção a seguinte previsão do parágrafo quinto:

"A imposição da penalidade de multa **somente ocorrerá quando houver reincidência de inexecução contratual e após aplicada a penalidade de advertência**, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

(grifos nossos)"

9.34. Ademais, o Item I do parágrafo sexto ainda condiciona a aplicação da penalidade:

"I. tenha havido **reincidência comprovada do BNDES após a aplicação definitiva da penalidade de multa**; e

(grifos nossos)"

9.35. Nesse ponto, primeiramente, importa verificar que a Lei Federal nº 14.133/2021 não prevê a necessidade de reiteração do comportamento infracional para que haja penalização, tampouco exige que essa repetição remeta à mesma espécie de infração cometida anteriormente (reincidência específica). Ademais, também deve ser alertado que, nas relações contratuais de modo geral, é desnecessária a comprovação da definitividade do apenamento anterior a fim de que se caracterize a reincidência e, consequentemente, penas mais severas, tais quais a suspensão do direito de contratar e a declaração de inidoneidade.

9.36. Na verdade, a Lei Federal nº 14.133/2021 prescreve que, independentemente de prévia advertência, de reiteração e de definitividade, qualquer atraso injustificado pela contratada é considerado mora e, assim, é apto a gerar multa. Sem prejuízo, a administração pública pode converter tal penalidade pecuniária em compensatória, promovendo a extinção unilateral do contrato cumulada com outras sanções:

"Art. 162. O atraso injustificado na execução do contrato **sujeitará o contratado a multa de mora**, na forma prevista em edital ou em contrato.

Parágrafo único. A aplicação de multa de mora não impedirá que a Administração **a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções previstas nesta Lei**.

(grifos nossos)"

9.37. Mas, na nossa compreensão, essas disposições legais não tornam ilícitas as cláusulas analisadas. Particularmente, entendemos legítimo que as partes estabeleçam um escalonamento sancionatório, que parte de uma premissa de razoabilidade e proporcionalidade, privilegiando a orientação em detrimento da punição. Evidenciamos esses aspectos apenas para demonstrar que, novamente, trata-se de modelagem contratual que estabelece seus próprios riscos e incentivos, o que deve ser ponderado.

9.38. Ainda no que se refere às penalidades, é importante a compreensão do mecanismo de adimplemento das multas incorridas pela contratada previsto no parágrafo sétimo:

"As Partes estabelecem que as multas eventualmente aplicadas ao BNDES serão, **em qualquer hipótese**, deduzidas dos créditos a ele devidos nos termos do presente CONTRATO.

(grifos nossos)"

9.39. Em uma primeira leitura, o disposto acima parece refletir a inteligência art. 139, IV, da Lei Federal nº 14.133/2021, que traz como efeito para extinção contratual por ato unilateral da administração pública: *IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas*.

9.40. A ideia é que, uma vez prejudicada por eventual conduta do contratado - na hipótese tendente a ensejar multa -, a administração pública tenha seu patrimônio recomposto mediante a compensação descrita acima.

9.41. Acontece que, considerando o êxito do contrato junto ao BNDES, com a futura adjudicação do serviço público de gestão de resíduos sólidos, o concessionário seria o responsável por realizar o pagamento pelo serviço técnico ora analisado diretamente ao Banco, em uma espécie de assunção da dívida do presente contrato em que o Estado figura como cliente.

9.42. Por consequência, eventual retenção de valores, em razão de penalidade incorrida pelo Banco, beneficiaria o futuro delegatário do serviço, responsável pelo pagamento, e não o Poder Público.

9.43. Portanto, ciente dessa circunstância, nada impede que seja incluída no contrato a previsão de que, na hipótese em que o concessionário se subrogar no adimplemento do presente contrato com o Banco, o crédito relativo a eventual penalidade praticada por este contratado permanecerá sendo de direito do Estado, enquanto parte prejudicada pelo eventual descumprimento contratual.

DÉCIMA OITAVA - FORO

9.44. Com relação à eleição do foro do Rio de Janeiro e da sede do BNDES, importante ressaltar que o art. 52 do Código de Processo Civil estabelece que "É competente o foro de domicílio do réu para as causas em que seja autor Estado ou o Distrito Federal.". Além disso, o parágrafo único do mesmo dispositivo foi interpretado pelo Supremo Tribunal Federal de modo "restringir a competência do foro de domicílio do autor às comarcas inseridas nos limites territoriais do estado-membro ou do Distrito Federal que figure como réu". Desse modo, a cláusula em questão estabelecerá conformação diversa ao foro no caso em tela, traduzindo negócio jurídico processual típico, o que é admitido pelo art. 63 do Código de Processo Civil.

9.45. Ainda nesse aspecto, o art. 21 da Lei Complementar Estadual n.º 144/2018 faculta "à União, aos demais Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista municipais, estaduais, distritais ou federais, submeter os seus litígios com a Administração Pública do Estado de Goiás à CCMA, para fins de composição extrajudicial do conflito". Desse modo, a negociação das cláusulas contratuais da presente minuta pode envolver a inserção de cláusula que preveja eventual submissão do conflito à mediação e conciliação, para o que se sugere a seguinte redação:

"DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

As controvérsias eventualmente surgidas quanto à formalização, execução ou encerramento do ajuste decorrentes desta licitação, chamamento público ou procedimento congêneres, serão submetidas à tentativa de conciliação ou mediação no âmbito da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA), na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e da Lei Complementar Estadual nº 144, de 24 de julho de 2018"

9.44. Tendo em vista as observações acima, passamos à conclusão da análise contratual.

9.45. Assim, entendemos serem necessárias as seguintes providências ou a respectiva justificativa para o não-cumprimento: *(i)* o preenchimento da minuta (**Cláusulas Terceira e seguintes**) com os valores a serem praticados no presente caso; *(ii)* a juntada do Anexo II (**Especificações dos Serviços Técnicos – Atuação Consultores Técnicos**) à minuta de contrato; *(iii)* a apresentação formal de documentos comprobatórios oficiais, devidamente firmados/publicados ou atos normativos internos que indiquem que, para este tipo de objeto, em ajustes semelhantes firmados com este (Processo SEI nº 202000036011319) e outros entes o preço e as condições praticadas foram os mesmos; e os seguintes esclarecimentos sobre *(iv)* as limitações quantitativas e qualitativas do ressarcimento de terceiros; *(v)* a reflexão quanto à alocação dos riscos contratuais, em especial quanto aos aspectos jurídico-regulatórios; *(vi)* esclarecimento sobre quais autoridades que suspendam o contrato por prazo superior a 120 dias estão abrangidas pela cláusula de rescisão; e *(vii)* o tipo de reincidência apta a cominar de multa, bem como do mecanismo de retenção de tal valor pelo concessionário no cenário em que seja o obrigado a adimplir o presente contrato.

10. Do procedimento de inexigibilidade e os outros documentos e quesitos envolvidos.

10.1. Orientada a matéria no sentido de ser possível a inexigibilidade de licitação, passa-se aos seus aspectos procedimentais. Desse modo, com esteio no art. 13 da Instrução Normativa SEAD nº 5/2023, são exigidos, no mínimo, os seguintes documentos:

Documento	Código
I – Documento de Oficialização de Demanda – DOD	(16483)
II – Portaria de designação das funções essenciais da contratação	(16515)
III – Estudo Técnico Preliminar – ETP	(16928)
IV – Orçamento estimado da contratação	(19945)
	A complementar com dados
V – Planilha de composição de custos	Não apresentada
VI – Matriz de riscos	Inaplicável
VII – Termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo	(19024)
VIII – Comprovação de exclusividade	Inaplicável
Justificativa de preço	Não apresentada
X – Proposta e evidências de preço do fornecedor	(21917)
	A complementar com fontes e proposta adicionais
XI – Comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária	(21917)
XII – Minuta contratual ou minuta de informações para a nota de empenho;	(21341)
	A complementar com dados
XIII – Pareceres técnicos e autorizações cabíveis	(16741)
XIV – Parecer jurídico prévio	Em elaboração
XV – Declaração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;	Posterior
XVI – Autorização do ordenador de despesas	Posterior

10.2. A partir do citado suporte normativo, passa-se ao exame dos elementos que compõem os autos.

10.3. **Do Documento de Oficialização de Demanda – DOD.** Os autos estão instruídos com o DOD, conforme o art. 8º do Decreto nº 10.207/2023.

10.4. **Portaria de designação de funções essenciais da contratação.** Na portaria da contratação houve a designação de servidores para compor a Equipe de Planejamento da Contratação (Integrante Requisitante), o Agente de Contratação Direta, contudo, não foram indicados os integrantes da a Equipe de Fiscalização do Contrato (**Gestor e do fiscal do contrato**). Em vista disso, recomenda-se a indicação dos servidores que ocuparão essas funções, a teor do inciso VI do artigo 8º do Decreto nº 10.207/2023.

10.5. **Do estudo técnico preliminar (ETP).** De acordo com o art. 12 do Decreto nº 10.207/2023, o ETP evidencia o problema e a melhor solução ao caso concreto. Busca-se a melhor solução identificada dentre as possíveis, de modo a permitir a avaliação das viabilidades técnica e econômica da contratação. Como verificado durante a análise da viabilidade da contratação direta, processo está instruído com tal documento.

10.6. Por conseguinte, o art. 12, VII, da Lei Federal n. 14.133/21 institui a necessidade de o Poder Público elaborar Plano de Contratações Anual (PCA). E de acordo como do art. 18 da Lei Federal nº 14.133/2021, a fase preparatória da contratação pública deve compatibilizar-se com o Plano de Contratações Anual (PCA), e este deverá ser observado na realização de licitações e na execução dos contratos. Portanto, a área técnica pontua no ETP que a contratação está prevista no PCA.

10.7. **Termo de Referência.** O referido instrumento deve ser confeccionado à luz do art. 21 do Decreto Estadual nº 10.207/2023. Nestes autos, verifica-se que o termo condiz com a legislação.

10.8. **Do orçamento estimado da contratação.** A partir do que preceitua o art. 18 do Decreto Estadual nº 10.207/2023, a estimativa do valor da contratação deve ser instruída com preços unitários referenciais, memórias de cálculo e documentos que lhe dão suporte, com a indicação dos parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos.

10.9. No presente caso, não houve detalhamento desse quesito. Registra-se que o ETP somente mencionou que "**4.3.** O orçamento estimado da presente contratação foi

elaborado com base nos parâmetros e calculado em conformidade com o Decreto Estadual nº 9.900 de julho de 2021, cujo documento de Orçamento Estimado, que contém memória de cálculo, será anexado aos autos da contratação, indicando os parâmetros, a metodologia e os preços referenciais utilizados no cálculo estimativo."

10.10. **Justificativa de preço.** Consoante o art. 13, IX, da IN SEAD nº 5/2023, faz-se necessária a demonstração da justificativa do preço estimado. Como já mencionado, a minuta contratual não especificou valores, e não há um documento do fornecedor que indique as variáveis envolvidas na precificação, estando a presente análise restrita ao que fora praticado pelo Banco em contratações semelhantes, como aquela objeto do Processo SEI nº 202000036011319.

10.11. **Proposta e evidências de preço do fornecedor.** Foram apresentados dois contratos celebrados pela fornecedora com os Estados do Amapá e do Maranhão (SISLOG nºs 21342 e 21343) com preços distintos. Conforme o TR, a amostra em questão foi feita com base no Decreto Estadual nº 9.900/2021, entretanto, de antemão, observa-se que não foi especificado qual o parâmetro do art. 6º foi utilizado para pesquisa de preços.

10.12. Diante desse cenário, merecem registro os conceitos de "cesta de preços" e "cotação insuficiente", definidos, respectivamente, pelos incisos IV e V, do art. 3º, do Decreto Estadual nº 9.900/2021:

- "Art. 3º Para o disposto neste Decreto, considera-se:
- [...]
- IV – cesta de preços: conjunto de preços formado por **documentos obtidos de duas ou mais fontes de pesquisa elencadas neste Decreto para a formação do preço referencial**;
- V – cotação insuficiente: amostra de preços com conjunto inferior a 3 (três) preços; e"
- (grifos nossos)

10.13. Tendo tais conceitos como premissa, inicialmente, recomendamos a adição de mais fontes para pesquisa preços, a partir dos parâmetros listados no art. 6º do Decreto Estadual nº 9.900/2021, para além da já utilizada (pesquisa de contratações anteriores com o fornecedor), **e se não for possível, que seja inserida justificativa no ETP, devido à natureza do objeto ou a outra circunstância impeditiva.**

10.14. Além disso, a teor do art. 3º, V, do Decreto Estadual nº 9.900/2021, sugere-se o levantamento de mais um preço de contrato com objeto similar (modelagem de concessões) junto ao BNDES a fim de realizar uma cotação suficiente.

10.15. **Comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária.** Os documentos de habilitação e qualificação foram apresentados, em observância art. 13, XI, da IN SEAD nº 5/2023.

10.16. **Pareceres técnicos e autorizações cabíveis.** Foi realizada a contextualização da contratação da consultoria especializada para modelagem de concessão, bem como as vinculações com o Planejamento Estratégico da SEMAD e outros instrumentos, com lastro do art. 13, XIII, da IN SEAD nº 5/2023.

10.17. **Declaração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido.** Verifica-se que não foram incluídos os documentos em tela, conforme o art. 3º, V, da IN SEAD nº 5/2023.

10.18. Ressalta-se que, somente após o ateste de previsão de recursos orçamentários, com a devida programação de desembolso financeiro, os autos podem ser encaminhados para o ordenador de despesas, que decidirá sobre o prosseguimento da contratação mediante a respectiva **autorização**.

10.19. Ao cabo, a responsabilidade pela aferição da regularidade do fornecimento e/ou por qualquer outro aspecto fático e técnico, e não estritamente jurídico, repousa inteiramente sobre o órgão competente pertencente à estrutura organizacional da Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, sendo aqui tomados por pressuposto.

11. Conclusão.

11.1. Ante do exposto, por adequação legal, **orienta-se pela viabilidade** da contratação por inexigibilidade de licitação. Contudo, destaco que, para o prosseguimento do processo de contratação, bem como para análise pelo PGE, são indicadas as seguintes adições e retificações:

- 1 – Tomada das providências listadas no parágrafo 9.45 (Conclusão da análise da minuta contratual) ou a respectiva justificativa para o não-cumprimento;
- 2 - Indicação do gestor e do fiscal do contrato da equipe de planejamento (art. 8º do Decreto Estadual nº 10.207/2023);
- 3 - Demonstração do modo pelo qual se chegou ao orçamento estimado (art. 18 do Decreto Estadual nº 10.207/2023);
- 4 – Utilização de duas ou mais fontes de pesquisa elencadas no Decreto Estadual nº 9.900/2021 para formação do preço referencial (art. 3º, IV, do referido Decreto);
- 5 – Busca por mais um preço praticado pelo fornecedor a fim de realizar cotação suficiente (art. 3º, V, do Decreto Estadual nº 9.900/2021); e
- 6 – Juntada da previsão de recursos orçamentários e financeiros (art. 3º, V, da IN SEAD nº 5/2023).

11.2. Tecidas tais considerações, ressaltamos que não cabe a esta Procuradoria Setorial a responsabilidade pela aferição da regularidade da execução contratual, bem como por qualquer outro aspecto fático e técnico, inclusive a composição de preços, que repousa inteiramente sobre o órgão gestor do contrato pertencente à estrutura organizacional desta Secretaria de Estado, sendo aqui tomados como pressuposto.

11.3. Assim sendo, devolvam-se os autos à **Gerência de Compras Governamentais - GECOM**, para conhecimento e providências.

11.4. Após satisfeitas as recomendações, remeta-se os autos, novamente, a esta Setorial, que, ato contínuo, irá enviá-los para análise do **PGE**, em razão do valor envolvido (art. 47 da LC Estadual nº 58/2006).

PROCURADORIA SETORIAL DO SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, aos 22 dias do mês de abril de 2024.