

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Referência: Processo nº 202320920000589

Interessado: SECRETARIA DE ESTADO DA INFRAESTRUTURA-SEINFRA

Assunto: INEXIGIBILIDADE

DESPACHO Nº 1353/2023/GAB

EMENTA: SERVIÇOS TÉCNICOS PRESTADOS PELO BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES VISANDO À ESTRUTURAÇÃO DE PPPs. INEXIGIBILIDADE. VIABILIDADE JURÍDICA, DESDE QUE ATENDIDAS AS PROVIDÊNCIAS APONTADAS. MATÉRIA ORIENTADA.

1. Versam os autos sobre a contratação de estudo técnico especializado para a verificação de viabilidade econômico-financeira na formalização de parcerias público-privadas (PPP's) para a expansão do saneamento básico no Estado de Goiás, para o que se busca a celebração de ajuste, por inexigibilidade de licitação, com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

2. A matéria jurídica foi objeto de enfrentamento pela Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Infraestrutura, consoante o Parecer Jurídico Seinfra Procset n. 28/2023 (50158504), o qual foi ratificado pelo Parecer Jurídico Seinfra Procset n. 41/2023 (50034678), tendo sido firmado o entendimento, nestas manifestações, pela viabilidade jurídica da contratação.

3. Ao final, embora considerando que o valor do ajuste não demandaria a atuação deste órgão jurídico central, o Despacho n. 139/2023 SEINFRA/PROCSET remeteu o feito a esta Casa, ante "*o caráter específico da contratação, da sensibilidade do tema e seu ineditismo e do interesse e impacto no governo estadual*" (50447284). É o relatório.

4. Consoante se infere dos autos, busca-se a prestação de "*serviços técnicos de apoio, avaliação, estruturação e implementação da desestatização, mediante o regime de concessão de serviços públicos e análises acerca de alternativas de estruturação do projeto de PPP e/ou concessão do saneamento englobando a distribuição de água e a coleta e tratamento de esgoto em todo o estado, sob a perspectiva de associação de formas de gestão que entreguem melhorias à população com maior grau de eficiência na aplicação dos recursos públicos, para, em um momento posterior, servir de subsídio técnico ao gestor na tomada de decisão*" (49261552).

5. Como bem pontuado no Parecer Jurídico Seinfra Procset n. 28/2023 (50158504), a modelagem jurídica consistente na contratação do BNDES, por inexigibilidade de licitação, para a prestação de serviços técnicos, com amparo nos arts. 25, II, c/c 13, ambos da Lei n. 8.666/93, é tema que já foi objeto de enfrentamento por esta Casa, consoante se infere de manifestações jurídicas constantes dos processos n. 202010902000042 (Despacho n. 1243/2020 - GAB, 000014403692) e n. 202000036011319 (Despachos n. 2057/2020 - GAB, 000016937002; 306/2021 - GAB, 000018794430; 904/2021 - GAB, 000021052047; e 976/2021 - GAB, 000021333588).

6. Instruem os autos justificativa (49203349), manifestação de conveniência e oportunidade (49204135), além de termo de referência (49261552), os quais, em conjunto com a declaração de inexigibilidade de licitação (50300770), evidenciam tratar-se da contratação de serviços técnicos de natureza singular, a respeito dos quais o BNDES possui notória especialização.

7. Por oportuno, importa anotar que a declaração de inexigibilidade foi devidamente aprovada pela autoridade superior (50304194) e publicada no DOE (50346804), em atenção ao art. 26, *caput*, da Lei n. 8.666/93 e art. 33, X, da Lei estadual n. 17.928/2012.

8. Já a regularidade dos preços decorre da constatação de que será aplicada a política de precificação usualmente adotada pelo BNDES para casos semelhantes, consoante justificativa contida no evento n. 50022192.

9. A respeito da subcontratação de serviços pelo BNDES, importa lembrar ter sido solicitado nos autos n. 202000036011319 que essa prática fosse justificada, em especial para evidenciar não haver incursão na censura já manifestada pelo TCU no sentido de que se deve *"evitar previsão da possibilidade de subcontratação de parte do objeto em contratos firmados com inexigibilidade de licitação com base no art. 25 da Lei 8.666/1993"* (Acórdão nº 1183/2010, Plenário, Relator: Ministro Aroldo Cedraz, Sessão: 26/5/2010 - Ordinária, código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1183-17/10-P).

10. Naquele feito, foram apresentadas justificativas técnicas tidas por suficientes, sendo razoável cogitar que a mesma organização seja adotada neste feito, dada a similitude das situações. Todavia, visando ao robustecimento da instrução do processo, requer ainda a manifestação técnica que evidencie a regularidade da subcontratação de serviços, ora pretendida. Sugere-se, ainda, que sejam trasladados para estes autos os documentos que constaram do processo n. 202320920000002, no qual foi proferido o parecer jurídico prévio, bem como os demais que sejam considerados necessários a compreensão da matéria aqui debatida.

11. Sobre a minuta contratual, é consabido que se trata de documento elaborado de forma padronizada pela instituição financeira, seguindo diretrizes próprias ao direito privado, o que atrai ao caso a aplicação do seguinte excerto do Despacho nº 1246/2019 GAB ([8392684](#) - processo nº [201910267000147](#)):

"4. Como é consabido, o §3º do art. 62 da Lei n. 8.666/93 prevê a aplicação do disposto nos art. 55 e 58 a 61 da Lei n. 8.666/93, no que couber, a contratos regidos predominantemente por norma de direito privado (inciso I, §3º) e também aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público (inciso I, §3º).

5. Segundo Marçal Justen Filho, a previsão do §3º do art. 62 da Lei n. 8.666/93 "está mal colocada e melhor ficaria em um dispositivo específico, pois não tem relação com o restante do artigo" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 761). Segundo o autor, esse dispositivo trata, em realidade, da aplicação do regime de direito privado a certos contratos da Administração. Também nesse sentido, Sidney Bittencourt entende que o dispositivo versa, em certa maneira, sobre hipótese de derrogação do regime de direito público (Licitação passo a passo. 10ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 678)".

12. Isso posto, tem-se que a minuta contratual encontra-se adequada ao fim a que se destina, a qual deverá ser consolidada em versão final antes da colheita de assinaturas.

13. Como bem salientado pela Procuradoria Setorial no item 0.0.13 do Parecer Jurídico Seinfra Procset n. 41/2023 (50034678), a existência de certidão positiva junto ao Município do Rio de Janeiro/RJ (49262748) não impede a contratação.

14. Idêntica conclusão foi adotada por ocasião do Despacho n. 904/2021 (000021052047), no qual se considerou que a situação aproximar-se-ia da hipótese de serviço público prestado em regime de monopólio, de maneira que, não fosse relevada a falta de regularidade fiscal, o Estado de Goiás restaria privado da atuação institucional do BNDES, com potencial prejuízo à população goiana, tendo em vista os impactos negativos sobre os projetos de desestatização a serem estruturados. Nessa linha de raciocínio, concluiu-se no caso paradigma que a exigência de regularidade fiscal, embora legítima, não poderia impedir o alcance do interesse público subjacente aos serviços cuja contratação se almejava. A mesma solução aplica-se ao presente caso.

15. Assim, sem prejuízo da legalidade da exigência de regularidade fiscal em casos semelhantes, reputa-se possível a celebração de contrato com o BNDES, a despeito de sua momentânea situação de irregularidade fiscal frente ao Município do Rio de Janeiro, o que se admite para evitar maiores prejuízos ao interesse público primário.

16. Cabe ao contratado se empenhar na adoção de todas as medidas possíveis para alcançar situação de regularidade o quanto antes, mostrando-se pertinente, ainda, a comunicação ao credor do BNDES e a colheita de autorização expressa da Secretaria de Estado da Infraestrutura a respeito da superação pontual e excepcional da irregularidade fiscal, tudo em conformidade, ademais, com a solução outrora esposada no Despacho n. 904/2021 (000021052047).

17. Sobre o valor do ajuste para fins de documentação orçamentária e financeira, tem-se que no parágrafo 6.14 do Parecer Jurídico Seinfra Procset n. 28/2023 (50158504), assentou-se parecer *"razoável que o Estado emita documentos orçamentários considerando os possíveis custos totais que, na pior das hipóteses, terá que arcar, já que os cenários possíveis não estão sob controle de qualquer das partes, havendo certa dose de aleatoriedade e incerteza quanto ao gasto que, efetivamente, poderá recair sobre o Estado de Goiás"*.

18. Essa orientação amolda-se ao quanto anteriormente exposto no Despacho n. 904/2021 (000021052047), no sentido de que *"a assunção de obrigação financeira, ainda que gravada por condição suspensiva, demanda o correspondente lastro monetário, sob pena de vir a ser considerada como despesa irregular, em descompasso com as normas de direito financeiro, o que não se admite, como é consabido"*.

19. Dessa forma, deixa-se de adotar orientação em sentido oposto contida no Despacho n. 139/2023 SEINFRA/PROCSET (50447284), ao tempo em que se recomenda que os documentos financeiro-orçamentários considerem a soma do preço em caso de insucesso e os gastos a serem ressarcidos, a exemplo da diretriz observada no processo n. 202000036011319.

20. Nessa perspectiva, os documentos próprios do procedimento de contratação direta, a que alude o caput do art. 26 da Lei 8.666/93, merecem censura na parte que se referem ao custo da contratação, porquanto se restringiram em consignar apenas o valor da parcela fixa a ser destinada ao BNDES. Desta feita, para a higidez do procedimento de inexigibilidade de licitação, mostra-se necessária a retificação da declaração de inexigibilidade (50300770) e o correspondente despacho que a ratifica (50304194), a fim de que neles conste todo o valor que, na pior das hipóteses, terá de ser suportado pelo contratante.

21. Outrossim, como pela ótica, ora exposta, o valor do ajuste supera a alçada de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), imperativa se mostra a oitiva deste gabinete, sendo que, por mais esse fundamento, firma-se ressalva ao Despacho n. 139/2023 SEINFRA/PROCSET (50447284).

22. Por fim, visando à completa regularidade do feito, devem ser juntados aos autos comprovantes de cadastro do aditivo e de Certificado de Informação de Resultado de Procedimento Aquisitivo no COMPRASNET (art. 4º do Decreto estadual n. 7.425/2011), assim como de comunicação à CGE e ao TCE/GO, além de portaria que nomeia os fiscais do ajuste.

23. Ante o exposto, com a ressalva pontuada nos parágrafos 19 e 20, aprovam-se as manifestações lançadas nos autos pela Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Infraestrutura, com manifestação pela regularidade jurídica do contrato a ser firmado com o BNDES, conquanto atendidas as medidas indicadas nos parágrafos 10, 12, 16, 20, 21 e 22, sem prejuízo de, oportunamente, proceder-se à renovação das certidões porventura vencidas e à publicação do extrato do instrumento na imprensa oficial e também em sítio da Internet da Pasta interessada, nos termos do art. 6º, § 1º, V, da Lei estadual nº 18.025/2013.

24. Matéria orientada, retornem-se os autos à Secretaria de Estado da Infraestrutura, via Procuradoria Setorial, para as providências cabíveis, com a urgência que o caso requer.

Rafael Arruda Oliveira
Procurador-Geral do Estado
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO



Documento assinado eletronicamente por **RAFAEL ARRUDA OLIVEIRA, Procurador (a) Geral do Estado**, em 14/08/2023, às 17:26, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **50658587** e o código CRC **170E4884**.

RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20, ESQ. COM A AVENIDA REPÚBLICA
DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER - Bairro SETOR OESTE -
GOIANIA - GO - CEP 74110-130 - .



Referência:
Processo nº 202320920000589



SEI 50658587