



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

(DOI): 10.46818/pge.v5i3.330

Parecer Conjunto BBS/LFEC nº 02/2022

Ementa: Direito Administrativo. Termo de Cooperação a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro, a *NASDAQ Technology AB* e a *Global Environmental Asset Platform*, visando à execução do Programa de atração de investimentos e de desenvolvimento econômico. Legislação aplicável ao mercado de emissões. Natureza jurídica do ajuste. Atividade de fomento. A escolha das entidades privadas. Considerações sobre as cláusulas do Termo de Cooperação. Sucessão empresarial. Arbitragem. Regularidade da minuta. Recomendação de atendimento às sugestões para o aprimoramento. Necessária remessa à d. PGE.

À Procuradoria-Geral do Estado.

1. RELATÓRIO

Trata-se de minuta de Termo de Cooperação Técnica a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro, a *NASDAQ Technology AB* (NASDAQ) e a *Global Environmental Asset Platform LLC* (GEAP), visando à execução do Programa de atração de investimentos e de desenvolvimento econômico (40018661).

Segundo as justificativas apresentadas pela área técnica, o objeto do ajuste busca posicionar o Estado no “*processo global de transição para uma nova economia baseada em sustentabilidade*”, destacando-se que a implantação de um mercado de ativos sustentáveis alinha-se aos objetivos da Política Estadual de Mudanças Climáticas (art. 3º, da Lei Estadual nº 5.690/2010); ao Programa Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais (Decreto nº 45.029/2011); e ao Plano Plurianual (2020-2023), em seu Programa 0438 (Preservação e Conservação Ambiental) (41057982).



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

O consultante argumenta, ainda, que a materialização de um mercado de ativos ambientais demanda a *“implantação de uma plataforma de negociação que aglutine os agentes em torno de um instrumento econômico concreto e efetivo”*. Tal mercado, centrado na plataforma, *“deverá ser implementado e operacionalizado pela iniciativa privada, visto ser essa uma atividade própria do segmento empresarial, que atuará em parceria com o ERJ, a quem caberá somente o papel de fomentador, de modo a ser um indutor do desenvolvimento desse mercado local”* (41057982).

Registra-se que a iniciativa discutida nos autos teve, formalmente, início em março de 2022, quando o Estado do Rio de Janeiro firmou um protocolo de intenções com a NASDAQ e a GEAP (41055248). Na ocasião, tal documento teve por finalidade coordenar esforços no sentido de confeccionar um estudo de viabilidade para um projeto de implantação de uma bolsa voltada para a negociação de ativos sustentáveis no Estado (41055248).

A partir daí, o Estado formou um grupo de trabalho intersecretarial com o objetivo de levantar todas as informações necessárias para subsidiar o estudo de viabilidade. Os resultados do grupo de trabalho foram reunidos em um relatório que foi encaminhado para as partes do protocolo no dia 03 de junho de 2022 (41055973). Em resposta, a NASDAQ e a GEAP manifestaram-se favoravelmente acerca da viabilidade do projeto e confirmaram seu interesse em executá-lo (41056320 e 41056766).

Cumpridas as obrigações do Protocolo de Intenções, instaurou-se o presente processo, tendo por objetivo a cooperação público-privada para a criação de uma plataforma viabilizando a alienação, inclusive pelo Estado, de créditos de ativos ambientais ou direitos a eles relacionados, entre eles, créditos de carbono.

Após instrução, os autos foram encaminhados, **em regime de urgência**, a este órgão jurídico para análise e manifestação (41099195).



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

É o relatório. Passamos a opinar.

2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

De início, deve-se consignar que este opinativo foi produzido exclusivamente com base na versão em língua portuguesa, pois a Cláusula Décima Sétima da minuta de Termo de Cooperação em exame estabelece que, em hipótese de divergência entre as duas versões da minuta, prevalecerá aquela redigida em português. No momento de lavratura deste Parecer, não consta versão em inglês dos autos.

O exame da regularidade jurídica minuta indexada sob o nº 40018661, à luz dos documentos que instruem o processo administrativo, será realizado da forma que segue. Em um primeiro momento, serão delineados aspectos gerais sobre a legislação aplicável ao mercado brasileiro de redução de emissões, a fim de investigar e definir a moldura legal aplicável aos empreendimentos sustentáveis (2.1). Em seguida, realizar-se-á análise jurídica mais aprofundada a respeito da natureza jurídica do ajuste e o regime jurídico aplicável (2.2). Como se demonstrará, a definição do ajuste como uma ferramenta de *fomento* traz implicações importantes para o regime jurídico e para toda a análise que será feita ao longo do Parecer.

Em seguida, as premissas quanto à natureza e ao regime do ajuste auxiliarão a análise da regularidade jurídica do procedimento de escolha das entidades privadas, avaliando-se detidamente, na seção 2.3, se isso poderia ter sido feito sem licitação (a conclusão, adiante-se, é de que o procedimento licitatório é inexigível na hipótese), bem como outros elementos relevantes desse procedimento. Na sequência, o capítulo 3, examinará cada cláusula da minuta em particular.

2.1. Notas gerais sobre a legislação aplicável ao mercado brasileiro de redução de emissões



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

No plano internacional, a constante preocupação com as mudanças climáticas impulsionou a comunhão de esforços de diversos países no estudo de soluções. Historicamente, pode-se dizer que os anos compreendidos entre o final da década de 1960 e começo dos anos 1970 tornaram-se o marco temporal da preocupação ambiental em âmbito mundial¹. A preocupação com o aquecimento global, por exemplo, já era discutida desde 1972, na Conferência promovida pela ONU em Estocolmo, onde, pela primeira vez, afirmou-se que o crescimento econômico depende da preservação dos recursos naturais, revelando-se a urgência de medidas eficientes para combater a degradação do meio ambiente².

A perda de qualidade ambiental e a redução do estoque de recursos naturais passaram a reclamar um novo direcionamento na agenda de temas e problemas a serem discutidos e institucionalizados por meio da formulação de políticas públicas. A partir disso, diversos eventos marcaram o desenvolvimento das discussões a respeito do meio ambiente, sendo certo que dois deles guardam maior pertinência ao presente caso, dada a notória influência na legislação brasileira: a Eco-92 e o Protocolo de Kyoto.

No ano de 1992, foi realizada a Convenção-Quadro das Nações Unidas, estabelecida a partir da Eco-92, adotada como uma reação global em face dos desafios causados pelas mudanças climáticas. Não por acaso, um dos principais resultados da Eco-92 foi justamente a Convenção sobre Mudanças Climáticas, posteriormente ratificada pela maioria dos países, incluindo o Brasil. O documento não limita emissões

¹ MACHADO, C. J. S.; VILANI, R. M.; CHAME, M. Políticas públicas para o desenvolvimento sustentável brasileiro: *o papel dos royalties do petróleo na institucionalização de uma política de preservação da biodiversidade*. Revista de Desenvolvimento e Meio Ambiente, n. 25, p. 11-26, jan./jun. 2012. Editora UFPR.

² ONU. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. Tradução livre. Estocolmo, jun. 1972. In: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/estocolmo_mma.pdf>



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

e não possui caráter coercitivo. As suas disposições são atualizadas por meio dos Protocolos.

Associado ao tema, sobreveio, em dezembro de 1997, o Protocolo de Kyoto, verdadeiro marco institucional em prol da mitigação dos efeitos das mudanças climáticas. Tal Protocolo veiculou o comprometimento dos países industrializados e dos países cujas economias estão em transição, com metas de redução de emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE).

Como explica José Célio Silveira Andrade e Paulo Costa, *“uma vez estabelecido o limite global e os limites de cada país, as permissões de emissões serão divididas, dentro de cada país, entre os diversos segmentos econômicos”*. Assim, *“as firmas cujas emissões excederem às permissões a elas atribuídas terão que comprar créditos de carbono de outras companhias que não realizaram todas as emissões permitidas”*. A ideia era de que *“(...) o comércio de permissões criará incentivos para as firmas encontrarem meios de reduzir suas emissões e vender seus créditos no mercado aberto de carbono”*.³

Em linhas gerais, o Protocolo inseriu três mecanismos de mercado, estabelecendo o que ficou conhecido como o Mercado de Carbono. O primeiro é o de negociação de emissões. Os países desenvolvidos que emitirem menos do que o fixado no compromisso máximo de emissões podem comercializar seu excedente com os que superarem tais limites⁴. Tal mecanismo acabou por criar os Certificados de Créditos de

³ ANDRADE, José Célio; COSTA, Paulo. Mudança climática, protocolo de Kyoto e mercado de crédito de carbono: *desafios à governança ambiental global*. Revista Organizações & Sociedade, vol. 15, 2008, p. 29/45.

⁴ Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas. *“Artigo 2.1. Cada Parte incluída no Anexo I, ao procurar atingir os seus compromissos quantificados de limitação e redução das emissões nos termos do artigo 3º, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, compromete-se a: (...) (v) Reduzir ou eliminar progressivamente distorções de mercado, incentivos fiscais, isenções fiscais e subsídios em todos os sectores emissores de gases com efeito de estufa contrários aos objectivos da Convenção e aplicar instrumentos de mercado; (...)*



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Carbono e os Mercados de Carbono, e, “*sendo o dióxido de carbono o principal gás causador do efeito estufa, fala-se na negociação de CO₂ e unidades de CO₂, transformando-o em uma espécie de commodity que passa a ser negociada e vendida*”.⁵

O segundo mecanismo introduzido foi o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), permitindo que alguns países realizem projetos de redução ou limitação de emissões em países em desenvolvimento⁶. Já o terceiro mecanismo é o de implementação conjunta, que implica na transferência entre países do Anexo I de Unidades de Redução de Emissões. A implementação conjunta faz com que as duas partes envolvidas cumpram coletivamente as metas estabelecidas pelo Protocolo para a redução de emissão de gases⁷.

Nessa ordem de ideias, os mecanismos do Protocolo incentivaram os países signatários a atender suas metas, reduzindo suas emissões e a de outros países, além de fomentar que países em desenvolvimento e o setor privado contribuíssem diretamente para o cumprimento dos objetivos propostos. Registra-se que, esgotada sua vigência, sucedeu-se o Acordo de Paris⁸, firmado na 21ª Conferência das Partes da Convenção das Nações Unidas, que vigora desde 2016, mantendo-se os mesmos traços

“Artigo 6.1. Com o objetivo de satisfazer os compromissos assumidos ao abrigo do artigo 3º, qualquer Parte incluída no Anexo I pode transferir para, ou adquirir de, qualquer outra dessas Partes unidades de redução de emissões resultantes de projetos destinados a reduzir as emissões antropogênicas por fontes ou a aumentar as remoções antropogênicas por escoadouros de gases com efeito de estufa em qualquer sector da economia, desde que: (a) O projeto tenha a aprovação das Partes envolvidas; (b) O projeto promova uma redução das emissões por fontes ou um aumento das remoções por sumidouros que sejam adicionais aos que ocorreriam na sua ausência; (c) A Parte não adquira nenhuma unidade de redução de emissões se não estiver em conformidade com suas obrigações assumidas sob os Artigos 5 e 7; e (d) A aquisição de unidades de redução de emissões seja suplementar às ações domésticas realizadas com o fim de cumprir os compromissos previstos no Artigo 3º”.

⁵ SILVA, Paula Teixeira da Costa e. *Ativos Ambientais: Mecanismos de Mercado a Favor do Meio Ambiente*. FGV Direito Rio, 2015.

⁶ ANDRADE, José Célio; COSTA, Paulo. Mudança climática, protocolo de Kyoto e mercado de crédito de carbono: *desafios à governança ambiental global*. Revista Organizações & Sociedade, vol. 15, 2008, p. 29/45.

⁷ *Idem*.

⁸ O Acordo de Paris foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 9.073/2017.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

em prol do desenvolvimento de instrumentos de mercado para fomentar a transição para uma economia de baixo carbono.

Ressalta-se, ainda, que a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (“Rio+20”), realizada em junho de 2012 no Rio de Janeiro, teve como tema central a economia verde, indicando uma preocupação com o desenvolvimento sustentável lançado pelo Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (Pnuma – *United Nations Environment Programme*).

A discussão central da transição para uma economia verde é “*eliminar os trade-offs entre crescimento econômico e investimento e os ganhos em qualidade ambiental e inclusão social*”, priorizando-se “*gastos públicos e investimentos privados, de acordo com critérios socioambientais, e de áreas estratégicas para incentivo à difusão de tecnologias limpas*”⁹.

No Brasil, o Protocolo de Kyoto foi promulgado por meio do Decreto nº 5.445/2005. Após isso, em 2009, foi instituída a Política Nacional sobre Mudanças Climáticas (PNMC), através da Lei nº 12.187/2009, regulamentada pelo Decreto nº 9.578/2018.

Dentre os objetivos da PNMC, encontra-se o estímulo ao desenvolvimento do Mercado Brasileiro de Redução de Emissões (MBRE) (art. 4º, inciso VIII). Entre os seus instrumentos, têm-se os mecanismos financeiros e econômicos previstos no Protocolo de Kyoto e demais medidas que fomentem o desenvolvimento de mercado pautado na redução de emissões de gases de efeito estufa. Veja-se, a esse propósito, o art. 6º, da Lei nº 12.187/2009:

⁹ ALMEIDA, L. T. de; MAZZERO, M. F. O Comércio Bilateral Brasil–União Europeia de 1989-2009: *a persistência da vulnerabilidade ambiental*. In: IX ENCONTRO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA ECOLÓGICA. Brasília: UnB, Centro de Desenvolvimento Sustentável, 2011.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Art. 6º - São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

I - o Plano Nacional sobre Mudança do Clima;

II - o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima;

(...)

VI - as medidas fiscais e tributárias destinadas a estimular a redução das emissões e remoção de gases de efeito estufa, incluindo alíquotas diferenciadas, isenções, compensações e incentivos, a serem estabelecidos em lei específica;

VII - as linhas de crédito e financiamento específicas de agentes financeiros públicos e privados;

VIII - o desenvolvimento de linhas de pesquisa por agências de fomento;

(...)

X - os mecanismos financeiros e econômicos referentes à mitigação da mudança do clima e à adaptação aos efeitos da mudança do clima que existam no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e do Protocolo de Quioto;

XI - os mecanismos financeiros e econômicos, no âmbito nacional, referentes à mitigação e à adaptação à mudança do clima;

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

XIII - os registros, inventários, estimativas, avaliações e quaisquer outros estudos de emissões de gases de efeito estufa e de suas fontes, elaborados com base em informações e dados fornecidos por entidades públicas e privadas;

(...)

Nos termos do art. 9º, da PNMC, o mercado pautado na redução de emissões “*será operacionalizado em bolsas de mercadorias e futuros, bolsas de valores e entidades de balcão organizado, autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, onde se dará a negociação de títulos mobiliários representativos de emissões de gases de efeito estufa evitadas certificadas*”. A esse respeito, em maio de 2022, foi



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

editado o Decreto nº 11.075/2022, estabelecendo os procedimentos para a elaboração dos Planos Setoriais de Mitigação das Mudanças Climáticas e instituindo o Sistema Nacional de Redução de Emissões de Gases de Efeito Estufa.

Portanto, a partir do PNMC o país se inclinou favoravelmente à adoção de um mercado de carbono de âmbito nacional, estabelecendo metas de redução de emissões. Aliás, o Brasil chegou a firmar acordo com o Banco Mundial para ser incluído no programa *Partnership for Market Readiness*, que apoia técnica e financeiramente países que desejam implementar mercados de carbono¹⁰.

Nacionalmente, outras normas ambientais também caminharam em direção à promoção de mercados sustentáveis, prevendo instrumentos como a concessão florestal, a servidão ambiental e o seguro ambiental (Lei nº 6.938/1981); o pagamento por serviços ambientais, inclusive os decorrentes do sequestro, conservação, manutenção e aumento do estoque e diminuição de fluxos de carbono em áreas de preservação permanente e reserva legal (Lei nº 12.727/2021); a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (Lei nº 14.119/2021); e os créditos de logística reversa e reciclagem (Lei nº 12.305/2010).

Já no âmbito estadual, a Lei nº 5.690/2010 instituiu a Política Estadual sobre mudança global do clima e desenvolvimento sustentável (PEMC), veiculando princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos para prevenção e mitigação de efeitos e adaptar o Estado às mudanças climáticas, em benefício das gerações atuais e futuras, assim como facilitar a implantação de uma economia de baixo carbono no Estado, com

¹⁰ Sobre o tema, veja-se: SOPHER, Peter, and MANSELL, Anthony. *The World's Carbon Markets: A Case Study Guide to Emissions Trading*. 2013. páginas 1-8; e as informações extraídas do sítio eletrônico do Ministério da Economia por meio do seguinte link <<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/competitividade-industrial/pmr/partnership-for-market-readiness-pmr>>



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

a transição para uma economia circular pautada na migração para matriz energética limpa (art. 1º).

Dentre os objetivos da Política Estadual sobre Mudança do Clima, encontram-se: **a)** estimular mudanças de comportamento da sociedade a fim de modificar os padrões de produção e consumo, visando à redução da emissão de gases de efeito estufa e ao aumento de sua remoção por sumidouros; **b)** promover mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem as remoções antrópicas por sumidouros de carbono no território estadual; e **c)** fomentar a competitividade de bens e serviços que contribuam para reduzir as emissões de gases de efeito estufa.

As diretrizes da PEMC também implicam no fomento de instrumentos financeiros e econômicos, bem como o uso de mecanismos de flexibilização, para incentivar a redução das emissões e a remoção de dióxido de carbono da atmosfera (art. 5º, inciso X, da Lei nº 5.690/2010). Especificamente sobre o mercado de carbono, a PEMC elenca, de forma expressa, a atuação do Estado no fomento da criação e implementação de projetos tendentes à redução de emissão:

Art. 8º - O Estado fomentará o desenvolvimento do mercado de carbono, estimulando a criação e a implementação de projetos capazes de gerar Reduções Certificadas de Emissão e outros créditos de carbono.

Parágrafo Único. Para fins do disposto no caput, serão preservadas a adicionalidade, voluntariedade e viabilidade econômica nos projetos de redução e remoção de carbono.

Art. 9º - Os recursos advindos da alienação de Reduções Certificadas de Emissão e outros créditos de carbono dos quais o Estado do Rio de Janeiro seja beneficiário ou titular deverão ser aplicados para beneficiar as populações mais vulneráveis e que residam nas proximidades dos empreendimentos que geraram os recursos.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

A PEMC foi regulamentada pelo Decreto nº 43.216/2011, estimulando “(...) o incremento da participação do PIB de Baixo Carbono no PIB estadual, a fim de integrar a Política Estadual Sobre Mudança Global do Clima e Desenvolvimento Sustentável aos princípios da Economia Verde” (art. 3º). Dentre as ações relacionadas à economia verde, listou-se a “Promoção de uma Economia de Baixo Carbono”, compreendida como o “uso de mecanismos de mercado para redução de emissões, promoção de novas tecnologias e engajamentos dos setores financeiros e industriais” (art. 3º, inciso IV, do Decreto nº 43.216/2011).

Para favorecer o alcance das metas de redução de emissão de gases estabelecidas em sede estadual, indicou-se a possibilidade de criação de incentivos fiscais objetivando o desenvolvimento de uma economia de baixo carbono em território fluminense, assim como a instituição de limitações para o licenciamento ambiental e para o zoneamento ecológico (art. 7º).

À vista disso, desenvolver ativos ambientais e promover um mercado eficiente integram as obrigações firmadas pelo País no cenário nacional e internacional, atendendo as diretrizes do princípio do desenvolvimento sustentável. Logo, pode-se afirmar que a comercialização de ativos ambientais por mecanismos de mercado é um dos caminhos de consolidação da economia verde.

2.2. Natureza jurídica do ajuste e o regime jurídico aplicável

Nesta seção, serão analisadas a natureza do ajuste que se pretende firmar e a adequação do instrumento utilizado, averiguando-se, ainda, as implicações dessa natureza para o regime jurídico incidente sobre o ajuste. Para tanto, em um primeiro momento, verificar-se-á se a utilização do instrumento “Termo de Cooperação” é juridicamente possível diante das explanações da área técnica nos autos. Em um



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

segundo momento, será realizada uma análise mais aprofundada da natureza jurídica do ajuste pretendido à luz das obrigações nele contidas, chegando-se à conclusão de que se está diante de uma espécie de “contrato de fomento” – conceito que será definido e discutido ao longo desta seção do Parecer. Por fim, algumas considerações acerca do regime jurídico aplicável serão expostas.

2.2.1. O sentido e o alcance da expressão “Termo de Cooperação”

Da leitura dos autos, de acordo com a instrução processual ali disposta, extrai-se que o objetivo do ajuste que se pretende celebrar entre o Estado do Rio de Janeiro, **GLOBAL ENVIRONMENTAL ASSET PLATFORM** e **NASDAQ TECHNOLOGY AB**, sendo as últimas sociedades empresárias estrangeiras de direito privado, gira em torno da “...instalação, até 31 de dezembro de 2022, pela GEAP, por meio de sua subsidiária brasileira, sediada no Estado do Rio de Janeiro, de uma plataforma viabilizando a alienação, pelo ERJ, de créditos de ativos ambientais ou direitos a eles relacionados, entre eles, créditos de carbono, de acordo com os compromissos assumidos no âmbito do Protocolo de Intenções e dos ANEXOS 3 e 4”, conforme limites estabelecidos na Cláusula Primeira da minuta de Termo de Cooperação apresentada (Documento SEI nº 40018661).

A proposta de minuta apresentada nos autos foi de **Termo de Cooperação**, nomenclatura que parece indicar a intenção da área técnica da SEPLAG de celebrar um negócio jurídico embasado no caráter recíproco de objetivos a serem atingidos – isto é, denota intenção de celebrar uma modalidade de *convênio*¹¹. No mesmo sentido, a Nota Técnica I (index 41057982), que descreve o escopo da parceria,

¹¹ Define-se convênio como o “ato administrativo complexo em que uma entidade pública acorda com outra ou com outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho conjunto, por cooperação ou colaboração, de uma atividade de competência da primeira” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 189).



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

prelucida que o acordo que se pretende assinar com NASDAQ e GEAP envolve uma união de esforços com objetivos comuns. Senão, vejamos:

"6. PARCERIA

6.1. Características

É imprescindível que o Estado, cujo papel se restringe basicamente ao de fomentador, conte com a colaboração de uma contraparte privada que assuma a incumbência de realizar os investimentos necessários e efetuar a operacionalização e gestão da plataforma. O ERJ não fará investimentos financeiros na adaptação e operacionalização da plataforma. Como fomentador, deverá disponibilizar seus ativos para negociação na plataforma, de forma exclusiva, assim como deverá encaminhar propostas de criação de políticas públicas de natureza tributária visando o estímulo do mercado.

Esta colaboração, que envolve sobretudo uma união de esforços para viabilizar a instalação de um mercado de ativos sustentáveis no ERJ, deverá ser formalizada mediante um compromisso em que sejam assumidas algumas obrigações recíprocas em relação às atividades que cada uma deverá se responsabilizar para o sucesso da iniciativa,

Tal compromisso é importante para que as partes tenham a segurança jurídica necessária para dedicarem seus esforços para o **alcance desse propósito comum.**

Os benefícios máximos para as partes advirão principalmente da implantação exitosa do mercado, de modo que a escolha da organização que irá colaborar com o ERJ deva recair preferivelmente sobre aquela que, além de compartilhar um **propósito comum**, tenha comprovada experiência e conhecimento técnico na área de desenvolvimento de mercados desse tipo." (grifou-se).

A título de breve esclarecimento, convém relembrar que os convênios se diferenciam dos contratos, pois, nestes últimos, evidencia-se a existência de interesses opostos e diversos, mormente uma parte que visa o lucro e outra que pretende obter determinada prestação, o que conhecemos como troca mútua ou "sinalagma" em razão do vínculo de reciprocidade e troca estabelecido entre as partes. Por outro lado, no caso dos instrumentos de caráter convenial – convênios, acordos, ajustes e demais



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

instrumentos congêneres – pressupõe-se que as partes possuem interesses paralelos e comuns e que, unidas em colaboração, atingirão um fim comum e público.

Nesse sentido, como registra o Procurador do Estado Flávio Amaral Garcia,¹² os convênios administrativos são “...*instrumentos jurídicos que materializam a consensualidade, exprimindo, em essência, viés de colaboração entre os partícipes. São espécies de acordos celebrados pela Administração Pública, desde que seja destacada a característica de atendimento de interesse ou objetivo comum dos partícipes ou convenientes.*” No mesmo esteio, sobre o conceito amplo desta espécie de ajuste, podemos citar trecho do relatório do voto condutor do Acórdão nº 1.369/2008 – Plenário, do Tribunal de Contas da União:

“7. (...) No conceito de convênio demonstrado por Hely Lopes Meirelles em *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª edição, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 407, Meirelles ensina que os **convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de interesses comuns dos partícipes. Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes.** Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço, etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.”

Nesse contexto, o **Termo de Cooperação** seria uma espécie do gênero convênio, definidos como acordos em que as partes possuem um objetivo comum, ao invés de prestações recíprocas e opostas. Como nota Alexandre Santos de Aragão, “[a] expressão *‘Termo de Cooperação’*, por exemplo, não corresponde a uma natureza

¹² GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 444.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

jurídica própria, a um instituto específico do Direito Administrativo. Trata-se de mais uma expressão entre as muito análogas que têm sido adotadas na práxis administrativa [...] que vai corresponder a uma das duas modalidades de negócios jurídicos travados pela Administração Pública. O contrato administrativo ou o convênio administrativo."¹³
É dizer: não importa a nomenclatura que será empregada, mas sim a natureza jurídica da avença que se pretenda ajustar, com vistas a verificação do regime jurídico que deverá ser adotado.

Vale registrar que a definição de *convênio* adotada linhas acima tem origem na doutrina. No entanto, com o advento da Lei Federal nº 13.019/2014, alterada pela Lei Federal nº 13.204/2015, a legislação passou a restringir essa nomenclatura a alguns casos específicos e predeterminados: (i) as parcerias entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas (art. 84, parágrafo único, inc. I, c/c art. 84-A, ambos da Lei 13.019/2014) e (ii) os ajustes firmados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no âmbito do Sistema Único de Saúde (art. 84, parágrafo único, inc. II, c/c art. 3º, inc. IV, c/c art. 84-A, todos Lei 13.019/2014, c/c art. 199, §1º, CRFB/88).¹⁴

Embora o conceito de *convênio* tenha sido restringido às hipóteses supra elencadas, os ajustes voltados à consecução de interesses comuns não se esgotam nas categorias expressamente previstas e regulamentadas na Lei nº 13.019/2014. Até porque, para que seja aplicada a referida lei, é necessário que a entidade com a qual o ente público pretenda estabelecer instrumento de mútua cooperação se enquadre no

¹³ ARAGÃO. Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 717.

¹⁴ Lei Federal nº 13.019/2014: "Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84."



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

conceito amplo de organizações da sociedade civil, estabelecido no inciso I do art. 2º,¹⁵ o que não é sempre o caso. De fato, a Lei Federal nº 13.019/2014 não esgotou, nem poderia ter esgotado, as hipóteses em que o Estado pode firmar ajustes voltados à consecução de objetivos comuns (*convênios*, na acepção doutrinária mais ampla do que a legislativa). Nesse sentido, assim consignou a i. Procuradora do Estado Denise Feres Aua no **Parecer nº 18/DAMFA-PG-15/2016**.¹⁶

"Porém, isso não quer dizer que ao Estado é vedado celebrar instrumentos outros, que não os previstos na Lei nº 13.019/2014, termo de colaboração, termo de fomento, acordo de cooperação e os convênios mencionados no art. 84-A da referida Lei."

Isto porque os convênios são acordos em que as partes possuem um objetivo comum, que podem envolver ou não a transferência de recursos, sendo que o Estado, no exercício de sua autonomia administrativa, e desde que atendido o interesse público e as normas que regem os atos praticados pela Administração Pública, pode firmar esses ajustes."

¹⁵ "Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei no 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social;

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;"

¹⁶ No mesmo sentido: **Parecer ASSEJUR/SEPM CFTF nº 301/2019**.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Neste viés, desponta a disciplina contida no **Enunciado PGE/RJ nº 38**,¹⁷ que delimita a utilização da nomenclatura *convênio* após a Lei nº 13.019/2014, e cujo item 2 recomenda, para a denominação de instrumentos não regulamentados na referida lei e que não atendam ao conceito de convênio, a utilização da nomenclatura "termo de cooperação" ("*2. Neste caso, podem ser adotadas para o instrumento a ser firmado outras nomenclaturas que não previstas pela Lei nº 13.019/2014, como, por exemplo "termo de cooperação"*").

Assim, caso a parceria em exame realmente caracterize uma união de esforços com objetivos comuns, ter-se-á uma espécie do gênero doutrinário *convênio*, sendo adequada a nomenclatura *termo de cooperação* para designá-lo, na forma do Enunciado PGE/RJ nº 38. Vale, porém, destacar que o instrumento juntado aos autos sob o indexador nº 40018661, embora tenha como título de destaque "*TERMO DE COOPERAÇÃO*", apresenta também a expressão "*Acordo de Cooperação Técnica Nº 001/2022*" no seu início. Recomenda-se, no ponto, a uniformização, com a supressão da expressão "Acordo de Cooperação", por remeter a instrumento típico, previsto no inc. VIII-A do art. 2º da Lei nº 13.019/2014,¹⁸ que não é aplicável ao presente caso.

¹⁷ **Enunciado n.º 38 - PGE:** "Parcerias não disciplinadas pela Lei nº 13.019/2014 (Lei que rege as parcerias com o Terceiro Setor)

1. O advento da Lei nº 13.019/2014, que cuida das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidade de interesse público e recíproco, não afasta a possibilidade de que sejam celebradas outras parcerias com particulares, com vistas ao atendimento a outros interesses públicos, com base no art. 116 da Lei nº 8.666/1993, quando não houver disciplina legal especial aplicável à parceria que se pretende firmar.

2. Neste caso, podem ser adotadas para o instrumento a ser firmado outras nomenclaturas que não previstas pela Lei nº 13.019/2014, como, por exemplo "termo de cooperação".

3. Por força do disposto no art. 84-A da Lei nº 13.019/2014, a utilização do termo "convênio" é indicada para denominar os ajustes firmados entre os entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas ou com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que participam de forma complementar do sistema de saúde, na forma do art. 199, §1º da Constituição da República."

¹⁸ "Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)"



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Pois bem. Demonstrou-se que a expressão "Termo de Cooperação" é, de fato, compatível com o objetivo declarado do ajuste pretendido, o qual, conforme descrito na Nota Técnica I, consiste na comunhão de esforços com o objetivo comum de "*viabilizar a instalação de um mercado de ativos sustentáveis no ERJ*". Mas, diante do ineditismo da avença e da previsão de um conjunto de deveres para as partes que, salvo melhor juízo, não encontram paralelo em outro ajuste já firmado pelo ERJ, é necessário aprofundar o exame da natureza jurídica e do regime jurídico incidente sobre o Termo de Cooperação à luz de das obrigações nele firmadas.

Passa-se, então, à análise do ajuste sob essas lentes. Como se demonstrará a seguir, **muito embora o acordo tenha algumas características de uma comunhão de esforços com finalidade comum, as principais obrigações previstas, e o objetivo do ERJ com a sua celebração, conduzem à conclusão de que se está diante de uma espécie de "contrato de fomento"**, conceito utilizado por Marçal Justen Filho e Eduardo Ferreira Jordão para designar os ajustes em que "*um particular se obriga a observar certas práticas no âmbito da atividade empresarial, com a contrapartida da obtenção de vantagens perante o Estado*", a fim de induzir a atuação do agente privado em direções consideradas socialmente benéficas.¹⁹ Essa perspectiva será útil para elucidar o regime jurídico aplicável, em especial para avaliar se o procedimento de escolha dos parceiros privados foi regular ou se seria exigível a realização de licitação ou de procedimento similar (seção XXX deste Parecer).

2.2.2. O Termo de Cooperação como um "contrato de fomento" no caso concreto. Implicações para o regime jurídico.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 34, 2011, p. 6.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Da análise das obrigações constantes da minuta de Termo de Cooperação, verifica-se que, de um lado, a principal obrigação imposta ao ERJ consiste em "*alienar os créditos de ativos ambientais, ou os direitos a ele relativos, de titularidade do ERJ, por meio da plataforma a ser implantada e operacionalizada pela GEAP, na forma das Cláusulas Primeira e Terceira deste TERMO DE COOPERAÇÃO*" (Cláusula Quarta, inc. I). O parágrafo primeiro da Cláusula Terceira, por sua vez, define uma regra de **exclusividade**, por meio da qual o ERJ "*garantirá*" à GEAP exclusividade de negociação de seus créditos de ativos ambientais ou dos direitos a eles relacionados na plataforma por um período de 5 (cinco) anos, até que determinado volume de "*toneladas de reduções de emissões*" seja atingido. De outro lado, a GEAP deverá instalar uma plataforma que viabilize a transação de ativos ambientais no Estado do Rio de Janeiro, mantendo a sua sede e o seu funcionamento no mesmo Estado durante o período da exclusividade (v. Cláusula Primeira e seu Parágrafo Sexto, e Cláusula, inc. I). Já a NASDAQ deverá fornecer à GEAP o ferramental tecnológico necessário para a operação da plataforma, e consentir com o uso da sua marca (Cláusula Quinta).

As demais obrigações previstas na minuta, embora revelem uma união de esforços no sentido de criar um mercado de ativos ambientais robusto e duradouro, são acessórias. De fato, os principais deveres estabelecidos revelam que o Estado assegurará exclusividade na comercialização de seus ativos próprios e, como contrapartida, a GEAP/NASDAQ deverá instalar uma plataforma *no Rio de Janeiro*. Trata-se de previsão de obrigações *aparentemente* recíprocas e contrapostas. Essa natureza recíproca e contraposta das obrigações principais são apenas *aparentes* porque se, de um lado, o ERJ confere ao particular a exclusividade, de outro, **o interesse primordial do ERJ não é uma contraprestação direta que passará a integrar o seu patrimônio**.

Na verdade, o que o ERJ busca obter a partir da concessão da exclusividade ao particular é que este se comporte de certa forma. Deseja-se que a



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

GEAP crie, com a tecnologia da NASDAQ, uma plataforma de transação de ativos ambientais no Estado do Rio de Janeiro, capaz não só de servir como meio de transação ao ERJ, mas também de gerar o **desenvolvimento da economia verde no Estado**. Esse objetivo de política pública consta tanto da Nota Técnica I quanto do próprio texto da minuta do Termo de Cooperação:

Nota Técnica I

"3.3. Aspectos Financeiros do Projeto

(...)

Desse modo, **o ERJ não tem o propósito de implantar e gerir uma bolsa e nem de efetuar investimentos diretos em um empreendimento deste tipo. Seu papel limita-se ao de indutor, restringindo-se ao fomento para a instalação e o desenvolvimento da bolsa, no Estado, mediante ações que estimulem a oferta e demanda pelos ativos que nela serão negociados.**"
(grifou-se)

Termo de Cooperação

Cláusula Primeira, Parágrafo Quinto: "A plataforma tem por objetivo servir como instrumento e meio de transação de créditos de ativos ambientais no ERJ, além de fomentar, a longo prazo, o desenvolvimento de um mercado financeiro no ERJ, direcionado à promoção da sustentabilidade e de uma economia verde e de baixo carbono, devendo ser convertida em uma bolsa, tão logo tal conversão seja entendida como comercialmente viável pela GEAP."

É dizer, por meio do ajuste, o ERJ busca promover e incentivar uma atividade privada cujo desenvolvimento é capaz de gerar **externalidades positivas**. Entende-se *externalidades* como modalidade de falha de mercado na qual existem custos (externalidades negativas) ou benefícios (externalidades positivas) gerados por uma atividade privada, que são incorridos ou fruídos por toda a sociedade, mas não são internalizados por aquele que a exerce.²⁰ Em razão disso, quando há externalidades negativas (por exemplo, custos sociais decorrentes da poluição causada por uma

²⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Noções gerais sobre o fomento estatal. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; KLEIN, Aline Lícia. *Tratado de direito administrativo, volume 4: Funções administrativas do Estado*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2019, pp. 418/420.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

fábrica), o agente privado tenderá a produzir em nível superior àquele que seria o ideal (ótimo) do ponto de vista social.²¹ Ao revés, quando são positivas, os particulares irão exercer suas atividades em níveis inferiores àqueles que geraram os maiores ganhos para a sociedade.

No caso dos mercados de ativos ambientais, a Nota Técnica I apresenta justificativa da existência de externalidades positivas no desenvolvimento de um mercado local desse tipo. Com efeito, no tópico 2.3 do referido documento, o setor técnico da SEPLAG manifestou que existem benefícios sociais advindos da existência desse mercado, nos seguintes termos:

Nota Técnica I

“2.3. Externalidades Positivas do Desenvolvimento de um Mercado Local

Investimentos do setor privado em inovação verde não só geram lucros, mas criam enormes externalidades positivas para a sociedade e o meio ambiente como um todo, especialmente quando escalados para provocar a transformação de uma indústria inteira (FARINELLI ET AL., 2013, pág.5).

Farinelli et al. (2013, pág.5) afirmam ainda que os negócios verdes estão criando novas oportunidades econômicas tanto para empresas multinacionais como para pequenas e médias empresas. O setor privado, impulsionando o

²¹ Vejamos a definição do economista Gregory Mankiw: "As falhas do mercado que examinaremos neste capítulo se enquadram na categoria geral das chamadas externalidades. Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é denominado externalidade negativa. Se é benéfico, é chamado externalidade positiva. Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e dos vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. Como os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem quanto demandar ou ofertar, o equilíbrio de mercado não é eficiente quando há externalidades. Ou seja, o equilíbrio não maximiza o benefício total para a sociedade como um todo. A liberação de dioxina no meio ambiente, por exemplo, é uma externalidade negativa. As empresas produtoras de papel que estejam voltadas para seu próprio interesse não levarão em consideração o custo total da poluição que criam no processo de produção, e os consumidores de papel não levarão em consideração o custo total da poluição, para a qual contribuem, com suas decisões de compra. Portanto, as empresas emitirão dioxina em excesso, a menos que o governo as impeça ou desestimule." (MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à Economia*. Cengage Learning, 2019, cap. 10).



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

crescimento econômico e o desenvolvimento, está desempenhando um papel fundamental em encontrar soluções para os desafios de sustentabilidade global. Empreendimentos verdes têm tido sucesso em demonstrar a acionistas e partes interessadas (stakeholders) que as ações em direção a uma maior sustentabilidade de suas atividades não é necessariamente um custo, mas oferece alternativas para aumentar receitas, obter financiamentos temáticos e fidelizar clientes, ao mesmo tempo em que protegem o meio ambiente.

Uma bolsa vem a ser o ponto central para onde convergem empreendedores e investidores, que encontram nela as oportunidades e instrumentos para viabilizar os mecanismos de financiamento dos projetos ou para viabilizar o escoamento de produtos gerados a partir de projetos de sustentabilidade. Além dos empregos diretos que gera e dos investimentos em tecnologia que promove, que são necessários para o seu próprio funcionamento, a bolsa estimula o desenvolvimento de toda uma infraestrutura de serviços ao seu redor, imprescindíveis para o suporte do mercado. A criação de uma bolsa contribui assim, ainda que indiretamente, para a estruturação de grandes empresas e empregos adjacentes.

Segundo Zhuang et al. (2009), do Asian Development Bank, o desenvolvimento de mercados financeiros traz importantes externalidades positivas para a sociedade, na forma de crescimento econômico, acesso a produtos e informações e investimento em capital humano. Pode-se considerar que os mercados de ativos sustentáveis ensejam os mesmos benefícios, na medida em que guardam grandes semelhanças com os mercados financeiros, uma vez que a natureza e as características dos ativos neles transacionados são similares.

Nesse contexto, crescimento econômico e maior acesso a produtos e informações significam maior geração e circulação de riquezas, e o investimento em capital humano se traduz em mais oportunidades de emprego e na demanda por mais e melhor educação, o que resulta em benefícios para toda a sociedade, além dos efeitos sobre a própria arrecadação em decorrência da promoção da atividade econômica.

O desenvolvimento do mercado abre enormes oportunidades para potencializar a tríplice hélice da inovação, por meio da qual o papel das universidades estaduais será dinamizado e valorizado, tanto pela formação de quadros para o mercado como pela produção de conhecimento e tecnologias para viabilizar a transição para a nova economia de baixo carbono que hoje se apresenta como inexorável.”

Nesse contexto, quando são identificadas externalidades positivas, o Estado pode, no exercício de suas funções de incentivo e planejamento (art. 174,



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

CRFB/88), promover aquela atividade privada, criando uma estrutura de incentivos que favoreça o seu desenvolvimento. Quando atua dessa maneira, o Poder Público exerce atividade de **fomento** público de atividades privadas. Ao invés de prestar a atividade diretamente, opta-se pelo apoio à iniciativa privada, reconhecendo-se que a atividade por ela prestada gera benefícios públicos, para além dos lucros eventualmente auferidos pelo ator privado.²²

Por certo, o Estado também receberá, caso executado o acordo, um meio de transação para os seus próprios ativos ambientais. A GEAP deverá implantar uma plataforma no território do Estado, possibilitando que ela seja utilizada para a alienação, pelo Estado, dos ativos que certificar. No entanto, os motivos expressamente elencados pelo Estado para a celebração do ajuste evidenciam que o objetivo primordial de interesse público perseguido é o fomento, e não a simples obtenção de um meio de transação. De fato, “[a] *não implantação de uma plataforma local não necessariamente impediria a Administração de alienar os seus ativos*”, de modo que a concessão de exclusividade para incentivar a instauração de uma plataforma no Estado do Rio de Janeiro serve a objetivos públicos mais amplos do que a simples obtenção de um local para vender ativos que o Estado venha a certificar. Os trechos abaixo, extraídos da Nota Técnica I, esclarecem esse ponto:

Nota Técnica I

“6.2. Cenários Alternativos

A não implantação de uma plataforma local não necessariamente impediria a Administração de alienar os seus ativos. Esses ativos poderiam se disponibilizados para venda através de outras plataformas, que já existem tanto local quanto também, e principalmente, internacionalmente.

²² Na definição de José Vicente Santos de Mendonça, fomento é “*a atividade pública de apoio à iniciativa privada, quando esta desenvolve atividades de interesse social, por meios persuasivos – ou é a atividade de dispensação não-devolutiva de bens e direitos a administrados, em razão de suas atividades, para que estes a realizem de modo facilitado.*” (Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *R. Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, 65, 2010, p. 135).



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

(...)

Com efeito, potencialmente, os custos refletiriam-se em menores valores obtidos na venda, o que representa um custo indireto. **Entretanto, mesmo que a plataforma NASDAQ-GEAP cobre tarifas, e desde que sejam comparáveis às das suas congêneres, ainda assim é de interesse da Administração direcionar as suas operações para a plataforma NASDAQ-GEAP, tendo em vista as externalidades positivas que a instalação de uma plataforma local traz para a economia estadual**, como já discorrido nesta Nota.” (grifou-se).

Isso revela que a celebração do acordo ora analisado tem um *“preponderante aspecto político-regulatório”*,²³ consistente em servir como *“mecanismo de internalização de que dispõe o Estado para incentivar o desempenho de atividades que geram benefícios sociais”*.²⁴ Nesses termos, por se tratar de um ajuste que tem como finalidade precípua, para o Estado, o incentivo a agentes privados visando à internalização de externalidades positivas geradas pela atividade, é possível enquadrá-lo no conceito de **contrato de fomento** (registrando, porém, que o conceito de *contrato* é usado em sentido amplo), assim definido por Marçal Justen Filho e Eduardo Ferreira Jordão:²⁵

“O **contrato de fomento** deve ser entendido como uma técnica de intervenção no domínio econômico. Constitui mais um instrumento de que dispõe o Estado para realizar as finalidades sociais que lhe cabem na estrutura constitucional. **A sua dimensão político-regulatória claramente prepondera sobre a sua dimensão econômica.**”

Através da contratação, o Poder Público não busca uma utilidade a ser diretamente fruível para si ou para a coletividade. O objetivo visado pelo Poder Público não é, por exemplo, a construção de um edifício público ou a prestação de um serviço específico, objetivamente caracterizável. **Corresponde ao estado de coisas (efeitos diretos e indiretos) decorrente da execução de alguma atividade privada.** O seu interesse reside, sob um

²³ JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 34, 2011, p. 8.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*, p. 7; grifou-se.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

certo ângulo, nas externalidades positivas geradas com a adoção da conduta fomentada. Esta é a razão econômica da intervenção.”

Os contratos de fomento não se confundem com os contratos administrativos em sentido estrito, cuja regulamentação minudente é feita pela Lei nº 8.666/1993 (ou pela Lei 14.133/2021), porque o particular envolvido, que recebe um benefício da Administração Pública, não entrega uma contrapartida direta ao Estado, que passaria a integrar o patrimônio estatal. O que ocorre é que o agente privado, ao cumprir os termos do acordo e direcionar a sua atuação privada conforme definido entre as partes, gera uma elevação esperada nos benefícios sociais, para aquela região, que a sua atividade é capaz de produzir. Isso é muito diferente da entrega de uma simples prestação a uma contraparte contratual. Tampouco se pode confundir o contrato de fomento com os contratos de concessão de serviços públicos, porque a atividade privada objeto do fomento é atividade econômica em sentido estrito.

Como resume Flávio Amaral Garcia, “*nos contratos de fomento, o interesse público que determina a contratação reside nas externalidades positivas (efeitos indiretos) de um empreendimento empresarial privado e não em prestações diretas à Administração (contratos de colaboração) ou prestações diretas a usuários de serviços públicos (contratos de delegação)*”.²⁶

A celebração de ajustes, de natureza contratual ou não, com objetivo de fomento encontra respaldo claro na Constituição Estadual, que contém comandos no sentido de que o Estado deve atuar na atração de novos investimentos em seu território. Neste sentido, o art. 214 estabelece que “*o Estado e os Municípios*” “*atuarão no sentido da realização do desenvolvimento econômico e da justiça social*”; e o art. 220, *caput*, estabelece que o “*Estado adotará política integrada de fomento à indústria, ao*

²⁶ GARCIA, Flávio Amaral. A utilização dos bens públicos como instrumento de fomento e o processo de contratação com terceiros. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p. 21-26, fev. 2017, p. 24.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

comércio e aos serviços (...)", e seu parágrafo único prevê que os "[o]s Poderes Públicos estimularão a empresa pública ou privada que (...) realizar novos investimentos em seu território, úteis aos seus interesses econômicos e sociais (...)."

Nem se poderia impor como óbice à celebração do acordo pretendido o fato de que, por representar uma espécie *nova* de ajuste administrativo voltado ao fomento, não haveria regulamentação legal específica. É que a Lei de Processo Administrativo Estadual (Lei Estadual nº 5427/2009) enuncia, em seu art. 76, que *"a Administração Pública pode, na persecução de seus fins e nos limites do seu poder discricionário, celebrar quaisquer contratos, consórcios, convênios e acordos administrativos, inclusive pactos de subordinação com seus órgãos ou com administrados, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 2º desta Lei"*.²⁷

Isso posto, vale registrar que a distinção entre o contrato de fomento e o contrato administrativo em sentido estrito explicitada neste Parecer implica importantes peculiaridades a respeito do regime jurídico incidente. Justen Filho e Jordão discorrem sobre as especificidades do regime dos acordos voltados ao fomento no seguinte trecho:

"O contrato de fomento corresponde a instrumento de implantação de uma política pública. Nele, o interesse público que determina a contratação reside nos benefícios indiretos decorrentes da execução de alguma atividade (nas suas "externalidades positivas") – e não na atividade em si. Por isso mesmo, a Administração tem menor ingerência sobre como a atividade será desempenhada, e o particular tem maior liberdade para executá-la de acordo com os seus critérios empresariais. O poder público meramente estimula a execução de um empreendimento privado, que remanesce totalmente privado e cuja configuração segue nas mãos do particular.

²⁷ Sobre o tema, tratando especificamente da viabilidade jurídica de assinar "Acordos de Programa", ver o Visto da Procuradora-Geral do Estado na **Promoção S/N ASC, de 17 de outubro de 2013**.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Essas diferenças explicam porque o regime jurídico aplicável aos contratos de fomento não é o mesmo que se aplica aos contratos administrativos em sentido estrito.²⁸

Nesse sentido, não se aplicam aos contratos de fomento as prerrogativas extraordinárias da Administração Pública, que abrangem a competência para inovar unilateralmente as condições contratuais. Nem todas as limitações da Lei Geral de Licitações e Contratos são diretamente aplicáveis. **É preciso que se analise a aplicabilidade das disposições legais à luz da natureza do contrato de fomento, avaliando-se se a incidência irrefletida de dispositivos voltados a regulamentar realidades diferentes (a dos contratos administrativos em sentido estrito) pode inviabilizar os objetivos fomentadores que o Estado tem com a realização do acordo.** Isso significa aplicar dispositivos da Lei nº 8.666/1993 quando couber, mas afastar a aplicação do que for incompatível com a natureza do ajuste. É sob essa perspectiva que serão analisadas, ao longo deste Parecer, as diversas disposições do “Termo de Cooperação” proposto.

Por fim, diante do fato de que o acordo que se pretende assinar possui elementos que o aproximam de um convênio (na acepção mais ampla), de um lado, e obrigações principais que evidenciam uma natureza de *contrato de fomento*, de outro, entende-se que não há impedimentos à adoção da nomenclatura “Termo de Cooperação”, na ausência de previsão legal específica sobre essa modalidade de ajuste. Afinal, *“pragmaticamente pouco importa o nomen juris”*²⁹. O importante é que a natureza identificada seja observada na definição do regime jurídico incidente sobre cada obrigação prevista.

2.3. A escolha das entidades privadas fomentadas

²⁸ *Id.*, p. 11; grifou-se.

²⁹ Visto do Subprocurador-Geral do Estado Rodrigo Mascarenhas ao Parecer nº 18/DAMFA-PG-15/2016.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Cumprir avaliar se a escolha da GEAP e da NASDAQ como entidades privadas a serem fomentadas observou os procedimentos legais e as justificativas necessárias. Sobre o ponto, nota-se que, por meio do Termo de Cooperação em exame, o Poder Público estará atribuindo ao particular algo que possui valor economicamente apreciável, e poderia, em tese, ser objeto de disputa entre interessados: uma **exclusividade**. É dizer, como a exclusividade só pode ser atribuída a uma entidade determinada – havendo, portanto, *escassez* -, e é capaz, pelo menos em teoria, de favorecer economicamente uma pessoa específica – havendo, assim, valor econômico -, seria possível cogitar que o Estado realizasse certame para escolher interessados em ser parceiro exclusivo do Estado na negociação de ativos ambientais, atribuindo a exclusividade, por exemplo, àquele que propusesse o maior valor.

Contudo, a definição do ajuste como uma espécie de “contrato de fomento”, exposta na seção anterior deste Parecer, evidencia que **a licitação, a princípio, não é o procedimento adequado para a escolha do agente privado cuja atividade será fomentada**. Justen Filho e Jordão listam três razões para isso. Em primeiro lugar, a licitação é procedimento competitivo público, o que exige a revelação de planos de negócios dos particulares; mas a divulgação dos planos de particulares fomentados colocaria em risco o próprio empreendimento privado, inviabilizando o sucesso da atividade que se quer fomentar.

Em segundo lugar, a licitação implica *vinculação ao instrumento convocatório*, o que também se mostra incompatível com as características do fomento. É que, vinculando-se o particular ao projeto inicialmente apresentado, elimina-se a possibilidade de alterações das concepções iniciais do empreendimento, o que pode descaracterizar o fomento e qualificar a parceria como um contrato administrativo em sentido estrito. Por fim, “*é problemático (e muitas vezes inviável) promover uma comparação objetiva em relação ao modo mais satisfatório de atendimento dos*



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

objetivos perseguidos pela Administração em tais hipóteses”, por conta da existência de potenciais repercussões imponderáveis e não objetivas.³⁰

O fato é que, “*por vezes, o empreendimento proposto por determinado grupo econômico revela uma singularidade e benefícios que não podem ser comparáveis por meio de licitação formal*”.³¹ Cumpre analisar, assim, se constam nos autos elementos capazes de justificar a inviabilidade de comparação objetiva, por meio de licitação, da escolha proposta pela SEPLAG. Essa análise, feita na subseção que segue, levará em conta principalmente as declarações contidas na Nota Técnica I.

2.3.1. A inviabilidade de competição

Feitas essas considerações acerca da natureza do ajuste que se pretende celebrar, a presente análise será feita com base, *apenas naquilo que for compatível com o objeto fomentador do ajuste*, no que dispõe a Lei nº 8.666/93, diante da ausência de normas legais específicas regulamentando acordos do tipo.

Preliminarmente, verifica-se que a Administração optou pela não utilização do processo de licitação para firmar o ajuste. Quanto ao ponto, o art. 37, XXI, da Constituição da República estabelece que para as contratações realizadas pela administração deve-se observar a regra da licitação, sendo um mecanismo de garantia da “*igualdade de condições a todos os concorrentes*”. No entanto, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello³², a realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos pressupostos: o *lógico*, *jurídico* e o *fático*. O pressuposto *lógico* é a existência

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. Revista Brasileira de Direito Público, v. 34, 2011, pp. 13/14.

³¹ GARCIA, Flávio Amaral. A utilização dos bens públicos como instrumento de fomento e o processo de contratação com terceiros. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p. 21-26, fev. 2017, p. 24.

³² DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2016, 33ª Edição, págs. 560/561



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

de pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes. O pressuposto *jurídico* consiste na possibilidade de a licitação acudir ao interesse da Administração. Por fim, o pressuposto *fático* é a existência de interessados em disputá-la. Ausentes quaisquer desses pressupostos, não haverá sentido em se deflagrar o procedimento licitatório.

No presente caso, considerando que, ao que tudo indica, as características das entendidas signatárias, conforme expostas na Nota Técnica (41057982), somadas à complexidade do objeto do Termo a ser celebrado, reduzem o universo competitivo para fins da contratação, aparentemente, a pretensão ora em análise se enquadra na hipótese de ausência de pressuposto lógico. A ausência desse pressuposto implica, por consequência, a inviabilidade de competição, cuja hipótese possui tratamento normativo no art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Tendo em vista que se trata de exceção à regra da licitação, o Tribunal de Contas da União, no Processo nº 004.948/95-5³³, entendeu que “*a inviabilidade de competição deve ser demonstrada de forma indubidosa*”. **No caso concreto, parece-nos que restou efetivamente demonstrada nos autos a inviabilidade de competição com base em parâmetros objetivos.**

Quanto ao ponto, observa-se que a Nota Técnica I (41057982) expôs as características da NASDAQ, que demonstram sua *expertise* e sua vantajosidade em relação a outras empresas que atuam na mesma área. Confira-se:

“1. INTRODUÇÃO

O Estado do Rio de Janeiro (“ERJ”) tem entre seus objetivos estratégicos o de fomentar a criação de um ambiente de negócios favorável ao desenvolvimento de um mercado de ativos sustentáveis.

(...)

³³ Decisão nº 613/96, TCU – Plenário. Ministro Relator: Bento José Bugain.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Tal mercado, centrado na plataforma, deverá ser implementado e operacionalizado pela iniciativa privada, visto ser essa uma atividade própria do segmento empresarial, que atuará em parceria com o ERJ, a quem caberá somente o papel de fomentador, de modo a ser um indutor do desenvolvimento desse mercado local.

O objetivo deste trabalho é evidenciar que **o projeto apresentado conjuntamente pelas organizações NASDAQ e GEAP reúne as credenciais suficientes que o qualificam, a nosso ver, como sendo o que apresenta condições altamente vantajosas de operacionalização desta parceria com o Estado.**

(...)

8.3. Vantagens da NASDAQ

Conforme informações divulgadas pela Statista, empresa alemã especializada em dados de mercado e consumo, que cobre cerca de 170 setores de atividade em cerca de 160 países, **a NASDAQ é atualmente a maior bolsa americana por volume negociado, superando os volumes negociados na NYSE, a unidade mais importante da ICE, em cerca de 10%.⁶**

De acordo com um estudo publicado em 2018, as empresas que transferiram a sua listagem da NYSE para a NASDAQ beneficiaram-se de um aumento nos seus volumes de negociação. Tal efeito é atribuído pelos pesquisadores, entre outros, ao fato de que a NASDAQ é percebida como mais focada em tecnologia e, portanto, a listagem na NASDAQ modifica a percepção que os investidores têm da companhia. Uma outra explicação é que a exposição na NASDAQ é mais apelativa aos investidores, o que leva a um aumento nos volumes negociados. Por fim, a visibilidade dessas empresas é melhorada pela maior cobertura e atitudes midiáticas mais favoráveis (DANG, MOCHAYLUK e PHAM, 2018, págs.2, 5 e 6).

Além do seu pioneirismo no mercado de bolsas, onde criou o primeiro sistema de negociação totalmente eletrônico, a NASDAQ caracteriza-se pela inovação também nos ativos sustentáveis. Ela foi pioneira ao lançar, recentemente, em março de 2022, uma família de índices de preços de remoção de carbono baseados nas negociações realizadas no mercado de carbono da Puro.Earth, uma empresa finlandesa na qual ela detém uma participação e que lançou o primeiro mercado de remoção de carbono do mundo.

A plataforma oferecida pela *Puro.Earth*, uma empresa na qual a NASDAQ tem participação majoritária, negocia o mesmo tipo de produto que se pretende para a inicialização da plataforma brasileira, que são os tokens de



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

créditos de carbono do mercado voluntário, oriundos de projetos de redução de emissões.

Até onde pudemos apurar, um produto com essas características não é negociado nos mercados de carbono operacionalizados pela ICE. Nesta bolsa são negociados contratos de futuros de créditos de carbono associados às licenças de emissão (emissions allowances) dos mercados regulados e contratos futuros de índices de carbono. Não se conseguiu averiguar a negociação de certificados de redução de emissões semelhantes aos da Puro.Earth.

Outra bolsa que recentemente passou a oferecer produtos semelhantes aos que se pretende para a plataforma que irá se instalar no Rio de Janeiro é a Chicago Mercantile Exchange, que pertence ao CME Group, mas esta somente negocia contratos futuros de carbono do mercado voluntário, que são diferentes dos certificados de reduções de emissões que se planeja para a fase inicial e cuja operacionalização é necessária para a introdução posterior dos contratos de derivativos.” (grifou-se).

Em relação a essas constatações, registra-se, de início, que não compete à Assessoria Jurídica reavaliar a validade e correção das premissas técnicas utilizadas pelo setor competente, desde que presente a devida fundamentação. Dito isso, verifica-se que as justificativas apresentadas pelo setor técnico da SEPLAG revelam que a comparação objetiva entre projetos de agentes privados que poderiam, em tese, ser fomentados, não é viável. Com efeito, há indicativos de que existem fatores subjetivos e específicos nesse mercado que são difíceis de mensurar. Isso é ilustrado pela menção feita, na Nota Técnica I, a estudos no sentido de que a *percepção* do mercado é fator relevante no desenvolvimento do mercado e na própria precificação dos ativos negociados na plataforma ou bolsa (“a *NASDAQ* é percebida como mais focada em tecnologia e, portanto, a listagem na *NASDAQ* modifica a percepção que os investidores têm da companhia”).

Além disso, a conclusão da Nota Técnica resumiu de forma clara e precisa as principais características da *NASDAQ*, as quais, somadas aos fatores acima transcritos, podem servir como justificativa da inviabilidade de competição em relação à escolha da *NASDAQ*. Confira-se:



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

“10. CONCLUSÃO

Para uma avaliação do projeto, os seguintes aspectos foram levados em consideração:

1. O mercado de ativos sustentáveis, representado, em um primeiro momento, pelo mercado de créditos de carbono, é um mercado de abrangência global, sendo assim recomendável que a escolha da organização parceira recaia sobre uma instituição de abrangência internacional, como é o caso os conglomerados bursáteis ICE e NASDAQ, ambos com ramificações em diversos países ao redor do globo.
2. O desenvolvimento de um mercado novo requer um alto grau de experiência das instituições envolvidas, como é o caso da NASDAQ, que já administra mercados bursáteis há mais de 50 anos.
3. Os mercados de ativos sustentáveis, que ainda estão em construção no mundo todo, necessitam de organizações movidas por inovação e pioneirismo, o que é característico da NASDAQ.
4. A NASDAQ é uma marca de excelência técnica e operacional reconhecida globalmente.
5. A NASDAQ já operacionaliza uma plataforma com as mesmas características operacionais que se pretende para inicializar a implantação do mercado local, em um dos mercados de ativos sustentáveis mais exigentes do mundo, que são os mercados dos países nórdicos.
6. Os mercados serão cada vez mais digitais, fazendo com que as organizações neles envolvidos devam ser preferivelmente proeminentes nessas novas tecnologias, como é o caso tanto da NASDAQ como da GEAP, com quem a NASDAQ mantém uma parceria para o desenvolvimento de soluções nesta área.
7. A parceria NASDAQ-GEAP reúne notória especialização técnica, constituindo-se, assim, uma solução singular para o Estado.

Em face do exposto, a opção pelo projeto NASDAQ-GEAP para entrar em acordo de cooperação com o ERJ se apresenta como uma alternativa altamente vantajosa para a Administração.”

Cumprе ressaltar, todavia, que o ajuste envolve, além da NASDAQ, a GEAP, e, quanto a essa segunda signatária, não se logrou encontrar o mesmo detalhamento quanto às características que levam à inviabilidade de competição quanto à parte do objeto que lhe cabe. É dizer, não consta dos autos a análise das características e/ou justificativas que, em princípio, tornam inviável a competição na parte do objeto que compete à GEAP, devido a uma eventual singularidade das atividades por ela



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

desenvolvidas. Entretanto, uma vez justificada a escolha da NASDAQ, seria possível argumentar que as características que levaram a essa escolha, afastando-se a regra da licitação, seriam *extensíveis* à GEAP caso ela fosse a única pessoa jurídica com quem a NASDAQ estaria disposta a operar a plataforma no Brasil.

Nesse sentido, consta dos autos carta enviada pela NASDAQ ao Secretário de Estado de Planejamento e Gestão (index 41056320) em que a companhia indica a GEAP como responsável pela operação da plataforma no Rio de Janeiro. Esse fato foi também destacado na Nota Técnica I, onde se declarou que, “*nos termos da carta recebida da NASDAQ, onde ela assume a responsabilidade pela infraestrutura tecnológica, a GEAP é apontada como a responsável pela operacionalização da solução proposta*”. Os apontamentos da área técnica sobre a questão foram os seguintes:

“É importante salientar que, nos termos da carta recebida da NASDAQ, onde ela assume a responsabilidade pela infraestrutura tecnológica, a GEAP é apontada como a responsável pela operacionalização da solução proposta, o que é bastante compreensível tendo em vista que a NASDAQ, sendo uma bolsa estrangeira sem uma presença ainda estabelecida no País, carece de um parceiro com conhecimento e experiência do mercado local e que, principalmente, goze de sua confiança. Uma outra organização responsável pela operacionalização, sem afinidade e sem deter as competências técnicas minimamente requeridas pela NASDAQ, poderia frustrar o alcance dos objetivos do projeto, o que seria ruinoso para o seu resultado e a própria imagem da NASDAQ. Assim, é razoável supor que esteja configurada uma indissolubilidade da parceria para o projeto em questão”

Essa “*indissolubilidade*” é também reforçada pelo fato de que há previsão expressa na minuta do Termo de Cooperação de que “[a] *NASDAQ concorda e autoriza que sua marca seja utilizada pela GEAP, de modo associado exclusivamente à tecnologia utilizada na plataforma, assegurando-lhe credibilidade e confiança*” (Cláusula Quinta, Parágrafo Primeiro). Com esse dispositivo, busca-se garantir que os elementos trazidos na Nota Técnica I associados à percepção do mercado pela utilização da marca *NASDAQ* de fato estejam presentes no empreendimento conjunto com a GEAP.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Declarou-se, assim, que o empreendimento que se quer fomentar é de iniciativa conjunta da NASDAQ e GEAP, que atuarão de forma integrada para viabilizar o desenvolvimento do mercado de ativos ambientais, conforme planos de negócios elaborados em conjunto. Dessa forma, as justificativas da escolha da NASDAQ parecem extensíveis à GEAP, considerando a atuação conjunta de ambas, no país, para o desenvolvimento do empreendimento que o Estado deseja estimular. A corroborar isso, previu-se com destaque, entre as causas que podem levar à extinção do Termo de Cooperação, o rompimento da parceria entre a NASDAQ e a GEAP (Cláusula Décima, Parágrafo Terceiro, *in fine*).

2.3.2. As justificativas apresentadas para a formalização do ajuste

As contratações realizadas pela Administração, sejam elas precedidas de processo licitatório ou não – nos casos excepcionais em que é permitido –, devem observar princípios que informam a atuação do Poder Público, dentre eles o princípio da motivação, o qual consta mencionado de forma expressa na Lei Estadual nº 5.427/2009, que estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências, no seu art. 2º.³⁴

Desse modo, é necessário verificar se o processo administrativo foi instruído com as devidas justificativas em relação ao seu objeto, qual seja, o ajuste que se pretende celebrar. Da análise dos autos é possível extrair as justificativas da Introdução da Nota Técnica (41057982):

“1. INTRODUÇÃO

³⁴ “Art. 2º - O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.”



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

O Estado do Rio de Janeiro (“ERJ”) tem entre seus objetivos estratégicos o de fomentar a criação de um ambiente de negócios favorável ao desenvolvimento de um mercado de ativos sustentáveis.

Esta iniciativa melhor posiciona tanto o ERJ como o próprio País para participar do processo global de transição para uma nova economia baseada em sustentabilidade.

A implantação de um mercado de ativos sustentáveis alinha-se com os objetivos da Política Estadual de Mudança Climáticas, expressos no art. 3º da Lei Estadual nº 5.690/2010 (...).

Para que este mercado se materialize, é necessário iniciar-se pela implantação de uma plataforma de negociação que aglutine os agentes em torno de um instrumento econômico concreto e efetivo.

Com efeito, o Plano Plurianual 2020-23, em seu Programa 0438 (Preservação e Conservação Ambiental), já havia previsto duas ações importantes neste sentido: a) Ação 5638 (Desenvolvimento Ambiental Sustentável), entre cujas finalidades está a de promover o alcance as obrigações constantes da política nacional ambiental e legislação correspondente, inclusive a Lei nº 12.187/2009, na qual se objetiva, entre outros, o desenvolvimento do Mercado Brasileiro de Emissões; e b) Ação 5645 (Gestão de Recursos Naturais), entre cujos produtos está previsto o desenvolvimento de um mecanismo financeiro para comercializar carbono.

Tal mercado, centrado na plataforma, deverá ser implementado e operacionalizado pela iniciativa privada, visto ser essa uma atividade própria do segmento empresarial, que atuará em parceria com o ERJ, a quem caberá somente o papel de fomentador, de modo a ser um indutor do desenvolvimento desse mercado local.”

Ainda neste ponto, considerando a natureza da avença e que, como já visto, ela se enquadra na hipótese excepcional de inviabilidade de competição, é recomendável que o processo seja instruído também, apenas *no que couber*, com os elementos mencionados no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93.³⁵

³⁵ “Art. 26. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Considerando as características peculiares do caso analisado, descritas no item 2.2.2, *supra*, deste Parecer, observa-se que cabe apenas verificar o cumprimento do disposto no inciso II do citado artigo, que diz respeito à **razão da escolha do executante** – entendendo-se por “executante”, no caso, as empresas privadas cujas atividades serão fomentadas.³⁶ Dito isso, verifica-se que as razões da escolha do “executante” podem ser extraídas das próprias justificativas que levaram à inviabilidade de competição, já analisadas no tópico anterior, no qual se verificou que as justificativas quanto à escolha do empreendimento que será levado a efeito pela NASDAQ, em conjunto com a GEAP, constam no corpo da Nota Técnica.

2.3.3. A aptidão das empresas signatárias para celebrar o ajuste

Seguindo a análise, registra-se que, antes da celebração do ajuste, será necessário que o setor competente avalie se as empresas signatárias estão aptas, do ponto de vista jurídico e sob o aspecto técnico, para celebrar o ajuste e atingir os fins almejados. À evidência, as particularidades do caso concreto afastam uma observância rígida dos requisitos de habilitação legais, previstos de forma geral na Lei nº 8.666/93. Esse diploma normativo contém um rol máximo do que pode ser exigido do licitante, de modo que cabe ao administrador, em cada caso, realizar a devida avaliação, podendo dispensar aqueles que não sejam compatíveis ou necessários para a execução do objeto da futura avença. Nesse sentido são as lições lançadas no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, que analisou o Edital de concorrência internacional relacionado ao Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário:

³⁶ “De fato, o inciso I é inaplicável, pois não se está diante de situação emergencial ou calamitosa; o inciso III tampouco incide, considerando que a celebração do ajuste não implicará no repasse de recursos financeiros entre as partes; por fim, o inciso IV é igualmente impertinente, porque o ajuste em comento não envolve alocação de bens.”



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

“[a] fase de habilitação é instrumental e não um fim em si mesma. Conecta-se umbilicalmente aos aspectos materiais do objeto. As exigências devem estar motivadamente conectadas às estritas finalidades do objeto, conforme determina o inciso XXI do art. 37 da Constituição, existindo, no entanto, uma margem de discricionariedade para o gestor avaliar e sopesar o tipo e o nível de intensidade da exigência. (...) Evidencia-se, a nosso ver, maior grau de flexibilidade para que o gestor possa precisar os documentos que, de fato, se impõem como indispensáveis para o cumprimento do objeto. A lógica é a de que a racionalidade das obras de infraestrutura demanda normas que vão além da racionalidade da Lei nº 8.666/93, cuja aplicação, para concessões, merece alguns cuidados.”

Se mesmo para a formação de contrato de concessão de serviço público é viável a dispensa motivada desses requisitos legais, *a fortiori* as exigências devem ser relativizadas no caso presente, que envolve uma modalidade inovadora de acordo com finalidade de fomento (v. item 2.2.2, *supra*). Assim, **conquanto não seja necessário juntar todos os documentos de habilitação da Lei nº 8.666/93 ou de outros diplomas legais que tragam rol de documentação mínima, impõe-se a comprovação e atestação, nos autos, de que o parceiro privado realmente detém (i) a possibilidade jurídica de firmar o ajuste que se deseja e (ii) as qualificações técnicas suficientes para, valendo-se do fomento público, atuar no sentido de desenvolver o mercado.**

No presente caso, observa-se que o ajuste será celebrado com duas empresas estrangeiras que não funcionam no país. Sobre o tema, a Lei nº 8.666/1993 tem dispositivo que pode servir de norte para a avaliação da completude e da vigência da documentação apresentada. Com efeito, o seu art. 32, §4º, trata da participação dessas empresas estrangeiras e dos documentos necessários, estabelecendo que “[a]s empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante **documentos equivalentes**, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente”. Trata-se de hipótese distinta daquela regulamentada no art. 28, inc. V, da Lei nº 8.666/1993, que cuida das



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil, possuindo administração e sede fora do país – para estas, toda a habilitação deve se dar de acordo com as regras nacionais.³⁷ Por *documentos equivalentes*, podem ser compreendidos aqueles que no âmbito das leis locais de onde as empresas estão sediadas comprovem a sua existência, capacidade (operacional e técnica) e regularidade.

Na minuta de Termo de Cooperação em exame (indexador nº 40018661), observa-se que as Cláusulas Primeira e Sexta estabelecem que caberá à GEAP a criação de uma subsidiária brasileira, sendo esta a responsável, no futuro, pela operacionalização da plataforma para a alienação dos créditos de ativos ambientais que funcionará no território brasileiro. Confira-se:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

O presente **TERMO DE COOPERAÇÃO** tem por objeto a instalação, até 31 de dezembro de 2022, pela **GEAP**, por meio de sua subsidiária brasileira, sediada no Estado do Rio de Janeiro, de uma plataforma viabilizando a alienação, pelo **ERJ**, de créditos de ativos ambientais ou direitos a eles relacionados, entre eles, créditos de carbono, de acordo com os compromissos assumidos no âmbito do Protocolo de Intenções e dos ANEXOS 3 e 4.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: Compreende-se por instalação da plataforma, para os fins deste **TERMO DE COOPERAÇÃO**, a adoção, pela **GEAP**, das providências de estruturação necessárias para sua criação e operacionalização, dentre elas, constituir e estabelecer a subsidiária brasileira, contratar equipe capacitada, criar website, dar início ao desenvolvimento e customização da plataforma, além de outras condições que caracterizem a sua operacionalidade.
(...)

6. CLÁUSULA SEXTA – DAS OBRIGAÇÕES DA GEAP:

São obrigações exclusivas da GEAP:

I - **criar e instalar**, até 31 de dezembro de 2022, **uma subsidiária brasileira** que tenha solidez administrativa e financeira, com sede na cidade do Rio de Janeiro, **cujo objeto permita a operação da plataforma para comercialização de ativos ambientais.**

³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. “Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu”. *Revista de Direito Administrativo*, 269, 67–106, 2015. V. também SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações Internacionais: Participação de Estrangeiros e Licitações Realizadas Com Financiamento Externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Além disso, conforme se extrai da Cláusula Terceira da Minuta apresentada, o Estado do Rio de Janeiro se obrigará a negociar seus créditos de ativos ambientais, com exclusividade, na plataforma que será operacionalizada pela subsidiária brasileira, que a GEAP ficou responsável pela criação e instalação.

Observa-se, portanto, que, no atual momento, está-se diante de uma mera enunciação de objetivos em comum, qual seja, a criação de uma plataforma que viabilize a alienação de créditos de ativos ambientais ou direitos a eles relacionados (cf. Cláusula Primeira da minuta), o que será feito pela empresa subsidiária a ser criada pela GEAP. Em poucas palavras: até a criação dessa subsidiária, com sua adesão ao Termo de Cooperação, o ajuste não é capaz de produzir efeitos perante o ERJ (no capítulo 3, *infra*, deste Parecer, consta recomendação de que a subsidiária da GEAP passe a integrar o acordo mediante Termo Aditivo).

Com base nessa premissa, evidencia-se que as empresas estrangeiras signatárias do termo possuem apenas participação indireta no objeto principal do ajuste, e a celebração do Termo de Cooperação, *neste momento inicial*, não é capaz de vincular o ERJ. Assim, as particularidades da avença, aparentemente, permitem a aplicação temperada das exigências de habilitação, sendo possível ter por parâmetro o disposto no §4º do art. 32 da Lei nº 8.666/93. Além disso, de acordo o próprio dispositivo mencionado, a apresentação da documentação equivalente deverá ser feita ***tanto quanto possível***, o que implica dizer que pode ser que não haja documentação compatível no país de origem das signatárias, sendo esse o caso, sugere-se que seja apresentada declaração da respectiva entidade ou justificativa pelo setor responsável.

Estabelecidas essas premissas, registramos que, em que pese se tratar de matéria afeta à discricionariedade do gestor, não se logrou encontrar nos autos qualquer menção à documentação exigida das signatárias do Termo em análise. Essa devida



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

avaliação e definição deve ser objeto de **manifestação do setor responsável, que deverá atestar a validade, completude e regularidade dos documentos apresentados pela NASDAQ e pela GEAP antes da assinatura do Termo de Cooperação. Nesse sentido, é preciso atestar, antes da assinatura, que as empresas signatárias comprovaram as suas existência, capacidade e regularidade, por meio, por exemplo, de documentos atinentes à sua constituição, atuação e seus principais representantes; que se encontram em dia com suas obrigações nos Estados Unidos da América; e que os certificados apresentados realmente evidenciam as qualificações técnicas, mencionados da Nota Técnica I, que foram julgadas relevantes para a escolha dessas duas sociedades empresárias estrangeiras como parceiras do Estado nessa empreitada fomentadora.**

Por fim, é necessário reiterar que as obrigações principais serão prestadas, no futuro, pela empresa subsidiária que será criada pela GEAP, o que resultará na celebração de Termo Aditivo, como se depreende das disposições da minuta do Termo de Cooperação apresentada. **Desse modo, quando da celebração do eventual e futuro Termo Aditivo, recomenda-se que a empresa subsidiária apresente os documentos necessários à comprovação de sua habilitação para contratar com o poder público, nos termos dos art. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, competindo aos setores técnicos atestar a regularidade, completude e vigência de toda a documentação de habilitação da contratada, no momento da celebração do instrumento.**

3. ANÁLISE DAS CLÁUSULAS DO TERMO DE COOPERAÇÃO

3.1. Considerações gerais

Antes de avançar para a análise das cláusulas do negócio jurídico a ser celebrado, cumpre registrar que não há, no âmbito da PGE-RJ, minuta-padrão para o



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

ajuste pretendido, o que se justifica pela sua atipicidade no ordenamento jurídico. A despeito disso, conforme afirmado pela Nota Técnica II, “*houve uma decisão por partir da minuta padrão para convênios da Procuradoria Geral do ERJ, por ser, na opinião dos administradores, a que mais se aproximava do objeto do Termo de Cooperação, fazendo-se todas as adaptações necessárias, inclusive pela supressão das cláusulas voltadas às situações em que há repasse de recursos financeiros*” (41082175).

Feito esse registro, passa-se ao exame das principais cláusulas do ajuste, sem prejuízo das análises específicas realizadas em tópicos apartados em razão da maior complexidade.

De início, **recomenda-se a retificação** do nome da empresa *Global Environmental Asset Platform*, grafada de forma incorreta na ementa e na qualificação da minuta.

A **Cláusula Primeira** trata do objeto da cooperação, que, como já visto, implica na instalação pela subsidiária brasileira da GEAP, até 31 de dezembro de 2022, de uma plataforma viabilizando a alienação, inclusive pelo Estado, de créditos de ativos ambientais ou direitos a eles relacionados, entre eles, créditos de carbono, de acordo com os compromissos assumidos anteriormente no âmbito do Protocolo de Intenções. Compreende-se por “instalação” a efetiva criação e operacionalização da plataforma pela empresa subsidiária (Parágrafo Primeiro).

A respeito do *caput* da Cláusula Primeira, recomenda-se três alterações pontuais. A primeira é a exclusão, a critério do setor competente do prazo de instalação da subsidiária brasileira da GEAP, apenas porque tal obrigação já consta no inciso I da Cláusula Sexta. A segunda sugestão de alteração recai sobre a informação de que a plataforma viabilizará a alienação de ativos **pelo Estado**, porquanto o objeto almejado visa a alienação de ativos, **inclusive pelo Estado**, mas não limitado a ele. A terceira



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

pontual recomendação, para aprimorar a redação da Cláusula Primeira, *caput*, é a alteração da expressão **créditos de ativos ambientais**, substituindo-a por “*créditos de carbono e outros créditos de ativos ambientais*”. Para facilitar a compreensão, segue uma consolidação das propostas de alteração, com sugestão de nova redação:

“1. CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

O presente TERMO DE COOPERAÇÃO tem por objeto a instalação, por meio de subsidiária brasileira da GEAP, sediada no Estado do Rio de Janeiro, de uma plataforma viabilizando a alienação, **inclusive pelo ERJ, de créditos de carbono e outros créditos de ativos ambientais** ou direitos a eles relacionados, de acordo com os compromissos assumidos no âmbito do Protocolo de Intenções e dos ANEXOS 3 e 4”.

A finalidade da plataforma foi explicitada no Parágrafo Quinto, qual seja, a construção de um instrumento para transação de créditos de ativos ambientais no Estado, fomentando, a longo prazo, o desenvolvimento de um mercado financeiro local, direcionado à promoção da sustentabilidade e de uma economia verde, de baixo carbono, convertendo-se em uma bolsa tão logo haja viabilidade comercial para tanto.

Dado o contorno atribuído à parceria, onde o Estado atua como agente fomentador, tem-se a natureza privada da plataforma, inclusive no que diz respeito aos investimentos e custos necessários para a sua estruturação, que serão exclusivamente privados (Parágrafo Quarto). Não há, assim, qualquer dispêndio financeiro a cargo do ente público no âmbito desta parceria.

Além de definir o objeto propriamente dito, a cláusula inaugural do ajuste também empreendeu na definição de ativos ambientais (Parágrafo Segundo) e créditos de ativos ambientais (Parágrafo Terceiro). A inclusão de definições no termo de cooperação se justifica pela ausência de conceitos pré-estabelecidos na legislação brasileira, sendo certo que a fonte para a construção das redações foi a “*minuta de projeto de lei do Programa de Geração e Gestão de Ativos Ambientais do Estado do*



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Rio de Janeiro, ora em fase de avaliação final junto ao Instituto Estadual do Ambiente – INEA” (41082175), o que pressupõe, ao menos em tese, uma avaliação técnica por órgão ambiental do Estado.

Acrescenta-se, a título de informação, que o recente Decreto Federal nº 11.075/2022 elencou diversos conceitos relacionados ao mercado ambiental, tais como o de crédito de carbono, crédito de metano, crédito certificado de redução de emissões, entre outros. Sabendo-se que a uniformização de definições e nomenclaturas é de todo recomendável em sede legislativa e contratual, sugere-se que a área técnica avalie a compatibilidade dessas definições legais com aquelas previstas no Termo.

De qualquer forma, **recomenda-se ligeiro acréscimo à redação do Parágrafo Segundo da Cláusula Primeira**, para maior clareza, a fim de que a definição de *ativos ambientais* seja compatibilizada com os diplomas internacionais sobre o tema, conforme indicado na seção 2.1 deste Parecer. Assim, faz-se a seguinte sugestão de nova redação para o Parágrafo Segundo:

PARÁGRAFO SEGUNDO: Definem-se como ativos ambientais, para os fins deste TERMO DE COOPERAÇÃO, os bens corpóreos ou incorpóreos, tangíveis ou intangíveis, originados a partir do capital natural, capazes de mensuração econômica, relacionados à execução de serviços ambientais ou à produção de produtos ambientais **que estejam relacionados a quaisquer dos mecanismos financeiros e econômicos referentes à mitigação da mudança do clima e à adaptação aos efeitos da mudança do clima que existam no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, do Protocolo de Quioto e do Acordo de Paris.**

A **Cláusula Segunda** cuida do prazo de vigência do acordo, optando-se pelo prazo de 10 (dez) anos para a execução do objeto e das obrigações a cargo das partes, sem prejuízo da possibilidade de prorrogação a ser realizada por meio de Termo Aditivo, nos termos do parágrafo segundo, da cláusula ora analisada. Não se visualiza



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

óbice na referida cláusula, dada a característica do ajuste, a sua natureza de fomento e a ausência de dispêndio financeiro por parte do Estado.

A **Cláusula Terceira** traz duas importantes regras: a eficácia e a exclusividade. A primeira veicula condição suspensiva das obrigações atribuídas ao Estado, visto que passarão a ser exigíveis somente após a constituição da subsidiária brasileira pela GEAP. Assim, aplica-se o art. 125, do CC/2002, segundo o qual “*subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa*”. **Nesta cláusula, sugere-se, ainda, uma pontual alteração da redação para que se deixe claro que a eficácia das obrigações do ERJ está condicionada à constituição da subsidiária brasileira por parte da GEAP e à sua integração ao Termo de Cooperação mediante Termo Aditivo.**

Já a segunda regra atribui exclusividade à empresa criadora da plataforma de operações no que se refere às negociações dos créditos de ativos ambientais pertencentes ao Estado do Rio de Janeiro, atrelando a sua duração ao prazo de 5 anos ou ao atingimento de montante financeiro determinado, o que ocorrer primeiro. De fato, a previsão de um prazo determinado para a exclusividade, que serve de incentivo ao desenvolvimento do mercado, é relevante e justificável. O apoio do Estado aos empreendimentos privados “*deve ser temporalmente limitado, do contrário a atividade deixará de ser privada, e se tornará algum hibridismo constitucionalmente inaceitável*”.³⁸

A inclusão desta previsão já foi analisada anteriormente neste Parecer, e foi justificada pela área técnica da seguinte forma:

³⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *R. Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, 65, 2010, p. 144.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

“A plataforma recuperará seus investimentos e custos mediante a cobrança de taxas de registro de negócios. Como os custos são conhecidos, a sociedade operadora da plataforma deseja ter projeções seguras da quantidade de ativos ambientais do ERJ que poderão ser potencialmente negociados.

Tendo em vista que os processos de certificação de créditos de carbono são morosos, dependendo de uma série de providências por parte do ERJ, a fixação de um critério exclusivamente temporal poderá não ser adequado para que haja a disponibilização de uma quantidade suficiente de ativos ambientais para comercialização de modo a contribuir para a viabilidade da plataforma.

Desse modo chegou-se a um critério que combina uma quantidade determinada de ativos ambientais entregáveis pelo ERJ dentro de um prazo fixo, que poderá ser prorrogado, a pedido da GEAP, caso a quantidade total fixada não seja disponibilizada pelo ERJ.

A quantidade de toneladas constante do Termo de Cooperação será definida a partir da capacidade de geração anual de créditos de carbono, com base nas informações do inventário florestal nacional – Rio de Janeiro (IFN-RJ) e do estudo de potencial de absorção de CO2 pela restauração florestal no Estado do Rio de Janeiro, multiplicado pelo fator 5, ou seja, de forma a equalizar a quantidade de créditos de carbono que seriam gerados no prazo, inicialmente pretendido, de 5 (cinco) anos.

Ademais, tal definição é mutuamente benéfica porque não coloca pressão sobre o ERJ na certificação de seus ativos e assegura à GEAP a possibilidade de atingir o equilíbrio econômico-financeiro para o investimento necessário” (41082175).” (grifou-se)

Vê-se, no trecho acima destacado, que **a área técnica incluiu, na Nota Técnica I**, as informações relacionadas ao parâmetro financeiro ou de volume de operações a que se refere o Parágrafo Primeiro, da cláusula ora sob exame com **justificativa para subsidiar, em momento posterior – mas antes da assinatura do Termo de Cooperação – a escolha que deverá ser feita pelos gestores quanto ao volume de toneladas objeto da exclusividade.**



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Revela-se **necessária uma pequena retificação no mesmo Parágrafo Primeiro, da Cláusula Terceira**, de modo que passe a constar: “*O ERJ garantirá à subsidiária brasileira constituída pela **GEAP** exclusividade de negociação (...)*”.

Neste diapasão, considerando que a subsidiária da GEAP será a única pessoa jurídica domiciliada no território nacional, sendo constituída precisamente para os fins do presente ajuste, **sugere-se, apenas por cautela, a inclusão de cláusula fixando obrigação de assinatura, pela empresa a ser constituída, de Termo Aditivo ao presente Termo de Cooperação, assumindo todas as obrigações previstas para a GEAP.**

As **Cláusulas Quarta, Quinta e Sexta** tratam das obrigações das partes envolvidas no ajuste. Ao Estado cabe a alienação dos ativos ambientais por meio da plataforma a ser implantada pela subsidiária da GEAP; fomentar o desenvolvimento do mercado sustentável em âmbito local; bem como deflagrar as propostas legislativas necessárias à governança e estruturação regulatória subjacentes à negociação dos ativos (Cláusula Quarta). Não há qualquer óbice aos termos propostos, embora seja **recomendável uma alteração pontual no inciso I, da Cláusula Quarta, de modo que especifique a obrigação direcionada à subsidiária a ser constituída, em substituição a referência a GEAP**, nos termos abaixo:

“Constituem obrigações do ERJ:

I - alienar os créditos de ativos ambientais ou os direitos a ele relativos, de titularidade do ERJ, por meio da plataforma a ser implantada e operacionalizada pela **subsidiária brasileira da GEAP**, na forma das Cláusulas Primeira e Terceira deste **TERMO DE COOPERAÇÃO**”;

Ainda na Cláusula Quarta, sugere-se pequena correção no seu inciso III, para que seja substituída a expressão “*ativos ambientais*” por “***ativos ambientais***”.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Também se revela **recomendável a supressão do inciso VII, da Cláusula Quarta**, visto que a prorrogação do ajuste se apresenta como uma faculdade e não como uma obrigação do Estado.

Por sua vez, compete à NASDAQ cumprir as condições pactuadas no contrato de parceria celebrado entre ela e a GEAP, a fim de fornecer à plataforma a base tecnológica, compreendendo o sistema de processamento de dados de negociação, liquidação e custódia, além de interfaces de acesso, interação, monitoramento e administração das operações realizadas (Cláusula Quinta).

Já a GEAP obriga-se a criar e instalar uma subsidiária brasileira, com sede na cidade do Rio de Janeiro, tendo por objeto a operação da plataforma para comercialização de créditos de ativos ambientais, assegurando a gratuidade de taxas para o Estado nas negociações durante a vigência da exclusividade, além de fornecer suporte técnico e educacional para formação de quadros profissionais e capacitação de operadores em nível local (Cláusula Sexta).

A não instalação tempestiva, por parte da GEAP, da plataforma objeto deste processo, salvo novo acordo celebrado entre as partes, liberará o Estado da exclusividade de que trata a cláusula terceira, podendo o ente comercializar seus créditos de ativos ambientais em qualquer outra plataforma eventualmente existente ou, ainda, negociar com outros parceiros a instalação de uma plataforma de ativos ambientais no Estado.

A **Cláusula Sétima** prevê a responsabilidade exclusiva da GEAP por todos os custos inerentes à implementação do objeto ora em pauta, tais como os custos de investimento para a execução do projeto e custos com a mão de obra utilizada na execução contratual. Por ser um ajuste voltado, repise-se, ao fomento público de uma



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

atividade privada, a atuação do agente privado incentivado deve ser autônoma e independente, assim como quaisquer responsabilidades que advirem do exercício de suas atividades jamais poderiam alcançar a Administração Pública. Nesse contexto, sequer seria cogitável a responsabilização do Estado pelo inadimplemento de encargos como os trabalhistas por parte da subsidiária brasileira que operará a plataforma. É que, como demonstrado em pormenores na seção 2.2.2 deste Parecer, o Poder Público não é o beneficiário direto da prestação dos agentes privados; o benefício é dirigido a toda a sociedade.

A **Cláusula Oitava** trata das hipóteses de alteração do termo em pauta, permitindo, apenas, a prorrogação do prazo de execução, vedando, por conseguinte, o seu aditamento para alteração do objeto contratual. Quanto ao ponto, não se vislumbram óbices jurídicos, visto que se encontra dentro da esfera de discricionariedade negocial das partes signatárias. Ademais, o **Parágrafo Segundo** da referida cláusula parece trazer uma hipótese de extinção automática do negócio jurídico em questão, em se tratando da necessidade de adequação do objeto. Embora a disposição em questão adicione maior burocratização do procedimento, tampouco se vislumbram óbices jurídicos, porque também parece se inserir na esfera de discricionariedade negocial das partes signatárias.

A **Cláusula Nona** traz a obrigação de que as partes executem o objeto pactuado, estabelecendo condutas vedadas no presente ajuste. No **inciso II**, é veiculada a vedação constante do art. 14, I, do Decreto Estadual nº 44.879, de 15 de julho de 2014 (alterado pelo Decreto Estadual nº 45.040, de 17 de novembro de 2014). A menção direta ao Decreto Estadual nº 45.040, de 17 de novembro de 2014 é equivocada, porque veicula normas apenas aplicáveis aos convênios que impliquem dispêndio financeiro por parte da Administração Pública, **recomendando-se a supressão**.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

O **inciso IV** trata de despesas com publicidade. Em que pese se tratar de dispositivo vedando o Estado de realizar publicidade, ao elencar exceções à vedação em questão, demonstra a sua adequação ao previsto no art. 37, § 1º, CRFB/88.

O **Parágrafo Único** da mesma cláusula veda a contratação de pessoas condenadas por determinados crimes (crimes contra a administração pública, por exemplo) pela GEAP e sua subsidiária. Em que pese o intuito de, aparentemente, atender ao princípio da moralidade administrativa, a redação proposta, sem que haja qualquer delimitação temporal da vedação, parece transmudar-se em uma pena de caráter perpétuo, tendo em vista que a vedação não se restringe ao período de produção dos efeitos, principais ou acessórios, da sentença penal condenatória.

Ademais, tem-se, salvo melhor juízo, uma indevida interferência na autonomia privada das empresas fomentadas para a seleção de seus empregados, de modo incompatível com a natureza do ajuste. Em tema correlato, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inviabilidade de se incluir vedação à contratação de empresa que possua em seus quadros pessoa condenada por determinado crime³⁹.

A **Cláusula Décima** trata da extinção da presente proposta de ajuste. Parece possível se extrair da leitura do caput da Cláusula Décima e de seu Parágrafo Primeiro a possibilidade de rescisão unilateral por parte da contratada. Numa análise inicial, observe-se que, na lógica negocial e econômica do acordo, não haveria propriamente um dispêndio financeiro a ser suportado pelo Estado, visto que a sua obrigação depende da plena execução da obrigação fixada para a parte contratada, qual

³⁹ ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PROIBIÇÃO DE CONTRATAR – EMPRESA – QUADRO – CRIME OU CONTRAÇÃO – ATOS DISCRIMINATÓRIOS – CONDENADO. Surge inconstitucional vedação, à Administração Pública, de contratação de empresa cujo quadro seja integrado por pessoa condenada ante a prática de crime ou contravenção envolvendo atos discriminatórios, considerada a inobservância ao princípio da intransmissibilidade da pena e ao artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. (ADI 3092, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020)



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

seja, de implementação e operacionalização do sistema de negociação de ativos ambientais, Assim, não parece haver óbice jurídico à manutenção da previsão.

A **Cláusula Décima Primeira** trata da publicização do ato negocial a ser firmado. Há previsão de que o ERJ providenciará a publicação do Termo de Cooperação e do respectivo aditivo. No ponto, vale o alerta de que os custos dessa publicação serão arcados pelo ERJ, o que não se coaduna com o entendimento firmado pela PGE/RJ⁴⁰.

Por derradeiro, a **Cláusula Décima Segunda** trata das notificações e comunicações relacionadas com o objeto contratual, prevendo a sua realização por meio de correio eletrônico, o que parece estar em consonância com a previsão do artigo 22, § 3º, da Lei de Processo Administrativo Estadual⁴¹.

Feitas essas considerações sobre as cláusulas da minuta de Termo de Cooperação, passa-se a analisar duas cláusulas específicas em apartado: a que trata da sucessão das empresas privadas signatárias e a cláusula compromissória arbitral.

3.2. Sucessão empresarial

A Cláusula Décima Terceira da minuta do Acordo de Cooperação Técnica (indexador nº 40018661) trata da sucessão e apresenta a seguinte redação:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – DA SUCESSÃO

O **TERMO DE COOPERAÇÃO** é vinculante às partes e a seus sucessores, a qualquer título, sendo certo que nenhuma parte poderá ceder, licenciar ou de qualquer outra forma transferir os direitos, deveres ou obrigações pactuadas neste **TERMO DE**

⁴⁰ Resolução PGE/RJ nº 3.894/16, Art. 1º, I – os custos decorrentes da publicação do instrumento no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro serão suportados pelo Contratante;

⁴¹ Art. 22, §3º, da Lei Estadual nº 5.427/2009 - A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a ciência do interessado.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

COMPROMISSO para qualquer terceiro sem o prévio consentimento escrito das demais partes.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: A transferência direta ou indireta do controle da **GEAP** e/ou de sua subsidiária brasileira dependerá da prévia notificação ao **ERJ**, que deverá manifestar-se no prazo de 20 (vinte) dias corridos contados do recebimento da respectiva notificação, sendo que a não manifestação do ERJ em tal prazo implicará na sua aceitação quanto à transferência.

PARÁGRAFO SEGUNDO: A eventual oposição do **ERJ** à transferência deverá ser fundamentada e gerará o direito de resposta justificada da **GEAP**, em igual prazo de 20 (vinte) dias corridos a partir da respectiva notificação do **ERJ**.”

A inclusão desta desta previsão foi justificada pela área técnica (indexador nº 41082175) da seguinte forma:

“2.5 - Necessidade de anuência do ERJ em caso de sucessão no âmbito do controle da GEAP ou da subsidiária brasileira

A escolha da GEAP e da NASDAQ pelo ERJ se deu porque ambas atendem a pressupostos e requisitos julgados relevantes pelo ERJ, na forma da Nota Técnica I, afigurando-se necessário que eventual novo controlador da GEAP ou da subsidiária brasileira atenda aos mesmos requisitos que levaram à tal escolha pelo ERJ. Nesse sentido, e visando proporcionar maior segurança de efetivo cumprimento do objetivo precípua do Termo de Cooperação, vinculado à fusão de interesses advindos da parceria da NASDAQ e da GEAP, busca-se garantir ao ERJ a ciência quanto a eventual intenção de transferência direta ou indireta do controle da GEAP ou da subsidiária brasileira em constituição, atribuindo-lhe a faculdade de oposição mediante processo de notificação e contranotificação, com prazos razoáveis para manifestações justificadas.”

Conforme delineado no caput da Cláusula Décima Terceira, a possibilidade de **cessão do ajuste ou qualquer outra forma de transferir os direitos, deveres e obrigações pactuadas** condiciona-se somente pelo prévio consentimento escrito das partes envolvidas. Por outro lado, o Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Terceira possibilita a **transferência direta ou indireta do controle** da GEAP e/ou de sua subsidiária brasileira, que será precedida de notificação ao ERJ, possuindo este



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

prazo de 20 dias corridos para se manifestar e, caso não o faça, considera-se ter ocorrido a aceitação tácita.

Em relação ao tema, a d. PGE/RJ, em um primeiro momento, possuía manifestações pela excepcional possibilidade de cessão do contrato e subcontratação total, quando o contrato não fosse personalíssimo.⁴² Posteriormente, alterou-se o referido entendimento para vedar – sem excepcionar a regra – a possibilidade de subcontratação total ou a cessão do contrato.⁴³ Todavia, no Parecer nº 02/HGA/PG-02/2022, com Visto por procuração do atual Procurador-Geral do Estado, i. Bruno Teixeira Dubeux, entendeu-se pela **viabilidade da cessão do contrato e da subcontratação total, ressalvados os ajustes de cunho personalíssimo**. Naquele Parecer, restou consignada a necessidade de preenchimento de **requisitos** para que possa ocorrer a cessão do contrato, tais como (i) prévia disposição no edital e no contrato, (ii) decisão administrativa motivada com avaliação e autorização expressa, (iii) verificação de que o contratado vem executando a contento o objeto do contrato e (iv) atendimento das mesmas condições originais da contratação e preenchimento dos mesmos requisitos de habilitação.

De modo genérico, ficou estabelecido, na citada manifestação jurídica, que “*os contratos administrativos firmados em razão da identidade do contratado, o que ocorre nas contratações diretas por inexigibilidade de contratação, tem caráter personalíssimo e por isso não podem ser sujeitos à cessão*”. Com relação à natureza personalíssima dos contratos administrativos, Marçal Justen Filho observa que

⁴² Parecer nº 15/08 – FAG, Visto do Subprocurador-Geral do Estado Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas; Parecer 03/HGA/PG-15 de 2009, Visto do Subprocurador-Geral do Estado Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas; Parecer AUR/TCA/FFJ nº 003/2011/SEOBRAS/ASJUR, Visto do Subprocurador-Geral do Estado Leonardo Espíndola; Parecer nº 04/2017-GAV/DIJUR; Promoção nº 09/2017-FMBM/PG-15, Visto do Subprocurador-Geral do Estado Fernando Barbalho Martins.

⁴³ Parecer nº 17/2019 – DAMFA, Visto do Procurador-Geral do Estado Reinaldo Frederico Afonso Silveira; Parecer nº 77/2020 - FBMP/SEAP/SEAPAJ, Visto do Subprocurador-Geral do Estado Rafael Rolim de Minto.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

“contratações dessa ordem são absolutamente excepcionais, recaindo no âmbito da inexigibilidade de licitação”.⁴⁴

Conforme analisado na seção 2.3 deste Parecer, a escolha das entidades privadas fomentadas prescinde de prévio procedimento licitatório, em razão da inviabilidade de competição, pois as características das entendidas signatárias, conforme expostas na Nota Técnica I (41057982), somadas à natureza particular da função fomentadora do Estado, torna a competição pública incompatível com finalidade pública almejada, além de não ser possível traçar parâmetros objetivos de julgamento de propostas – elementos que foram justificados na citada Nota Técnica. Nesta senda, salvo melhor juízo, verifica-se a existência de um acordo *intuitu personae*.

Assim, *a princípio*, à luz do supramencionado entendimento firmado pela PGE/RJ, seria de se questionar a viabilidade jurídica da cessão total do Termo de Cooperação, pela GEAP/NASDAQ, a terceiros, ainda que isso conte com a anuência da Administração. Embora não se trate propriamente de um contrato administrativo, de modo que os precedentes do Sistema Jurídico acima mencionados não seriam imediatamente aplicáveis, parece-nos que o fundamento que levaram a PGE a entender no sentido de que é vedada a cessão total de contrato personalíssimo também incidiram no caso concreto. É que, por meio do Termo de Cooperação em exame, o ERJ irá conferir exclusividade a uma plataforma específica, e as características particulares que levaram a essa escolha foram objeto de ampla discussão nos autos (v. Nota Técnica I), razão pela qual o fomento mediante concessão de exclusividade a uma entidade distinta muito provavelmente exigiria um novo processo administrativo para a assinatura de novo Termo. Essa possibilidade deve, portanto, ser bem justificada nos autos.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1093.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Todavia, a justificativa apresentada pela área técnica (indexador nº 41082175) para a previsão da cláusula em comento somente se refere à “[n]ecessidade de anuência do ERJ em caso de sucessão no âmbito do controle da GEAP ou da subsidiária brasileira”, **constatando-se, assim, a ausência de justificativa para a possibilidade de cessão total do contrato e transferência de obrigações, nos termos do caput da Cláusula Décima Terceira, motivo pelo qual se faz necessário o reforço de instrução neste ponto. Como alternativa, recomenda-se a supressão da expressão “sem o prévio consentimento escrito das demais partes” da cláusula**, a fim de se deixar claro que a cessão total não é uma possibilidade admitida.

No que tange ao Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Terceira, que introduz a necessidade de prévia comunicação ao ERJ da transferência direta ou indireta do controle da GEAP e/ou sua subsidiária, registramos que o entendimento consolidado no âmbito da d. PGE/RJ referente a contratos administrativos em caso de fusão, cisão ou incorporação da contratada com/em outra pessoa jurídica é pela sua possibilidade, desde que atendidos alguns requisitos para que ocorra a continuidade do contrato pela pessoa jurídica resultante da alteração do controle.⁴⁵

Embora trate dessa possibilidade, o Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Terceira não indica requisitos nem parâmetros que deverão ser apreciados pela Administração na sua análise da anuência com a transferência direta ou indireta do controle da GEAP e/ou sua subsidiária. O Parágrafo em comento também inova ao prever a anuência tácita do ERJ caso este não se manifeste no prazo de 20 (vinte) dias corridos contados do recebimento da respectiva notificação, indo, neste ponto, de encontro à exigência presente nos casos de contratos administrativos de que essa anuência consista em um ato administrativo *expresso e motivado*.

⁴⁵ V. Parecer nº 17/2019 – DAMFA/PG-15.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

No entanto, a interpretação dessas cláusulas, e a aferição de sua juridicidade, deve, como exposto na seção 2.2.2. deste Parecer, levar em consideração a natureza e os objetivos do ajuste que se pretende formalizar. Com efeito, trata-se de hipótese de **fomento público de atividades privadas**, de modo que a intensidade da relação entre empresas fomentadas e Administração Pública não pode ser tão intensa quanto em um contrato administrativo em sentido estrito, sob pena de frustrar a finalidade fomentadora. Nas palavras de José Vicente Santos de Mendonça, “[n]o caso de o fomento público ser tão intenso que, na prática, o particular acaba não possuindo qualquer controle acerca da condução da atividade, não estaremos diante de fomento, mas, sim, de terceirização (provavelmente irregular) ou de alguma modalidade de delegação pública atípica”.⁴⁶

Nesse sentido, a previsão de **efeitos positivos ao silêncio administrativo**, no caso concreto, vai ao encontro da natureza privada e flexível do empreendimento fomentado, que não pode ser objeto de interferências excessivas por parte do Estado nem de exigências contratuais que amarrem a atuação do particular. A alienação do controle da GEAP e/ou de sua subsidiária está no âmbito da livre iniciativa, e a oposição do Estado a esse fato – com a consequente extinção da exclusividade na negociação de ativos – deve ser considerada excepcional.

Por fim, **sugere-se a alteração da expressão “TERMO DE COMPROMISSO”, presente na cláusula em comento, por “TERMO DE COOPERAÇÃO”**, como forma de harmonização.

3.3. Arbitragem

⁴⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *R. Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, 65, 2010, p. 125.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Por meio da Cláusula Décima Quinta, os contratantes pretendem celebrar uma cláusula compromissória arbitral, de modo a instituir a arbitragem como o método de heterocomposição de conflitos de natureza pecuniária e não versem sobre interesses públicos primários oriundos ou decorrentes do ajuste em análise. A possibilidade da utilização de arbitragem pela Administração Pública direta e indireta encontra amparo no art. 1º, §1º da Lei nº 9.307/1996⁴⁷, com redação dada pela Lei nº 13.129/2015, em relação a direitos patrimoniais disponíveis. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, há previsão no mesmo sentido no art. 1º do Decreto Estadual nº 46.245/16.⁴⁸

O art. 3º do Decreto Estadual nº 46.245/16 dispõe que é possível a previsão de cláusula compromissória em contratos de concessão de serviços públicos, nas concessões patrocinadas e administrativas e nos contratos de concessão de obra.⁴⁹ Por sua vez, o §1º do mesmo dispositivo possibilita a instituição da referida cláusula em *"qualquer outro contrato ou ajuste do qual o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades façam parte e cujo valor exceda a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)"*.

No caso em análise, não consta valor econômico do ajuste para fins de aferição da incidência do referido dispositivo, pois não haverá repasse de recursos públicos pelo ERJ às demais partes da avença. Ainda assim, entende-se juridicamente possível a previsão de cláusula compromissória no presente ajuste, em razão das razões

⁴⁷ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

⁴⁸ Art. 1º - Este Decreto regulamenta a arbitragem nos conflitos envolvendo o Estado do Rio de Janeiro e as Entidades da Administração Pública Estadual Indireta, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei nº 9.307/1996.

Parágrafo Único - Entende-se por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários.

⁴⁹ Art. 3º - Os contratos de concessão de serviços públicos, as concessões patrocinadas e administrativas e os contratos de concessão de obra poderão conter cláusula compromissória, desde que observadas as normas deste Decreto.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

apresentadas pela área técnica (indexador nº 41082175) que justificam a importância da cláusula compromissória da seguinte forma:

"2.6. Arbitragem

A opção pela arbitragem visa assegurar a eficácia do termo de cooperação, tendo em vista que as contrapartes do ERJ são empresas estrangeiras sediadas fora do Brasil. Com a arbitragem, facilita-se a execução da eventual sentença arbitral, especialmente pela possibilidade de executá-la diretamente no foro do perdedor.

Ademais, frise-se que a arbitragem vem sendo adotada há anos, e cada vez mais, nos ajustes envolvendo companhias abertas (vide, por exemplo, no Brasil, a **obrigatoriedade da adoção da arbitragem nos Estatutos Sociais e demais ajustes das companhias abertas que integram o chamado “Novo Mercado” da B3 S.A. Brasil, Bolsa, Balcão, mercado este baseado em um padrão de governança corporativa altamente diferenciado**), e sociedades da espécie da NASDAQ e da GEAP, prestadoras de serviços nos mercados financeiros e de capitais.

Por fim, ressalta-se que, no âmbito do Protocolo de Intenções celebrado entre o ERJ, a NASDAQ e a GEAP, em 08 de março de 2022, optou-se, igualmente, pela arbitragem, conforme depreende-se do processo administrativo SEI-040083/000952/2021.” (grifou-se)

A propósito, a d. PGE/RJ, por meio do Parecer nº 07/2022 SEFAZ/SUBJUR/NFOF (indexador nº 28910565), com Visto do atual Procurador-Geral do Estado i. Bruno Teixeira Dubeux (indexador nº 29089350) também manifestou favoravelmente quanto à possibilidade de previsão de cláusula compromissória no Protocolo de Intenções que antecedeu ao ajuste em análise, que tampouco continha valor econômico expresso.

Passando à análise das disposições da minuta de cláusula compromissória, verifica-se que ela foi elaborada com base na minuta-padrão aprovada pela d. PGE/RJ, por meio da Resolução PGE nº 4.212/2018. Desta forma, somente serão feitas considerações ao que estiver em dissonância com a minuta-padrão.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

O Parágrafo Décimo-Segundo versa sobre o adiantamento de despesas da arbitragem. Consta somente previsão de que a GEAP adiantará as custas pela realização da arbitragem quando essa a requerer, nos seguintes termos:

PARÁGRAFO DÉCIMO SEGUNDO: As despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pela **GEAP** quando esta for a requerente do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento.

Recomenda-se, quanto ao ponto, que conste que a NASDAQ, bem como a subsidiária constituída pela GEAP, também tenham que adiantar as referidas despesas quando forem requerentes do procedimento arbitral ou que se o setor técnico competente apresente justificativa para a não inclusão das referidas entidades.

Finalmente, vale registrar que os Parágrafos Décimo-Quarto e Décimo-Quinto da minuta-padrão de cláusula compromissória da d. PGE/RJ não foram reproduzidos na minuta em comento:

PARÁGRAFO DÉCIMO-QUARTO - Os atos do processo arbitral serão públicos, observadas as regras do art. 13 do Decreto nº 46.245/2018.

PARÁGRAFO DÉCIMO-QUINTO - A alocação dos custos da arbitragem obedecerá ao previsto no art. 16 do Decreto nº 46.245/2018.

Contudo, não foram apresentadas justificativas para essa supressão, recomendando-se a **inclusão dos respectivos parágrafos ou que conste alguma justificativa nos autos.**

4. CONCLUSÃO

Pelas razões acima expostas, **opina-se pela viabilidade jurídica do Termo de Cooperação a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro, a NASDAQ**



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Technology AB (NASDAQ) e a Global Environmental Asset Platform LLC (GEAP)
indexado sob o nº 40018661, **sem prejuízo do atendimento das recomendações feitas ao longo da presente manifestação.**

Dada a inquestionável relevância da matéria, com inequívoco potencial de repercussão geral para a Administração Pública, **parece necessário este parecer ao exame da d. Procuradoria-Geral do Estado, na forma dos art. 4º, inciso V, alínea “d” e “h”, do Decreto nº 40.500/2007, na redação dada pelo Decreto nº 46.552/2019.**

É como nos parece, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 2022.

BRUNO BOQUIMPANI SILVA
Procurador do Estado
Procurador-Chefe da Coordenadoria do
Sistema Jurídico (PG-15)

LUIZ FILIPPE ESTEVES CUNHA
Procurador do Estado
ASSJUR/SEPLAG

SEI-120001/009015/2022

I

II

- Anexo 5-Cronogram
- Nota Técnica I-Proje
- Nota Técnica II (410
- Despacho de Encan
- Termo de Cancelam
- Despacho de Encan
- Despacho de Encan
- Despacho de Encan
- Despacho de Encan
- Parecer (41381102)
- Visto - PGE PGE/PC

 Consultar AndamentoClique [aqui](#) para visualizar o conteúdo deste documento em uma nova janela.

Ocultar Autenticações



Documento autenticado eletronicamente por **Luiz Filipe Esteves Cunha, Procurador do Estado**, em 20/10/2022, às 10:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



Documento autenticado eletronicamente por **Bruno Boquimpani Silva, Procurador**, em 20/10/2022, às 11:13, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **41381102** e o código CRC **4B27E28C**.



Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro

Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro

Gabinete do Procurador Geral

Visto. Aprovo, em regime de urgência, o bem lançado Parecer Conjunto BBS/LFEC n. 02/2022, de autoria dos i. Procuradores do Estado BRUNO BOQUIMPANI SILVA, por meio do qual analisada proposta de Termo de Cooperação a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro, a *NASDAQ Technology AB* (NASDAQ) e a *Global Environmental Asset Platform LLC* (GEAP), visando à execução de programa de atração de investimentos e de desenvolvimento econômico em âmbito estadual.

Em termos gerais, registro que a proposta envolve o posicionamento concreto do Estado do Rio de Janeiro no “processo global de transição para uma nova economia baseada em sustentabilidade”, com materialização de um mercado de ativos ambientais, sob gestão privada, no contexto da “implantação de uma plataforma de negociação”, com a produção de significativos efeitos positivos para o interesse público, conforme bem destacado nas manifestações técnicas que instruem o processo administrativo.

Não há o que acrescentar nas premissas e conclusões do Parecer Conjunto BBS/LFEC n. 02/2022, pronunciamento no qual foram corretamente enfrentados: (i) a legislação aplicável ao mercado brasileiro de redução de emissões; (ii) a natureza jurídica do ajuste e o regime jurídico aplicável; (iii) regularidade jurídica do procedimento de escolha dos parceiros privados; e (iv) elementos formais e materiais da minuta de negócio jurídico.

Destaco, por sua relevância, a caracterização do Termo de Cooperação como convênio administrativo em sentido amplo, com elementos de contrato de fomento, categoria identificada, no caso concreto, em razão de externalidades positivas vinculadas ao potencial desenvolvimento de uma economia verde no Estado do Rio de Janeiro, com válida sustentação no ordenamento jurídico estadual, conforme bem identificado no pronunciamento em análise.

Não é por outro motivo que endosso as conclusões do Parecer Conjunto BBS/LFEC n. 02/2022 no tocante à (in)aplicabilidade absoluta da Lei n. 8.666/93 (porquanto vocacionada a contratos administrativos em sentido estrito), e, ainda, quanto à ocorrência de inviabilidade de competição, considerados os elementos técnicos e discricionários revelados ao longo do processo administrativo.

No mais, ratifico as considerações jurídicas relacionadas a: (i) justificativas para a formalização do ajuste; (ii) aptidão das sociedades privadas para celebração do instrumento (com as potenciais repercussões durante a fase de execução) e (iii) cláusulas da minuta de Termo de Cooperação, aspectos que deverão ser objeto de especial atenção pelos gestores públicos envolvidos no projeto.

Por fim, não poderia deixar de consignar a qualidade do trabalho desenvolvido pelos signatários do Parecer Conjunto BBS/LFEC n. 02/2022, pronunciamento representativo de excelência no desenvolvimento da atividade consultiva desta Procuradoria Geral do Estado, notadamente quando em jogo a viabilização jurídica de relevante política pública estadual.

Ao CEJUR, com recomendação de publicação.

À PG-17, para ciência.

À SEPLAG, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 20 outubro de 2022

BRUNO DUBEUX
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Teixeira Dubeux, Procurador-Geral do Estado**, em 21/10/2022, às 12:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **41412740** e o código CRC **7326F113**.

Referência: Processo nº SEI-120001/009015/2022

SEI nº 41412740

R. do Carmo, 27, - Bairro Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20011-020
Telefone: - <https://www.pge.rj.gov.br/>