

PROTOCOLO Nº: 512716/20
ORIGEM: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ
INTERESSADO: FERNANDO FURIATTI SABOIA
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 53/21

Consulta. Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná – DER. Questões relativas à política de aquisições e contratações de serviços definidas por organismos financeiros multilaterais, utilizando-se recursos externos oriundos de organismos internacionais de crédito. Pela resposta à consulta nos termos da instrução.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Fernando Furiatti Saboia, Diretor Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná – DER/PR, na qual faz cinco questionamentos sobre a aplicação de políticas do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID (peças 3 e 4), vejamos:

- 1) Com base no artigo 42, §5º da Lei n.º 8.666/93, é possível a utilização de modalidade de contratação que não esteja prevista na legislação nacional, mas que esteja prevista nas normas e políticas internas de organismo financeiro multilateral, a exemplo dos contratos “EPC”, “EPCm” e “TurnKey” e “Design-build”?
- 2) É possível exigir dos licitantes o pagamento para aquisição de Edital, afastando a aplicação do artigo 32, §5º da Lei n.º 8.666/93 quando sobre ele recaírem direitos de propriedade intelectual, nos casos em que tal procedimento seja exigido pelo agente financiador (organismo financeiro multilateral)?
- 3) No caso de contratos de obras, compras e serviços, em quais hipóteses e mediante quais critérios é facultado à Administração ultrapassar os limites preestabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993?
- 4) Como deve ser feito o pagamento de itens enquadrados como “despesas reembolsáveis” em contratos de prestação de serviços, a exemplo de aluguéis de escritórios, carros, diárias de viagem e serviços gráficos: deve ser pago o valor previsto na proposta, mediante a constatação da prestação do serviço ou, alternativamente, devem ser pagos somente os valores em que houver efetiva comprovação do gasto, mediante notas, ainda que diversos da proposta? Nesta segunda hipótese, a alteração dos valores pagos deve refletir sobre o lucro e tributos da proposta?
- 5) Relativamente à fiscalização dos vencimentos dos funcionários alocados para prestação de serviços, nos casos em que a convenção coletiva preveja o pagamento de subsídio para alimentação (vale-alimentação ou refeição), deve haver pagamento adicional de subsídio para alimentação para empregado que esteja em deslocamento para outra localidade e para aqueles alojados no local de prestação de serviços?

A peça vestibular foi instruída com o parecer jurídico emitido pela Procuradoria Jurídica da Autarquia Estadual (peça nº 4), que opinou pela legalidade da consulta a ser realizada e sugeriu a realização dos questionamentos como acima expostos.

A consulta foi autuada e submetida ao Presidente deste TCE-PR, o qual determinou a distribuição, nos termos do Despacho 2469/20 (peça – 6), tendo o feito sido atribuído ao Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares (peça 7), que proferiu juízo positivo de admissibilidade por meio do Despacho nº 1031/20 (peça 9), determinando seu regular processamento.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca emitiu a Informação nº 79/20 – (peça 10), enumerando os precedentes relacionados ao tema consultado.

Em novo despacho (peça 13), o relator determinou a remessa dos autos à Coordenadoria de Auditorias, à Coordenadoria de Gestão Estadual, à 3ª Inspeção de Controle Externo e este Ministério Público de Contas para as respectivas manifestações.

Mediante a Informação nº 24/20 (peça nº 15), a Coordenadoria de Auditorias apontou a ocorrência de impropriedades identificadas nos quesitos submetidos à apreciação, sugerindo a realização de prévia diligência junto à consulente, para que promova a complementação e adequação às exigências do art. 311 do RITCE-PR, viabilizando a elaboração de respostas precisas e úteis, de modo a afastar dúvidas ou insegurança jurídica sobre a aplicabilidade de normas.

Ainda, ponderou a CAUD que a despeito da proposição de prévia diligência, enfrentou as questões adotando como referências não só o texto literal dos quesitos, mas também as informações constantes do Ofício nº 266/2020-UGPBID e do Parecer Jurídico nº 157/2020 – PJ-ADM, juntados como anexo da petição de consulta (peça 4), que permitem inferir que as questões estão relacionadas à aplicabilidade das políticas do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), ressaltando, assim, que a análise é delimitada e circunscrita às políticas adotadas pelo BID, não recomendando a extensão das conclusões a programas financiados por outros organismos financeiros multilaterais.

Outrossim, registrou que as respostas às questões buscaram prestigiar a celeridade e a efetividade do processo, evitando-se frustrar interesses públicos sob a tutela do DER/PR, frisando que as respostas devem ser relativizadas em razão de possível abordagem inadequada em decorrência das impropriedades e omissões identificadas nos quesitos, bem como em função de possíveis alterações ou não conhecimento de outras políticas adotadas pelo BID.

Adicionalmente, mencionou que foram observados como critérios da análise os dispositivos normativos do ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência dos Tribunais de Contas e doutrina mais abalizada, reputados pertinentes pela unidade, assim como as Políticas de Aquisições e Contratações do BID materializadas nas GN-2349-15 (Aquisições de Bens e Contratação de Obras) e GN-2350-15 (Contratação de Consultores), por abordarem os temas trazidos nas questões.

forma:

Dessa feita, a CAUD respondeu aos questionamentos da seguinte

Questão 1 – Sim. Entende-se que, em tese, é juridicamente possível a utilização de regime de execução contratual que não esteja previsto na legislação nacional, com fundamento no artigo 42, §5º da Lei n.º 8.666/93, desde que previstos e disciplinados nas normas e procedimentos do BID, e observadas as condições descritas nos itens 38 e 39;

Questão 2 - Sim. Com base do artigo 42, §5º da Lei n.º 8.666/93, entende-se que, em tese, é juridicamente possível a cobrança pelo edital em decorrência de incidência de direitos de propriedade intelectual sobre itens nele inseridos, desde que constitua uma exigência expressa do Banco como condição da celebração ou continuidade do contrato de empréstimo e esteja prevista em suas políticas e procedimentos específicos. Adicionalmente, deverá haver a exposição das razões fáticas e jurídicas para a escolha de objeto sobre o qual recaia direitos de propriedade intelectual em detrimento de outras alternativas, sem prejuízo da comprovação, formal e adequadamente, da efetiva existência do direito de propriedade intelectual, seus titulares, condições de cobrança e a razoabilidade do valor exigido, de modo a demonstrar que não houve prejuízo à ampla disputa;

Questão 3 – Sim. Entende-se que, em tese, é juridicamente possível ultrapassar os limites preestabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, diante de situações excepcionalíssimas, desde que haja compatibilidade com o regime de execução contratado e anuência prévia do organismo financiador quando exigível, mediante a adequada comprovação do atendimento das seguintes condições:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Questão 4 – Observadas as peculiaridades dos modelos de seleção, os métodos de avaliação das propostas e o tipo de contrato adotado em cada situação

concreta, as despesas reembolsáveis no âmbito das contratações de consultores deverão ser pagas relativamente às despesas efetivamente incorridas, contra a apresentação de recibos, de acordo com as regras do item 2.26 da GN-2350-15 do BID. Nas contratações realizadas com base nas normas e procedimentos definidos pelo organismo internacional, deverá o mutuário, ainda, primar pela economicidade, transparência e razoabilidade das despesas enquadradas como reembolsáveis, fixando tetos unitários e/ou valores adequados de diárias, sem prejuízo da exigência das respectivas notas e recibos idôneos comprobatórios dessas despesas, de modo a resguardar o erário de ônus excessivos. O mesmo dispositivo também trata sobre a forma de tributação, dispondo que as negociações do preço devem incluir esclarecimentos a respeito da responsabilidade do consultor pelo pagamento de impostos do país do Mutuário (se houver) e de que modo essa responsabilidade tributária se refletiu ou se refletirá no contrato. Com efeito, deverá a consulente promover estudos pertinentes acerca da legislação nacional e acordos internacionais quanto à tributação, com vistas a identificar os tributos incidentes sobre os serviços dos consultores e as repercussões sobre os pagamentos decorrentes do contrato;

Questão 5 – A fiscalização dos vencimentos dos funcionários alocados para prestação de serviços deverá obedecer não só as condições impostas nas políticas do organismo multilateral, mas também ser pautada pelos princípios constitucionais e inerentes à atuação usual da Administração Pública em suas seleções e contratações, especialmente os da economicidade, da moralidade e da eficiência. No caso de haver uma convenção coletiva determinando a concessão de auxílio para alimentação (vale-alimentação ou refeição) e, além disso, estabelecendo um pagamento adicional dessa verba ao pessoal em deslocamento ou alojado no local da prestação dos serviços, os custos de tais obrigações trabalhistas deverão constar da proposta da licitante.

Conseqüentemente, durante a execução contratual, a fiscalização do pagamento dos vencimentos deverá aferir a efetiva vigência e aplicabilidade das disposições da convenção coletiva, assim como zelar para que o eventual subsídio adicional contemple apenas o pessoal comprovadamente deslocado do usual local de trabalho ou alojado em caráter temporário em localidade distinta de seu domicílio. E em havendo concessão de diária a empregados em deslocamento cujo valor inclua custeio de refeição, deverá haver desconto proporcional equivalente ao eventual subsídio a título de vale-alimentação ou refeição, evitando-se o pagamento em duplicidade.

A Coordenadoria de Gestão Estadual, por seu turno, manifestou-se por meio da Instrução 1141/20 (peça nº 16), concordando com a linha argumentativa da CAUD apresentou considerações.

Com relação ao primeiro questionamento, ponderou que a legislação brasileira permite que na modalidade concorrência de âmbito internacional sejam aplicadas as diretrizes de agência ou organismo financeiro multilateral que o Brasil seja parte, desde que não contrarie as normas nacionais (art. 42, § 5º, da Lei 8666/93), colacionando entendimentos doutrinários.

Verificou a existência de precedentes desta Corte e sugeriu remessa dos autos à SJB para atestar a vigência das Resoluções 3875/95 3.872/1995, 805/2004, 2.290/2003 e 2.381/2005 referidas pela CAUD, a fim de subsidiar e eventualmente complementar a resposta do presente protocolado.

De outro lado, ressaltando a ausência de requisito essencial ao conhecimento da consulta (art. 311, II e III do RI-TCE/PR), mencionou que a CAUD em sua resposta utilizou como pressuposto normativo de validade do quesito a GN-

2395-19 que dispõe sobre as políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pela BID. Desse modo, corroborou entendimento daquela unidade instrutiva no tocante aos contratos EPC, EPCm e TurnKey e Design-build, bem como citou julgados no âmbito desta Corte que dentre outras questões observaram que os parâmetros na licitação foram definidos pelo organismo financeiro multilateral (Acórdãos nºs 3085/2017 e 2498/18).

Com relação ao segundo questionamento, acerca da aplicação do art. 32, § 5º, da Lei nº 8666/93, entendeu que deve ser aplicado o art. 42 do mesmo diploma, de modo que o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes, de acordo com os precedentes mencionados na resposta anterior.

No que tange ao terceiro questionamento, ratificou o posicionamento da CAUD de que somente em situações excepcionais poderão ser ultrapassados os limites preestabelecidos nos §1º e §2º do art. 65 da Lei 8.666/93, citando, para tanto, precedente do TCU consubstanciado na Decisão 215/1999. Outrossim, ressaltou que a CAUD fez menção à aplicação da GN- 2349/15, cujas normas tratam de políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID.

Quanto ao quarto quesito, a despeito de entender não estarem presentes os requisitos previstos no art. 311 do Regimento Interno, ofertou resposta no sentido de que o pagamento ou quaisquer obrigações do Consulente diante do organismo financeiro multilateral devem observar as normas internacionais firmadas entre as partes, desde que não contrariem os princípios norteadores da atividade da Administração Pública estabelecidos na Constituição Federal. Também, ratificou o posicionamento da CAUD quanto a aplicação da GN-2350/15, que trata das políticas de seleção e contratação de consultores financiados pelo BID.

Da mesma forma, quanto ao último questionamento, a despeito de entender não estarem previstos os requisitos previstos no art. 311 do Regimento Interno, ratificou a resposta dada no questionamento anterior, bem como coadunou com o posicionamento da CAUD ao sugerir a aplicação da GN 2350-15, item 2.4, item 2.26 e item 2.27.

Por fim, a 3ª Inspeção de Controle Externo, por meio da Informação nº 72/20 (peça nº 17), corroborou os termos da Informação nº 24/20 - CAUD (peça 15) e da Instrução nº 1141/20 - CGE (peça 16).

Após, vieram os autos ao exame deste *Parquet*.

Prefacialmente, registra o *Parquet* que a despeito da falta de indicação precisa da dúvida do Consulente – na medida que o inc. II do art. 311 do RITCE-PR assevera que a consulta deve versar sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal -, tal como ponderado pelas unidades instrutivas, o juízo positivo de admissibilidade do Relator demanda a apreciação ministerial de mérito do feito.

Ademais, considerando a relevância do tema questionado e visando à economia processual, sobretudo em razão da reiterada aplicação, pela Corte, do art. 311, §1º, do Regimento Interno, a apresentação de resposta visando resguardar

interesses públicos subjacentes à consulta é medida adequada à consolidação de parâmetros de controle a serem observados por esta Corte.

Imperioso ressaltar, contudo, na linha delineada pela CAUD, que o consulente não indicou as normas e políticas internas que definem e disciplinam os regimes de execução não previstos na legislação nacional, sobre as quais há dúvidas quanto à aplicação, de modo que as questões estão relacionadas à aplicabilidade das políticas adotadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento e não devem ser estendidas a programas financiados por outros organismos financeiros multilaterais.

No mérito, cumpre esclarecer que a solução jurídica adotada pela CAUD e corroborada pela CGE e pela 3ªICE, observando como critérios de análise dispositivos normativos, precedentes dos Tribunais de Contas e doutrina mais abalizada, assim como as Políticas de Aquisições e Contratações do BID materializadas nas GN-2349-15 (Aquisições de Bens e Contratação de Obras) e GN-2350-15 (Contratação de Consultores), constitui parâmetro seguro à resposta das dúvidas formuladas pelo consulente, observadas as cautelas expostas no parágrafo anterior.

Em linhas gerais, o cerne da presente consulta indaga esta Corte de Contas acerca da possibilidade de adotar modalidades de contratação e práticas definidas pelas políticas de aquisição e contratações de serviços definidas por organismos financeiros multilaterais, diferentes das reguladas pela legislação nacional, para execução de programa financiado por essas instituições internacionais.

Com efeito, no que se refere às licitações internacionais, entende-se que, em tese, é juridicamente possível a utilização de regime de execução contratual que não esteja previsto na legislação nacional, desde que não haja conflito com dispositivos constitucionais e com os princípios que regem as licitações, com fundamento no artigo 42, §5º da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (grifou-se)

No caso vertente, tomando por base que a dúvida do consulente relaciona-se à aplicabilidade das políticas do Banco Interamericano de

Desenvolvimento, convém assinalar que referida instituição financeira internacional possui personalidade jurídica de Direito Internacional Público, sendo que o Convênio constitutivo do BID, concluído no dia 08 de abril de 1959 em Washington, foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 18, de 07 de dezembro de 1959, e possui natureza de tratado internacional.

Nesse passo, as normas internacionais ratificadas pelo Congresso Nacional são hierarquicamente iguais as normas internas, sendo que suas interpretações não podem se sobrepor às normas nacionais, pois, os tratados internacionais, conforme entendimento do STF¹, com exceção àqueles que versem sobre direitos humanos, possuem hierarquia de lei ordinária, não podendo ofender, em sua aplicação, normas e princípios constitucionais.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro² preceitua que:

A doutrina e a jurisprudência admitem amplamente que, nas licitações internacionais, normas decorrentes de acordos internacionais prevaleçam sobre preceitos da Lei de Licitações, desde que observados princípios maiores do ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles o princípio da isonomia. Note-se que a isonomia, além de prevista no art. 5º, caput, da Constituição como direito fundamental de todas as pessoas, constitui um dos objetivos inerentes ao procedimento da licitação, tal como expresso no art. 3º da Lei 8.666, de 21.6.93. (grifou-se).

O procedimento licitatório internacional, portanto, deverá seguir as normas de contratação do órgão financiador apenas em suas disposições que não contrariem os princípios constitucionais brasileiros aplicáveis à Administração Pública. As normas nacionais e internacionais deverão ser aplicadas simultânea e harmonicamente de forma a preservar a soberania nacional, o interesse público e todos os outros princípios constitucionais.

Semelhantemente leciona o Professor TOSHIO MUKAI³:

Fica, então, a questão: de acordo com o § 5º do art. 42 da Lei n. 8.666/93, nas licitações internacionais há que se observar tão-só as normas dos mencionados organismos financeiros internacionais e o princípio do julgamento objetivo? Pensamos que não. (...) Quanto ao princípio – embora a lei obrigue agora apenas a observância do princípio do julgamento objetivo –, é óbvio que os demais princípios inscritos no art. 3º da Lei n. 8.666/93 são indiretamente, de observância obrigatória, uma vez que, para que seja atendido o princípio do julgamento objetivo, haverá que se observar as regras do edital (vinculação ao instrumento convocatório), a competitividade e o princípio da igualdade (porque este é de ordem constitucional – art. 37, XXI, da CF). Portanto, conclui-se que, nas licitações internacionais, não se pode simplesmente dar prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93. Há que se observar todas as demais normas atinentes às licitações internacionais, contempladas pela mesma lei,

¹ 3 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004 –SE, relator Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, em 01.06.1977, in RTJ, vol. 83, p. 809

² In Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 282.

³ MUKAI, Toshio. Licitações e contratos públicos. São Paulo: Saraiva, 1999. 5 ed.

bem como os demais princípios da licitação, que decorrem do princípio do julgamento objetivo ou decorrem do próprio Texto Constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (art. 37, XXI, da CF) (grifou-se).

A par disso, por exigência do BID, as contratações deverão seguir normas próprias, consubstanciadas nas Políticas para Aquisição de Bens e Contratação de Obras Financiados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, que se caracterizam como normas/regras, as quais não podem ir de encontro com as normas-princípios definidas na Constituição Federal. Neste sentido, leciona Marçal Justen Filho⁴:

“o art. 42, § 5º, significa que as regras acerca de procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento etc. podem ser alteradas. Não é possível suprimir os princípios inerentes à atividade administrativa (inclusive aqueles relacionados a direitos dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais e praxísticas.”

Cumprindo assinalar, todavia, em que pese o Convênio Constitutivo do BID possuir hierarquia de lei infraconstitucional no Brasil, as normas consubstanciadas nas Políticas de aquisições do Banco não possuem força normativa de tratado internacional, uma vez que são impostas pela Diretoria Executiva do BID e não passam pelo processo de internalização exigido pela Constituição Federal.

Dessa forma, não obstante possa ocorrer a prevalência das normas e procedimentos do BID sob a Lei n. 8.666/93, impõe-se a observação dos princípios maiores do ordenamento jurídico pátrio, dentre eles o da isonomia e do julgamento objetivo, haja vista que as normas impostas pelos organismos internacionais não podem desrespeitar os preceitos constitucionais relativos a contratação.

Sob esse prisma, este TCE/PR ao ser consultado sobre a possibilidade de realização de contratações obedecendo as regras licitatórias determinadas por organismo financiador externo, em contrariedade às normas da Lei Federal nº 8.666/93, respondeu de maneira positiva, por meio da Resolução nº 3.872/95 – TC, desde que atendidos os seguintes requisitos mínimos:

*“1–Serem condições indispensáveis à concessão do financiamento com recursos externos, expressamente estipulados pelo respectivo organismo internacional;
2 – Sejam estabelecidas previamente no ato convocatório (edital) e aditadas mediante justificção (motivação) do administrador licitante, com clara e precisa indicação das alterações e exigências, com posterior aprovação pela autoridade hierarquicamente superior;
3 – Não afrontem os princípios de administração pública, entre os quais os contidos no artigo 27 da Constituição Estadual e 37, 'caput' da Constituição Federal, reafirmadas no artigo 3º e parágrafos da lei 8.666/93.”*

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários á Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 559.

Nessa vereda, ao responder Consulta formulada pelo Prefeito do Município de Cascavel sob processo de n.º 729560/16, este Tribunal de Contas decidiu, no Acórdão n.º 3085/17 do Pleno que:

[...] a Administração pode aplicar as regras impostas por organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, desde que não haja conflito com dispositivos constitucionais e seja respeitado o julgamento objetivo, nos termos da Resolução nº 3.872/95 deste Tribunal de Contas. Logo, não há orientação específica que se aplique aos municípios nos casos de utilizarem as políticas de aquisições distintas da legislação nacional. A orientação para todos os jurisdicionados é a mesma, qual seja, em licitação com emprego de recursos oriundos de organismos internacionais, as normas de licitação, desses organismos podem ser aplicadas, desde que não haja conflito com dispositivos constitucionais e seja respeitado o julgamento objetivo.

Por seu turno, a CAUD ofertou resposta ao primeiro quesito utilizando como pressuposto normativo de validade a GN-2395-19⁵, que dispõe sobre as políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pela BID, ressaltando que referidas políticas preveem, ainda que de maneira superficial, a possibilidade do mutuário contratar regimes de execução de obras não regulados pela legislação nacional e com características compatíveis com os contratos EPC⁶, EPCm⁷, TurnKey⁸ e Design-build⁹.

Sobre os chamados “contratos de infraestrutura”, relevante pontuar algumas considerações. Além dos modelos positivados na legislação brasileira, outros podem ser utilizados, por força do art. 42 da Lei nº 8.666/93, que permite a utilização de formas contratuais presentes em modelos adotados por organismos internacionais que participem do financiamento da obra, a exemplo do BID.

⁵ GN-2395-19, que dispõe sobre as Políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pelo BID, a quais preveem:

I. Introdução. Aplicabilidade das Políticas

[...]

1.6 Os procedimentos descritos nestas Políticas aplicam-se a todos os contratos de bens e obras financiados, total ou parcialmente, por empréstimos do Banco. 7 Nos contratos de bens e obras não financiados por empréstimos do Banco, o Mutuário pode adotar outros procedimentos.

II. Licitação Pública Internacional. A. Generalidades. Tipos e Montantes de Contratos

[...]

⁶ EPC Engineering, procurement and construction. A empresa contratada fica responsável pela engenharia, aquisição e construção e, portanto, com risco do funcionamento/integração das partes.

⁷ EPCM A empresa assume a responsabilidade pela supervisão ou gerenciamento, mas não pela construção.

⁸ Turnkey É o contrato tipo EPC, em que o objeto contratado é entregue pronto, acabado, operando, e são estabelecidas taxas de sucesso ou garantia de desempenho (performance bond), sem que o contratante interfira no gerenciamento da contratada.

⁹ Design-Bid-Build (DBB): modelo tradicional adotado no Brasil, em que o ente público contrata uma entidade única para desenvolver tanto o projeto como a construção. Contratualmente, há um único ponto de responsabilidade tanto pelo projeto quanto pela construção, na figura do licitante vencedor.

Desse modo, novas formas de contratação foram criadas e aperfeiçoadas, buscando minimizar custos, encurtar prazos e dar garantia aos investidores, no intuito de atender as novas formas de negociação exigidas pelo mercado, bem como estimular os contratantes.

Como se nota, os novos formatos contratuais surgiram da percepção de que o tradicional contrato de obra pública, previsto na Lei nº 8.666/93, licitado a partir de um projeto supostamente o mais completo possível elaborado pelo contratante, pode não ser o mais adequado para determinados tipos de empreendimentos, especialmente de implantação de infraestrutura.

Sem embargo, na esteira da linha argumentativa delineada pela CAUD, com fulcro no art. 42º, §5º, da Lei 8.666/93, entendimentos doutrinários e precedentes desta Corte, conclui-se pela possibilidade da utilização de regime de contratação que não esteja prevista na legislação nacional, mas que esteja definida nas normas e políticas internas de organismo financeiro multilateral, observadas as cautelas¹⁰ elencadas pela unidade técnica.

Com relação ao segundo questionamento, acerca da possibilidade de exigir dos licitantes o pagamento para aquisição de Edital, afastando a aplicação do artigo 32, §5º da Lei n.º 8.666/93 quando sobre ele recaírem direitos de propriedade intelectual, nos casos em que tal procedimento seja exigido pelo organismo financeiro multilateral, mais uma vez assiste razão as unidades instrutivas.

Destaca-se, inicialmente, que a redação do art. 32. § 5º, da Lei 8666 dispõe que só pode ser cobrado, dos interessados, o valor correspondente ao custo das cópias fornecidas, *in verbis*:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...).

§ 5º Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.

Contudo, tratando-se de caso hipotético de Edital de seleção pública no âmbito internacional, eis que constitui programa cofinanciado pelo BID, nos termos do art. 42, §5º da Lei n.º 8.666/93, seria possível a exigência de pagamento

¹⁰ “Não obstante, deve-se ter em mente para quais tipos de obra os contratos se referem, sob pena de aplicar um regime inadequado, para não dizer desnecessário, em objetos que seriam mais apropriados a serem licitados pelo regime tradicional DBB. Dessa forma, a legitimidade da opção por determinado regime de execução deverá ser formal e adequadamente demonstrada, com a apresentação de estudos técnicos, pareceres e informações objetivas indicativas da necessidade e vantajosidade de determinado tipo de contrato para cada caso concreto, sem prejuízo da comprovação das circunstâncias fáticas, financeiras, jurídicas ou econômicas relevantes que eventualmente motivaram a decisão do gestor” (peça 15, p. 15).

pelo fornecimento de Edital, sobre cujos itens incidam direitos de propriedade intelectual, desde constitua exigência expressa do organismo financiador e observadas certas condições imprescindíveis à adequação aos princípios constitucionais e do julgamento objetivo, como bem expôs a CAUD.

Outrossim, tendo em vista que a República Federativa do Brasil respeita e assegura os direitos de propriedade intelectual, consoante expõe o art. 5º, inciso XXVII, da CF/88, bem como regulamentam as Leis nº 9.279/96 (Propriedade Industrial), e 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), assim como o organismo multilateral também está sujeito ao reconhecimento e respeito desses direitos¹¹, existe a possibilidade de exigência de eventual cobrança pelo fornecimento de Edital em decorrência de comprovada incidência de direitos de propriedade intelectual, observadas as cautelas¹² consignadas pela unidade instrutiva.

No que tange ao terceiro quesito, mais uma vez assiste razão ao órgão instrutivo, no sentido de que somente em situações excepcionalíssimas, desde que haja compatibilidade com o regime de execução contratado e anuência prévia do organismo financiador quando exigível, poderão ser ultrapassados os limites preestabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º¹³, da Lei 8.666/1993, mediante a adequada comprovação das condições e pressupostos definidos na Decisão 215/1999 emitida pelo Plenário do TCU, de Relatoria do Ministro José Antônio Barreto de Macedo, em 12/05/1999, conforme segue:

Consulta sobre a possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor que excederia os limites estabelecidos na Lei n. 8.666/93. Conhecimento. Esclarecimentos à autoridade consulente. Arquivamento. O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: (...). a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem

¹¹ Conforme Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, art. 27, inciso 2.

¹² Para que se afigure legítima, a cobrança pelo edital deve constituir uma exigência expressa do Banco como condição da celebração ou continuidade do contrato de empréstimo e estar prevista em suas políticas e procedimentos específicos, para que esteja sob a guarda do artigo 42, §5º da Lei n.º 8.666/93. Por sua vez, o mutuário deverá motivar as razões fáticas e jurídicas para a escolha de objeto sobre o qual recaia direitos de propriedade intelectual em detrimento de outros sem a incidência de tal proteção. E mais, deverá comprovar formal e adequadamente a efetiva existência do direito de propriedade intelectual, seus titulares, as condições de cobrança e a razoabilidade do valor cobrado, de modo a demonstrar que não houve prejuízo à ampla disputa (peça 15, p. 16).

¹³ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...).

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes)

obrigatoriamente fixados em lei; b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionabilíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V - serem necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência (...).

Por sua vez, quanto ao quarto questionamento, a despeito do não atendimento dos requisitos previstos no art. 311 do Regimento Interno, uma vez que o quesito carece de delimitação quanto ao contexto hipotético que envolve a dúvida, mais uma vez coaduna-se com os opinativos técnicos.

Convém destacar que os recursos oriundos de empréstimos externos junto ao BID decorrem de uma operação de crédito oficial aprovada pelo Senado Federal e garantida pela União, passando a integrar o orçamento público do Estado como receita pública, nos termos do artigo 3º da Lei 4.320/1964.

Ademais, importa salientar que os princípios constitucionais regentes da atividade administrativa devem ser observados independentemente da origem nacional ou estrangeira dos recursos financiadores dos Projetos atendidos pelas contratações internacionais, afinal, em que pese tenha participação de organismo financiador, os pagamentos dos recursos por ele adiantados, futuramente, sairão dos cofres públicos.

Nesse diapasão, os pagamentos dos itens reembolsáveis diante do organismo financeiro multilateral devem observar as normas internacionais procedimentais firmadas entre as partes, sendo vedado o afastamento, pelo órgão financiador, dos princípios constitucionais e legais aplicáveis, bem como as normas pertinentes às finanças públicas, utilizando-se a Lei n. 8.666/93, ainda, de forma subsidiária¹⁴.

Por conseguinte, uma vez concedido o empréstimo para a consecução de um projeto, considerando o prescrito pelo art. 42, § 5º da Lei n. 8.666/93, o Banco exige do mutuário que toda e qualquer aquisição de bens e

¹⁴ Foi assim que entendeu o Tribunal de Contas da União - TCU, no Acórdão n. 645/2014-Plenário e no Acórdão n. 1866/2015-Plenário.

contratação de serviços seja precedida de procedimento próprio, conforme bem exposto pela CAUD, que fundamentou sua análise nos normativos do Banco Interamericano de Desenvolvimento, *in casu*, o estabelecido nas Políticas para Aquisição de Bens e Contratação de Obras Financiados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - GN 2349/15¹⁵.

Por derradeiro, quanto ao último quesito, impõe-se novamente endossar as conclusões alcançadas pelas unidades técnicas, no sentido de que a fiscalização dos vencimentos dos funcionários alocados para prestação de serviços deverá obedecer não só as condições impostas nas políticas do organismo multilateral, devendo ser pautada pelos princípios constitucionais norteadores da atuação da Administração Pública.

Destarte, ao ensejo da conclusão deste item, coaduna-se o posicionamento contido na Informação n. 24/20-CAUD (peça 15, fls. 28/31), ao ponderar a possibilidade de aplicação das diretrizes fixadas na GN 2350-15, itens 2.4¹⁶, 2.26¹⁷ e 2.27¹⁸, ante a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Isso posto, tendo em vista a análise aprofundada feita pela Coordenadoria de Auditorias, corroborada integralmente pela Coordenadoria de Gestão Estadual e pela 3ª Inspeção de Controle Externo, **conclui o Ministério Público de Contas por ofertar resposta nos termos da Informação nº 24/20 – CAUD (peça 15).**

Curitiba, 11 de março de 2021.

Assinatura Digital

VALÉRIA BORBA
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas

¹⁵ Item 2.26: Regula as formas de pagamento das despesas reembolsáveis e fornece regras adequadas para o tratamento dessas despesas pelo mutuário consulente, o qual deverá primar pela economicidade, transparência e razoabilidade dessas despesas em eventuais contratações, fixando tetos unitários e/ou valores adequados de diárias, sem prejuízo da exigência das respectivas notas e recibos idôneos comprobatórios dessas despesas, de modo a resguardar o erário de ônus excessivos.

¹⁶ Mutuário deve preparar uma estimativa de custo cuidadosa, pois tal medida é essencial para a distribuição realista de recursos orçamentários.

¹⁷ Regula as formas de pagamento das despesas reembolsáveis e fornece regras adequadas para o tratamento dessas despesas pelo mutuário consulente.

¹⁸ Caso as negociações não resultarem num contrato aceitável, caberá ao mutuário encerrá-las, convidando para negociar a empresa classificada a seguir, contudo, o mutuário deverá consultar o Banco antes de tomar essa providência.