

EXECUÇÃO CONTRATUAL RECURSOS – BID – NORMAS

PROCESSO N° : 512716/20
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ
INTERESSADO : FERNANDO FURIATTI SABOIA
RELATOR : CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES

ACÓRDÃO N° 931/21 – TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Licitações com recursos oriundos do Banco Interamericano de Desenvolvimento. Questionamentos concernentes à aplicação das políticas desse organismo financeiro multilateral. Conhecimento e resposta nos termos propostos pelas unidades instrutórias.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de Consulta formulada pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná, representado pelo respectivo Diretor-Geral, Sr. Fernando Furiatti Saboia, em que apresenta a esta Corte de Contas cinco questionamentos a respeito da aplicação das políticas do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, nos seguintes termos:

Relativamente à aplicação das políticas do Banco Interamericano de Desenvolvimento, questiona-se:

- 1) Com base no artigo 42, §5º da Lei nº 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 nº 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 Consulta foi recebida pelo Despacho nº 1031/20 (peça 9), eis que presentes os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 38 e 39, da Lei Complementar Estadual nº 113/2005, e arts. 311 e 312 do Regimento Interno.

Em conformidade com o trâmite regimental, a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, apresentou Informação nº 79/20 (peça 12), em que informou a inexistência de decisões específicas sobre o tema, sem prejuízo de relacionar algumas decisões em processos de consulta que abordaram alguns aspectos das questões formuladas.

Remetidos os autos à Coordenadoria de Auditorias – CAUD, a unidade técnica emitiu a Informação nº 24/20 (peça 15), em que opinou pela resposta à Consulta, nos seguintes termos:

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 nº 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 nº 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.

Apontou, todavia, em preliminar, impropriedades e omissões na formulação dos quesitos que, no seu entendimento, poderiam ensejar a realização de diligência junto à consulente para especificação dos contextos hipotéticos, das normas e das políticas do BID sobre os quais recaem as dúvidas.

Não obstante isso, consignou que respondeu às questões buscando prestigiar a celeridade e a efetividade do processo, evitando-se frustrar interesses públicos sob a tutela do órgão consulente, de modo que enfrentou os quesitos com base nas informações extraídas das manifestações que integram o anexo da consulta (Ofício nº 266/2020-UGPBID e Parecer Jurídico nº 157/2020 – PJ-ADM, juntados na peça 04) e por meio de análise circunscrita às políticas adotadas pelo BID, observando como critérios o ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência dos Tribunais de Contas, a doutrina mais abalizada e 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), ressalvadas possíveis alterações ou o não conhecimento de outras políticas adotadas pelo BID.

A Coordenadoria de Gestão Estadual – CGE, na Instrução nº 1131/20 (peça 16), opinou pela resposta à consulta nos termos apresentados pela Coordenadoria de Auditorias.

Sugeriu, ao final, a remessa dos autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca para manifestação a respeito da vigência das Resoluções nº 3872/95, nº 805/2004, nº 2290/2003 e nº 2381/2005, diante da indisponibilidade de consulta no sítio eletrônico deste TCE, bem como para ciência e eventuais registros, diante da constatação da CAUD de que existem julgados sobre o assunto em exame.

A 3ª Inspeção de Controle Externo, na Informação nº 72/20 (peça 17), corroborou as respostas aos questionamentos, nos termos das manifestações da CAUD e da CGE.

A Procuradoria-Geral de Contas, por meio do Parecer nº 53/21 (peça 18), opinou, inicialmente, pela apresentação de resposta aos quesitos formulados, considerando a relevância do tema, visando à economia processual, ao resguardo de interesses públicos e à consolidação de parâmetros de controle a serem observados por esta Corte de Contas.

No mérito, concluiu pela resposta à Consulta nos termos formulados pela Coordenadoria de Auditorias.

É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Preliminarmente, reitera-se a presença dos pressupostos de admissibilidade da Consulta em exame, vez que formulada por autoridade legítima, com apresentação minimamente objetiva dos quesitos e indicação suficientemente precisa da dúvida a respeito de matéria jurídica de competência desta Corte e amparada em parecer jurídico.

Muito embora a Coordenadoria de Auditorias tenha apontado algumas falhas na formulação dos quesitos, assinaladas adiante, quando de sua análise individual, verifica-se, do relatado, que essas impropriedades não obstam a apresentação de resposta em tese, de maneira precisa e útil, por este Tribunal, ainda que com a restrição de sua aplicabilidade às políticas do Banco Interamericano de Desenvolvimento, sem possibilidade de extensão a programas financiados por outros organismos financeiros internacionais, e com a ressalva da possibilidade de relativização das respostas "em decorrência das impropriedades e omissões nos quesitos, bem como em função de possíveis alterações ou não conhecimento de outras políticas adotadas pelo BID".

Soma-se, ainda, as ponderações da própria unidade técnica e do Ministério Público de Contas, no sentido de que a imediata resposta dos quesitos, além de prestigiar a celeridade e a efetividade do presente processo, busca preservar os interesses públicos tutelados pelo consulente, dada a relevância do tema, e consolidar os parâmetros de controle a serem observados por este Tribunal.

Consequentemente, e considerando que a própria entidade consulente foi expressa ao consignar que as dúvidas se referem à aplicação das políticas do Banco Interamericano de Desenvolvimento, resta prejudicada a realização de diligência para complementação e adequação dos quesitos.

Ainda em sede de preliminar, não merece ser acolhida a proposta de prévia remessa dos autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca apresentada pela Coordenadoria de Gestão Estadual.

Isso porque as Resoluções por ela indicadas, em realidade, estão disponíveis para consulta no sítio eletrônico deste Tribunal, porém na página dedicada à consulta de suas decisões,¹ e não à consulta de atos normativos,² acessada por aquela unidade.

1 <https://www1.tce.pr.gov.br/busca/jurisprudencia/area/242>

2 <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/lista/instrucoes-normativas/1409/area/249>

O equívoco decorre do emprego da nomenclatura "Resolução" para certas decisões antigas deste Tribunal Pleno, as quais, todavia, não se confundem com as atuais resoluções de conteúdo normativo previstas no art. 188 do Regimento Interno.³

Consequentemente, não há que se falar em envio à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca para manifestação a respeito da vigência das mencionadas resoluções, por retratarem a jurisprudência deste Tribunal na época em que foram emitidas.

Outrossim, a remessa àquela unidade para ciência e eventuais registros diante da constatação da existência de julgados sobre o assunto ora apreciado poderá ser realizada posteriormente à presente decisão, de forma a privilegiar o princípio da celeridade processual.

Finalmente, também cabe consignar, em preliminar, que a recente entrada em vigor da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, não obsta a resposta à presente Consulta com base na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em razão de as dúvidas suscitadas se referirem a dispositivos desta última, que permanecerá em vigor até o decurso de dois anos da publicação da nova lei, nos termos do respectivo art. 193, II.⁴

No mérito, os pareceres instrutórios foram uníssomos quanto ao teor das respostas aos quesitos formulados, conforme análise individualizada, realizada a seguir.

2.1 Com base no artigo 42, § 5º da Lei nº 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", "TurnKey" e "Design-build"?

Inicialmente, como bem exposto pela Coordenadoria de Auditorias, cumpre assinalar a inadequação no emprego da expressão "modalidade de contratação", vez que a dúvida não se refere a formas de seleção (tipos de licitação), e sim, em realidade, à possibilidade de emprego de "regimes de execução contratual" não previstos ou regulados na legislação nacional, mas contemplados nas normas e políticas de aquisições e contratações do Banco Interamericano de Desenvolvimento.

Em reforço, expôs que os exemplos citados, os contratos "EPC", "EPCm", "TurnKey" e "Design-build" são tipos de contratos de obras e serviços de engenharia cujas distinções essenciais são justamente os diversos níveis de abrangência das obrigações e responsabilidades do contratante e do contratado, refletindo regimes de execução contratual diferenciados.

3 Art. 188. Resolução é o ato pelo qual o Tribunal Pleno institui ou altera o Regimento Interno, edita normas complementares relativas à estrutura, competência, atribuições e funcionamento de órgãos do Tribunal ou, ainda, trata de outras matérias que, a seu critério, deverão revestir esta forma.

4 Art. 193. Revogam-se:

I - os [arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), na data de publicação desta Lei;

II - a [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), a [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), e os [arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#), após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Em segundo lugar, também cabe evidenciar que o quesito formulado se limitou a indicar que a dúvida se refere à aplicação do dispositivo correspondente ao art. 42, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/93, de modo que deixou de especificar quais seriam as normas e políticas internas do BID que definem e disciplinam os regimes de execução não previstos na legislação nacional sobre os quais recaem a dúvida.

Não obstante isso, a Coordenadoria de Auditorias identificou a GN-2349-15,⁵ ora adotada como pressuposto normativo de validade do quesito, nos termos do art. 311, II e III, do Regimento Interno,⁶ a qual dispõe sobre as políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pelo BID que, por sua vez, preveem, ainda que de maneira superficial, a possibilidade de adoção de regimes de execução de obras não regulados pela legislação nacional, dotados de características compatíveis com os contratos indicados pelo consulente.

- 5 GN-2349-15. 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
[...]
2.2 [...] Os tipos de contrato aplicáveis incluem soma global, preço unitário, reembolso de custo mais comissões, "chave na mão", baseado no desempenho, baseado no tempo, acordos básicos, serviços de gestão, desenho e construção, propriedade e operação e construção, operação e transferência ou uma combinação dessas modalidades, entre outros aceitáveis para o Banco.
[...]
2.5 Em certos casos, o Banco poderá admitir ou exigir um contrato "chave na mão", no âmbito do qual se proporcionará o desenho técnico e serviços de engenharia, o fornecimento e instalação de equipamentos e a construção de uma instalação completa ou obras. Alternativamente, pode o Mutuário optar por manter para si a responsabilidade pelo desenho e serviços de engenharia, solicitando ofertas apenas para o fornecimento e instalação dos bens e obras necessários para o componente do projeto. Admitem-se também, contratos que envolvam tanto o desenho como a construção, bem como contratos de administração, nos casos apropriados.
[...]
II. Licitação Pública Internacional. B. Documentos da Licitação. Preço
[...]
2.29 Nos contratos de desenho e construção ou "chave na mão", o licitante deve cotar o preço das instalações construídas no lugar designado, inclusive todos os custos de fornecimento de equipamento, transporte marítimo e terrestre, seguro, instalação e comissionamento, bem como as obras conexas e todos os outros serviços incluídos no contrato, como o desenho, manutenção, operação, etc. Salvo disposição em contrário nos documentos de licitação, o preço do contrato "chave na mão" deve incluir todos os direitos, impostos e outros encargos.
[...]
II. Licitação Pública Internacional. B. Documentos da Licitação. Condições do Contrato
[...]
2.45 Os contratos devem definir claramente o escopo das obras ou serviços (contrato de desenho e construção) a serem realizados, os bens a serem fornecidos, os direitos e obrigações do Mutuário e do fornecedor de bens ou empreiteiro e as funções e autoridade do engenheiro, arquiteto ou gerente de construção, se for empregado pelo Mutuário, na supervisão e administração do contrato. Além das condições gerais do contrato, deve-se incluir qualquer condição especial que se aplique aos bens ou obras a serem fornecidos e a localização do projeto. As condições do contrato devem proporcionar uma alocação equilibrada dos riscos e obrigações.
- 6 Art. 311. A consulta formulada ao Tribunal de Contas, conforme o disposto no Título II, Capítulo II, Seção VII, da Lei Complementar nº 113/2005, deverá atender aos seguintes requisitos:
[...]
II - conter apresentação objetiva dos quesitos, com indicação precisa de dúvida;
III - versar sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal;

Em seguida, em notável estudo técnico, a que se faz remissão, conceituou os regimes de execução contratual "EPC",⁷ "EPCm"⁸, "TurnKey"⁹ e "Design-build"¹⁰ e discorreu, detalhadamente, a respeito de suas diferenças, vantagens e desvantagens em relação aos modelos adotados no Brasil¹¹ (alguns dos quais guardam similitudes com modelos previstos na Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, como o "DB" e o "EPC", reconhecidos em precedentes do Tribunal de Contas da União), correspondentes, em apertada síntese, a diversas maneiras de alocação de obrigações, riscos e responsabilidades entre contratante e contratado, com impactos no custo, no tempo de projeto e execução da obra e na admissibilidade da celebração de aditivos contratuais.

Destacou, na sequência, que este Tribunal Pleno, nos autos da Consulta nº 729560/16, proferiu o Acórdão nº 3085/17, de relatoria do Exmo. Conselheiro Fábio de Souza Camargo, em que reconheceu, com força normativa, a possibilidade de aplicação, pela Administração, de modelos e regimes de contratação impostos por organismos internacionais de crédito dos quais o Brasil seja um país membro, naquilo que não conflitarem com os dispositivos constitucionais e com o princípio do julgamento objetivo:

Consulta. Licitações realizadas com recursos oriundos de organismo financeiro multilateral. Informações sobre essas licitações no Mural de Licitações. Aplicação de regras sobre licitações impostas por organismo financeiro multilateral, desde que não haja conflito com dispositivos constitucionais e seja respeitado o julgamento objetivo.

[...]

Acolher integralmente a manifestação da Coordenadoria de Fiscalizações Específicas para responder a presente Consulta, nos seguintes termos:

[...]

II. No que tange às segunda e terceira questões, visto que são complementares, ressalta-se que a Administração pode aplicar as regras

7 No regime EPC (Engineering, Procurement and Construction) o contratante contrata uma entidade única para desenvolver tanto os projetos básico e executivo, a construção e a operação inicial do empreendimento. Há um único ponto de responsabilidade tanto pelo projeto quanto pela construção, na figura do licitante vencedor, que fica, portanto, com o risco da garantia de performance do empreendimento.

8 No regime EPCM (Engineering, Procurement and Construction Management), a empresa contratada desenvolve o projeto, faz a compra de equipamentos e materiais e faz a gestão do processo de construção para seu contratante. Embora a empresa contratada não construa, é a responsável pela gestão da entidade contratada para construir, sendo responsável pela interface, coordenação, supervisão e fiscalização de todos os contratados.

9 O regime de execução TurnKey ou "chave na mão" pode se encaixar em diversos tipos de contrato. Na legislação nacional, ele é mais aderente à "empreitada integral" da lei nº 12.462/2011 (RDC). Nesse regime de execução, o empreendimento é entregue em condições de entrar em operação. O contrato, portanto, pode envolver, além da construção, fornecimento de mobiliário, instalações eletromecânicas e demais equipamentos necessários ao funcionamento pleno do objeto contratado.

10 No regime de Design-Build (DB), o ente público contrata uma única empresa para desenvolver tanto o projeto quanto a construção. Contratualmente, há um único ponto de responsabilidade, tanto pelo projeto quanto pela construção, na figura do licitante vencedor.

11 O mais tradicional deles corresponde ao Design-Bid-Build (DBB). Em um primeiro momento, o ente público contrata um projetista para desenvolver os estudos, projetos e especificações técnicas da obra de acordo com os critérios requeridos pelo contratante. O produto entregue pelo projetista, então, fará parte dos documentos de contrato que serão levados à licitação. Em uma segunda etapa, os desenhos são levados, em conjunto com outros documentos produzidos pela administração pública, para licitação e contratação de um empreiteiro que entregue o projeto finalizado. O risco de todo o projeto é, desse modo, compartilhado entre o empreiteiro, o projetista e a Administração.

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;

Referido precedente é fundamentado no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93,¹² indicado pelo ora consultante, segundo o qual, em contratações com emprego de recursos provenientes de organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as normas e procedimentos daquela entidade, desde que exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação e que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo.

No mesmo sentido, este Tribunal Pleno, por meio da Resolução nº 3872/95, de relatoria do Exmo. Conselheiro Nestor Baptista, apresentou a seguinte resposta, em sede de Consulta:

Consulta. Possibilidade de realização de contratações obedecendo a regras licitatórias determinadas por organismo financiador externo, em contrariedade às normas da LF nº 8.666/93, desde que atendidos os seguintes requisitos:

- 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 adotadas mediante justificação (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.

Mais recentemente, situação concreta foi apreciada em sede de Representação da Lei nº 8.666/1993, por meio do Acórdão nº 436/19 – Tribunal Pleno, de relatoria deste Conselheiro:

12 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.

Representação da Lei nº 8.666/93. Licitação com financiamento internacional do BID. DER/PR. Pavimentação da Rodovia PR-364. Requisitos de qualificação questionados foram baseados em parâmetros estabelecidos pelo BID para a pré-qualificação para a contratação de obras e liberação do financiamento. Pela improcedência.

[...]

I - Conhecer a presente Representação da Lei nº 8.666/93, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, a julgar improcedente nos termos da fundamentação supracitada;

II - determinar a expedição de recomendação ao Departamento de Estradas de Rodagens do Paraná – DER/PR, na pessoa de seu responsável, para que, em futuras contratações com financiamento internacional, formalize no procedimento licitatório, de forma prévia e motivada, as justificativas individualizadas para o afastamento ou relativização das regras da Lei nº 8.666/93 diante das políticas próprias do Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, demonstrando as justificativas dessa relativização e o atendimento aos demais parâmetros fixados pelo Acórdão nº 3085/17 do Tribunal Pleno desta Corte, sob pena de inviabilizar o certame;

Assim, com base nos precedentes e no dispositivo legal acima indicados, o presente quesito deve ser respondido no sentido de que é possível, em tese, a utilização de regimes de execução contratual previstos e disciplinados nas normas e políticas internas do Banco Interamericano de Desenvolvimento que não estejam previstos na legislação nacional, com fundamento no art. 42, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/93, condicionada à prévia demonstração formal, no procedimento licitatório, da adequação do regime adotado ao objeto contratual, mediante 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 que motivaram a decisão do gestor, e do atendimento aos demais parâmetros fixados pelo Acórdão nº 3085/17 do Tribunal Pleno desta Corte.

2.2 É possível exigir dos licitantes o pagamento para aquisição de Edital, afastando a aplicação do artigo 32, § 5º da Lei nº 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)?

Relativamente ao segundo quesito, releva expor que o mencionado art. 32, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/93 veda qualquer cobrança para a habilitação em procedimento licitatório, à exceção dos valores referentes ao fornecimento do edital, limitados ao custo de reprodução gráfica da documentação fornecida:

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.

[...]

§ 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.

Ressaltou a Coordenadoria de Auditorias que o consulente deixou de indicar qualquer norma própria ou modalidade específica de seleção em que o BID pudesse exigir a cobrança pelo edital em função da incidência de direitos de propriedade intelectual, sendo que a GN-2349-15, em seu item 2.18,¹³ contém disposição análoga ao art. 32, § 5º, da Lei nº 8.666/93.

Não obstante a aparente inadequação na formulação do quesito, a resposta ao quesito anterior evidencia que a aplicação do já citado art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93, torna possível, ao menos em tese, o afastamento da vedação do art. 32, § 5º, da mesma lei, motivado pela incidência de direitos de propriedade intelectual, quando decorrente de exigência do organismo financeiro multilateral para a celebração ou continuidade do financiamento, prevista em suas políticas e procedimentos específicos, desde que de maneira a resguardar os princípios constitucionais e do julgamento objetivo.

Para tanto, bem consignou a unidade técnica que

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.

Assim, e em conformidade com os pareceres unânimes que instruem o feito, o presente quesito deve ser respondido no sentido de que é possível, em tese, a cobrança pelo edital decorrente da incidência de direitos de propriedade intelectual sobre itens nele inseridos, com fulcro no art. 42, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/93, desde que constitua uma exigência expressa do Banco Interamericano de Desenvolvimento como condição da celebração ou continuidade do contrato de financiamento, 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 recaiam direitos de propriedade intelectual em detrimento de outras opções, sem prejuízo da comprovação, formal e adequadamente, da efetiva existência do direito de propriedade intelectual, de seus titulares, das condições de cobrança e da razoabilidade do valor exigido, de modo a demonstrar a inoccorrência de prejuízo à ampla disputa.

2.3 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?

Relativamente a esse questionamento, a Coordenadoria de Auditorias expôs que, nas regras do BID, não há, formalmente, um limite para a realização de aditivos, havendo

¹³ 2.18 Os documentos de licitação deverão fornecer todas as informações necessárias para que o potencial licitante elabore uma oferta de fornecimento de bens ou construção de obras. [...] O Valor eventualmente cobrado para a aquisição dos documentos de licitação deverá ser razoável, refletindo apenas o custo de impressão e entrega aos potenciais licitantes, não devendo ser elevado a ponto de desestimular a participação de licitantes qualificados. [...].

previsão, no item 3 da GN-2349-15,¹⁴ da necessidade de oposição da "não-objeção" do Banco à solicitação do mutuário de elevação do valor do contrato em mais de 15%.

Ressaltou, contudo, que eventual extrapolação dos limites estabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº 8.666/93,¹⁵ somente poderia ocorrer em situação muito excepcional, no que lhe assiste razão, visto que o desrespeito indiscriminado a esses limites implicaria violação ao próprio dever de licitar, previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República,¹⁶ de modo que, em princípio, não poderiam ser objetivamente afastados pela incidência do art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93.

Para a constatação dessa situação excepcionalíssima, consignou a necessidade de se demonstrar a presença, no caso concreto, das condições cumulativas elencadas, em sede de Consulta, pela Decisão Plenária nº 215/1999, do Tribunal de Contas da União.

Referido entendimento foi mais recentemente reforçado pelo Plenário daquela Corte de Contas no Acórdão nº 89/2013, em que registrou que, para fins de enquadramento na hipótese de excepcionalidade prevista na Decisão nº 215/1999 – Plenário "as alterações qualitativas havidas não podem decorrer de culpa do contratante, nem do contratado", ficando excluídos, portanto, eventuais aditivos que ultrapassem o limite da legislação nacional em decorrência de Projeto Básico deficiente.¹⁷

Expôs, ademais, que, no âmbito desta Corte Estadual, essas condições embasaram a Instrução nº 7/16, da então Coordenadoria de Fiscalizações Específicas, emitida nos autos da Consulta nº 729560/16, acolhida integralmente pelo já citado Acórdão nº 3085/2017 – Tribunal Pleno.

14 3. No caso de contratos sujeitos a revisão ex ante, antes de conceder uma prorrogação substancial do prazo estipulado para a execução de um contrato ou aceitar uma modificação ou dispensa das condições de tal contrato, incluindo a emissão de uma ou várias ordens de mudança do mesmo (salvo em casos de extrema urgência), que em conjunto elevem o montante original do contrato em mais de 15% do preço original, o Mutuário deve solicitar ao Banco sua não objeção à prorrogação proposta ou modificação ou ordem de mudança. Se o Banco determinar que a proposta não está de acordo com as disposições do Contrato de Empréstimo ou do Plano de Aquisições, deve informar ao Mutuário a esse respeito o quanto antes, indicando as razões dessa determinação. O Mutuário deve enviar ao Banco, para seus arquivos, uma cópia de todas as adendas efetuadas aos contratos.

15 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: I - (VETADO)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

16 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

17 Conforme passagem da respectiva fundamentação, a seguir transcrita:

"Digo isso porque avalio que essa culpabilidade pela alteração – ou ausência dela – seja supedâneo inseparável para cumprimento da Decisão 215/1999-Plenário. Se a revisão for decorrente de projeto básico deficiente (situação comum), a possibilidade de ultrapassagem dos aditamentos aos limites do art. 65 da Lei de Licitações estaria já maculada. Bastaria, ao contrário, realizar um projeto básico sem qualquer elemento. Todas as alterações decorrentes seriam então "imprevisíveis". Padece de razoabilidade o raciocínio."

Soma-se, ainda, o reconhecimento da aplicabilidade daquelas condições diante de situação concreta apreciada pelo Acórdão nº 282/15 – Tribunal Pleno, de relatoria do Exmo. Conselheiro Ivan Lelis Bonilha, para efeito de reconhecimento da legalidade de alteração qualitativa em contrato administrativo.¹⁸

Assim, tendo em vista o reconhecimento, por este Tribunal, da aplicabilidade das condições elencadas pela Decisão Plenária nº 215/1999, do Tribunal de Contas da União, para eventual e excepcional superação dos limites estabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, passa-se a transcrevê-las:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos:

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

18 Conforme passagem da respectiva fundamentação, a seguir transcrita:
"Nesse caso, segundo a jurisprudência consolidada do TCU – apontada nos pareceres da DIJUR e do MPJTC –, as alterações qualitativas consensuais podem, excepcionalmente, exceder os limites de supressão e acréscimo previstos na Lei de Licitações, quando preenchidas as condições elencadas na Decisão Plenária nº 215/19995, in verbis:

[...]

No caso do aditivo em tela, percebe-se que todos os requisitos dispostos na decisão colegiada transcrita estão presentes, em especial porque não houve modificação substancial no objeto do contrato, bem como se trata de alteração consensual entre as partes (e-mail de 'concordância' da contratada à peça 02, fl. 33), sendo viável a formalização do aditamento."

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.

Diante do exposto, em conformidade com os pareceres acima mencionados e com as manifestações uniformes da Coordenadoria de Auditorias, da Coordenadoria de Gestão Estadual, e da Procuradoria de Contas, o presente quesito deve ser respondido nos termos a seguir:

É possível, em tese, ultrapassar os limites preestabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, diante de situações excepcionalíssimas, na ausência de culpa do contratante e do contratado, 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 cumulativas:

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 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 sejam gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

2.4 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?

Observou a Coordenadoria de Auditorias que o presente quesito contém impropriedades na sua formulação, vez que não indica as normas sobre as quais a dúvida recairia e não delimita o contexto hipotético em que está inserida, considerando que a forma de pagamento de despesas reembolsáveis dependerá, em tese, do método de seleção dos contratados e do tipo de contrato utilizado, não informados na questão.

Ilustrou que, somente a GN-2350-15, que trata das Políticas de Seleção e Contratação de Consultores Financiados pelo BID, descreve seis métodos distintos de seleção,¹⁹ cujas formas de pagamento podem variar segundo os seis tipos de contratos previstos,²⁰ que o próprio termo "consultores", segundo o item 1.3 dessa normativa, compreende uma variedade de entidades,²¹ e que, conforme estabelecido pelo respectivo item 4, cada espécie de serviço de consultoria corresponde a uma minuta de contrato no padrão do BID, as quais não foram submetidas a este Tribunal de contas para subsídio da análise da questão.

Em que pese a impossibilidade de esta Corte de Contas esgotar todas as possibilidades de aplicação de todas as regras do organismo financeiro multilateral, a unidade técnica reconheceu a possibilidade de resposta ao quesito, apesar de sua excessiva amplitude, limitada às informações extraídas das manifestações que integram o anexo da presente Consulta.

Bem expôs, inicialmente, que as verbas obtidas por meio de financiamento junto ao BID decorrem de uma operação de crédito aprovada pelo Senado Federal e garantida pela União, que seus valores passam a integrar o orçamento público do Estado do Paraná, nos termos do art. 3º, da Lei Federal nº 4.320/1964,²² e que as amortizações serão realizadas com recursos do erário estadual.

19 A saber: Seleção Baseada na Qualidade e Custo (SBQC); Seleção Baseada na Qualidade (SBQ); Seleção com Orçamento Fixo (SOF); Seleção Baseada no Menor Custo (SMC); Seleção Baseada nas Qualificações do Consultor (SBQ) e Seleção Direta (SD).

20 Sendo eles: Contrato por Soma Global; Contrato Baseado no Tempo; Contrato de Honorários por Disponibilidade ou Honorário de Êxito; Contrato para Entrega Indefinida (Acordo de Preço) e Acordo Básico.

21 Incluindo empresas de consultoria, empresas de engenharia, administradoras de construção, empresas de gerenciamento, agentes de compras, agentes de inspeção, agências especializadas e outras organizações multilaterais, bancos comerciais e de investimento, universidades, instituições de pesquisa, órgãos governamentais, organizações não governamentais (ONG) e consultores individuais.

22 Art. 3º A Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.

Conseqüentemente, os pagamentos das despesas reembolsáveis não devem atender apenas às políticas e procedimentos estabelecidos pelo BID, mas também aos princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no art. 37, da Constituição Federal, com vistas, em especial, à moralidade, à eficiência, à economicidade e à busca à proposta mais vantajosa, bem como, subsidiariamente, aos princípios previstos na Lei Federal nº 8.666/93.

Assinalou a unidade técnica, em resumo, que, independentemente do modelo de seleção ou do tipo de contrato de consultoria, a Administração deve zelar profundamente para, já na fase de planejamento da contratação, delimitar e estimar, de maneira técnica e precisa, as despesas qualificadas como reembolsáveis. Já no procedimento de seleção, deverá se valer dos meios legítimos de negociação de preços usualmente previstos nas políticas de contratações de consultoria, de modo a obter do contratado uma proposta economicamente adequada e justa. Por sua vez, na fase de execução contratual, não poderá admitir pagamentos de despesas fictícias, desarrazoadas, ilimitadas ou manifestamente superiores à realidade do mercado, com oneração excessiva do erário.

Em seguida, diante da ausência de indicação de normativa específica pelo consulente, realizou detida e minuciosa análise tomando como referencial normativo a as regras do modelo denominado "Seleção Baseada na Qualidade e Custo" (SBQC), previstas na GN-2350-15 do BID, por ser o modelo mais detalhado e conter disposições importantes sobre a forma de pagamento das despesas reembolsáveis aos consultores.

Transcreve-se, a seguir a mencionada análise, que passa a integrar a presente decisão:

De acordo com o item 2.1 da GN-2350-15,²³ a Seleção Baseada na Qualidade e Custo (SBQC) consiste em um processo competitivo entre empresas constantes de um rol delimitado de licitantes (lista curta) que leva em conta a qualidade da proposta e o custo dos serviços para a seleção da empresa vencedora. Segundo este modelo, o custo, como fator de seleção, deve ser utilizado judiciosamente e os pesos relativos atribuídos à qualidade e ao custo serão fixados em cada caso, dependendo da natureza do serviço.

Numa apertada síntese fundamentada no item 2.2 da GN-2350-15, este modelo de seleção segue as seguintes etapas: a) Preparação dos Termos de Referência; b) Preparação da estimativa de custo e do orçamento; c) Publicidade; d) Preparação da lista curta de consultores; e) Preparação e emissão da Solicitação de Proposta (SP), que deve incluir a carta convite, as Instruções aos Consultores, os Termos de Referência e a minuta do contrato; f) Recebimento de propostas; g) Avaliação das propostas técnicas: consideração da qualidade; h) Abertura pública das propostas de preço; i) Avaliação das propostas de preço; j) Avaliação final da qualidade e custo e k) Negociações e adjudicação do contrato à empresa selecionada.

Para fins de análise do quesito, importa destacar as regras correlacionadas às etapas de preparação dos termos de referência, da preparação da estimativa

23 2.1. A seleção Baseada na Qualidade e Custo (SBQC) usa um processo competitivo entre empresas constantes da lista curta que leva em conta a qualidade da proposta e o custo dos serviços para a seleção da empresa vencedora. O custo, como fator de seleção, deve ser utilizado judiciosamente. Os pesos relativos atribuídos à qualidade e ao custo serão fixados em cada caso, dependendo da natureza do serviço.

de custo e do orçamento, da preparação e emissão das Solicitações de Proposta com as Instruções aos Consultores e, finalmente, das negociações, pois estabelecem parâmetros de tratamento das despesas reembolsáveis nas contratações de consultores.

No tocante à preparação do Termo de Referência, a consulente deverá primar para que este documento seja preparado por especialistas na área do serviço a ser contratado, zelando ainda que o escopo dos serviços descritos nos termos seja compatível com o orçamento disponível. Neste ponto já é possível inferir que as despesas relacionadas à contratação, inclusive as consideradas reembolsáveis, não devem ser estabelecidas de maneira ilimitada.

E mais, os termos devem definir claramente os objetivos, metas e escopo do serviço e fornecer informações básicas, inclusive uma lista dos estudos e dados básicos relevantes, para facilitar a preparação das propostas pelos consultores. Os termos devem estabelecer claramente as respectivas responsabilidades do Mutuário e dos consultores. Como visto, o adequado planejamento da contratação a ser retratado no Termo de Referência dos serviços pretendidos é etapa fundamental para a correta estimação das despesas, tema a ser tratado a seguir.

Nos termos do item 2.4 da GN-2350-15,²⁴ a preparação de uma estimativa de custo cuidadosa é essencial para a distribuição realista de recursos orçamentários. Essa estimativa de custo deverá ser realizada pelo mutuário contratante com base na avaliação dos recursos necessários à execução do serviço, considerando especialmente o tempo de pessoal, apoio logístico e insumos físicos. E conforme definido o citado dispositivo, o custo do tempo de pessoal deverá ser pelo calculado em bases realistas para o pessoal estrangeiro e nacional.

O item 2.4 da GN-2350-15 também preconiza que os custos deverão ser classificados pelo próprio mutuário em duas categorias amplas: a) honorários ou remuneração (de acordo com o tipo de contrato utilizado) e b) despesas reembolsáveis. E tais custos serão divididos entre custos externos e locais.

A correta estimação dos serviços pretendidos pela consulente, a precisão da orçamentação e a adequada classificação de despesas consideradas reembolsáveis, dependerão em grande medida de uma atuação profundamente técnica, precisa e zelosa da consulente. Isso porque tais fatores são fundamentais não só para a transparência da seleção como para nortear a preparação das propostas pelos consultores, como será visto adiante.

De acordo com o item 2.11 da GN-2350-15,²⁵ a Solicitação de Proposta preparada pelo mutuário e destinada aos licitantes deverá incluir uma sessão de Instruções aos Consultores, com todas as informações necessárias a fim de ajudar os consultores a preparar propostas adequadas e propiciar o máximo de transparência ao processo de seleção, fornecendo também

24 2.4. A preparação de uma estimativa de custo cuidadosa é essencial para a distribuição realista de recursos orçamentários. A estimativa de custo se baseará na avaliação feita pelo Mutuário dos recursos necessários à execução do serviço: tempo de pessoal, apoio logístico e insumos físicos (por exemplo veículos e equipamentos de laboratório). Os custos deverão ser classificados em duas categorias amplas: (a) honorários ou remuneração (de acordo com o tipo de contrato utilizado e (b) despesas reembolsáveis – e divididos entre custos externos e locais. O custo do tempo de pessoal será calculado em bases realistas para o pessoal estrangeiro e local.

25 2.11. A sessão de Instruções aos Consultores na SP deve conter todas as informações necessárias a fim de ajudar os consultores a preparar propostas adequadas e propiciar o máximo de transparência ao processo de seleção fornecendo informações sobre o processo de avaliação e indicar os critérios e fatores de avaliação e os respectivos pesos, bem como a nota mínima para aprovação. Nas instruções deverão indicar uma estimativa do nível de insumos profissionais essenciais (em tempo dos funcionários) exigidos dos consultores ou o orçamento total, mas não ambos. Todavia, os consultores poderão elaborar suas próprias estimativas do tempo necessário para a execução do serviço e apresentar o custo correspondente em suas propostas. Nas instruções especificarão o prazo de validade da proposta, que deverá ser adequado para a avaliação das propostas, a decisão sobre a adjudicação, a revisão do Banco e a conclusão das negociações do contrato. A lista detalhada das informações a serem incluídas nas instruções consta do Apêndice 2.

informações sobre o processo de avaliação e indicar os critérios e fatores de avaliação e os respectivos pesos, bem como a nota mínima para aprovação. Nas instruções também serão especificados o prazo de validade da proposta, que deverá ser adequado para a avaliação das propostas, a decisão sobre a adjudicação, a revisão do Banco e a conclusão das negociações do contrato. As instruções deverão indicar, ainda, uma estimativa do nível de insumos profissionais essenciais (em tempo dos funcionários) exigidos dos consultores ou o orçamento total, mas não ambos. Não obstante, a GN-2350-15 permite aos consultores elaborar suas próprias estimativas do tempo necessário para a execução do serviço e apresentar o custo correspondente em suas propostas. Perceba-se que quanto mais precisa for a estimação e a orçamentação dos serviços pelo mutuário, maiores serão as suas chances de avaliar a adequabilidade, justiça e economicidade dos valores contidos nas propostas das licitantes.

E conforme se verá a seguir, a solidez das estimativas e do orçamento atinentes às despesas reembolsáveis concederão ao mutuário uma maior margem para a definição de tetos e negociação de preços.

Nos itens 2.24 a 2.27 da GN-2350-15 são estabelecidas as regras concernentes à etapa das Negociações e Adjudicação, com a definição das formas de pagamento do preço dos serviços, inclusive das despesas reembolsáveis. Essas formas, conforme já relatado nesta informação, irão variar de acordo com o método de avaliação das propostas utilizado na seleção e da pretensão do mutuário de celebrar Contrato por Soma Global ou Contrato Baseado no Tempo. Eis o porquê reputou-se o quesito do consulente inadequado por deficiência na contextualização hipotética.

Conforme disposto no item 2.26 da GN-2350-15,²⁶ os Contratos por Preço Global baseiam-se na entrega de resultados (ou produtos), sendo assim, o preço ofertado deverá incluir todos os custos como tempo de trabalho, gastos fixos, viagens, hotel etc. Consequentemente, se o método de seleção de um Contrato por Preço Global incluir o preço como componente, o preço não poderá ser negociado.

O mesmo item 2.26 da GN-2350-15 prescreve que nos Contratos Baseados no Tempo o pagamento é baseado em insumos, a saber, tempo de trabalho e despesas reembolsáveis, sendo que o preço ofertado deverá incluir os honorários do pessoal e uma estimativa das despesas reembolsáveis. E se o método de seleção incluir o preço como componente, não poderão ser negociados os honorários do pessoal, salvo em circunstâncias excepcionais, como, por exemplo, se os honorários propostos forem muito superiores à remuneração normalmente cobrada por consultores para contratos similares. Consequentemente, a proibição de negociação não elimina o direito do cliente de solicitar esclarecimentos e, se os honorários forem muito altos, solicitar a sua modificação, após a devida consulta ao Banco.

26 2.26. 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. Como os pagamentos em Contratos por Preço Global baseiam-se na entrega de resultados (ou produtos), o preço ofertado deverá incluir todos os custos (por exemplo, tempo de trabalho, gastos fixos, viagens, hotel). Por conseguinte, se o método de seleção de um Contrato por Preço Global incluir o preço como componente, o preço não poderá ser negociado. No caso de Contratos Baseados no Tempo, o pagamento é baseado em insumos (tempo de trabalho e despesas reembolsáveis) e o preço ofertado deverá incluir os honorários do pessoal e uma estimativa das despesas reembolsáveis. Se o método de seleção incluir o preço como componente, não poderão ser negociados os honorários do pessoal, salvo em circunstâncias excepcionais, como, por exemplo, se os honorários propostos forem muito superiores à remuneração normalmente cobrada por consultores para contratos similares. Consequentemente, a proibição de negociação não elimina o direito do cliente de solicitar esclarecimentos e, se os honorários forem muito altos, solicitar a sua modificação, após a devida consulta ao Banco. As despesas reembolsáveis devem ser pagas relativamente às despesas efetivamente incorridas, contra a apresentação de recibos, e, portanto, não estão sujeitas a negociação. Entretanto, caso o cliente queira estabelecer tetos para os preços unitários de certas despesas reembolsáveis (como viagens ou diárias de hotel), ele deve indicar os níveis máximos de tais despesas na SP ou definir uma diária na SP.

Especificamente quanto às despesas reembolsáveis, cerne do quesito examinado, elas devem ser pagas relativamente às despesas efetivamente incorridas, contra a apresentação de recibos, e, portanto, não estão sujeitas a negociação. Contudo, o próprio item 2.26 da GN-2350-15 faculta ao mutuário estabelecer tetos para os preços unitários de certas despesas reembolsáveis, a exemplo de viagens, diárias de hotel e despesas de impressão. Para tanto, deverá o mutuário indicar previamente os níveis máximos de tais despesas ou definir um valor de diária na Solicitação de Proposta a ser encaminhada aos licitantes.

Como visto, o item 2.26 da GN-2350-15 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. 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.

Diante do exposto, adota-se a resposta oferecida ao quesito pela unidade técnica, corroborada pelas demais manifestações instrutórias, nos seguintes termos:

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 Banco Interamericano de Desenvolvimento. 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 fiscais 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.

2.5 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?

Novamente, a Coordenadoria de Auditorias assinalou as ausências de apresentação das regras sobre as quais recairiam as dúvidas e de delimitação do contexto hipotético relativo ao modelo de seleção e ao tipo de contrato. Ainda assim, concluiu pela possibilidade de resposta à Consulta com base nas informações contidas nas manifestações anexadas à inicial.

A partir das mesmas premissas apresentadas no quesito anterior, indicou que a fiscalização do pagamento dos vencimentos dos empregados alocados nos serviços deve obedecer não apenas às condições impostas nas políticas do organismo multilateral, mas também se pautar pelos princípios constitucionais da Administração Pública, em especial, os da economicidade, da moralidade e da eficiência;

Ressaltou que esses princípios devem ser observados já no planejamento da contratação, quando da adequada identificação e estimativa dos custos, visto que, a depender das circunstâncias da contratação, a hipótese apresentada pelo consulente pode acarretar ônus excessivo ao erário em decorrência de pagamento adicional de parcela remuneratória a título de alimentação.

A exemplo do item anterior, transcreve-se, a seguir, a análise técnica realizada pela unidade, com base na GN-2350-15 do BID, que passa a integrar a presente decisão:

De acordo com o item 2.4 da GN-2350-15, o mutuário deve preparar uma estimativa de custo cuidadosa, pois tal medida é essencial para a distribuição realista de recursos orçamentários. E essa estimativa de custo deverá ser baseada na avaliação feita pelo próprio mutuário dos recursos necessários à execução do serviço: tempo de pessoal, apoio logístico e insumos físicos (por exemplo, veículos e equipamento de laboratório). E mais, no que diz respeito ao custo de tempo de pessoal, o dispositivo estabelece que deverá ser calculado em bases realistas para o pessoal estrangeiro e nacional. Assim, já no planejamento da contratação ao mutuário compete conhecer e bem estimar os custos, de modo a precaver-se quanto às possíveis propostas com previsão de pagamentos de remuneração de pessoal, inclusive subsídios a título de alimentação (vale-alimentação ou refeição), com valores desarrazoados ou incompatíveis com a realidade praticada no mercado. Em momento posterior, durante a avaliação da proposta da licitante e antes da adjudicação, caso repute os valores dos subsídios a título de alimentação superiores aos estimados ou praticados no mercado, deverá o mutuário, com fundamento no item 2.26 da GN-2350-15, buscar a negociação, a qual incluirá discussões sobre os Termos de Referência, metodologia, pessoal, insumos e condições especiais do contrato, para adjudicar o contrato à proposta mais vantajosa, ou seja, a proposta com a melhor avaliação. E mais,

nos termos do item 2.27 da GN-2350-15,²⁷ 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.

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.

Consequentemente, 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.

Nesses termos, e conforme assinalado pelas demais manifestações que instruem o feito, deve ser apresentada ao quesito a seguinte resposta, formulada pela Coordenadoria de Auditorias:

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 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.

Consequentemente, 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.

27 2.27. Se as negociações não resultarem num contrato aceitável, caberá ao Mutuário encerrá-las, convidando para negociar a empresa classificada a seguir. O Mutuário deverá consultar o Banco antes de tomar essa providência. O consultor será informado das razões do encerramento das negociações. O Mutuário, uma vez iniciadas as negociações com a empresa seguintes, não deve reabrir as negociações anteriores. Concluídas com sucesso as negociações e emitida a "não objeção" do Banco ao contrato negociado, deverá o Mutuário notificar prontamente às outras empresas constantes da lista curta que suas propostas não foram aceitas.

Face ao exposto, VOTO no sentido de que a presente consulta seja conhecida e, no mérito, respondida nos seguintes termos:

I - É possível, em tese, a utilização de regimes de execução contratual previstos e disciplinados nas normas e políticas internas do Banco Interamericano de Desenvolvimento que não estejam previstos na legislação nacional, com fundamento no art. 42, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/93, condicionada à prévia demonstração formal, no procedimento licitatório, da adequação do regime adotado ao objeto contratual, mediante 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 que motivaram a decisão do gestor, e do atendimento aos demais parâmetros fixados pelo Acórdão nº 3085/17 do Tribunal Pleno desta Corte;

II - É possível, em tese, a cobrança pelo edital decorrente da incidência de direitos de propriedade intelectual sobre itens nele inseridos, com fulcro no art. 42, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/93, desde que constitua uma exigência expressa do Banco Interamericano de Desenvolvimento como condição da celebração ou continuidade do contrato de financiamento, 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 recaiam direitos de propriedade intelectual em detrimento de outras opções, sem prejuízo da comprovação, formal e adequadamente, da efetiva existência do direito de propriedade intelectual, de seus titulares, das condições de cobrança e da razoabilidade do valor exigido, de modo a demonstrar a inocorrência de prejuízo à ampla disputa;

III - É possível, em tese, ultrapassar os limites preestabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, diante de situações excepcionalíssimas, na ausência de culpa do contratante e do contratado, 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 cumulativas:

III.I - 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;

III.II - 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:

a) 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;

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

c) decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

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

e) 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; e

f) 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 sejam gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

IV - 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 Banco Interamericano de Desenvolvimento. 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 fiscais 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;

V - 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 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.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca para os registros pertinentes, no âmbito da competência definida no Regimento Interno, bem como para ciência acerca dos julgados indicados pela Coordenadoria de Auditorias e pela Coordenadoria de Gestão Municipal, e, posteriormente, à Diretoria de Protocolo, para o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por unanimidade, em conhecer presente Consulta, para no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

I - É possível, em tese, a utilização de regimes de execução contratual previstos e disciplinados nas normas e políticas internas do Banco Interamericano de Desenvolvimento que não estejam previstos na legislação nacional, com fundamento no art. 42, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/93, condicionada à prévia demonstração formal, no procedimento licitatório, da adequação do regime adotado ao objeto contratual, mediante 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 que motivaram a decisão do gestor, e do atendimento aos demais parâmetros fixados pelo Acórdão nº 3085/17 do Tribunal Pleno desta Corte;

II - É possível, em tese, a cobrança pelo edital decorrente da incidência de direitos de propriedade intelectual sobre itens nele inseridos, com fulcro no art. 42, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/93, desde que constitua uma exigência expressa do Banco Interamericano de Desenvolvimento como condição da celebração ou continuidade do contrato de financiamento, 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 recaiam direitos de propriedade intelectual em detrimento de outras opções, sem prejuízo da comprovação, formal e adequadamente, da efetiva existência do direito de propriedade intelectual, de seus titulares, das condições de cobrança e da razoabilidade do valor exigido, de modo a demonstrar a inocorrência de prejuízo à ampla disputa;

III - É possível, em tese, ultrapassar os limites preestabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, diante de situações excepcionalíssimas, na ausência de culpa do contratante e do contratado, 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 cumulativas:

III.I - 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;

III.II - 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:

a) 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;

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

c) decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

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

e) 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; e

f) 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 sejam gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

IV - 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 Banco Interamericano de Desenvolvimento. 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 fiscais 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;

V - 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 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.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES.

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Tribunal Pleno, 5 de maio de 2021 – Sessão Ordinária (por Videoconferência) nº 11.

IVENS ZSCHOERPER LINHARES

Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO

Presidente