

A FUTURA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A PROIBIÇÃO DE INTERNALIZAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS EM OBRAS COM VALOR INFERIOR A 10 MILHÕES: O QUE SERÁ QUE SERÁ?

Hamilton Bonatto
@hamilton.bonatto

Procurador do Estado do Paraná, Procurador-Chefe do Coordenadoria do Consultivo da PGE/PR. Graduado em Direito, em Engenharia Civil, em Licenciatura Curta em Ciências e Licenciatura Plena em Matemática, Especialista em Direito Constitucional, em Construção de Obras Públicas, em Advocacia Pública, e em Ética e Educação. É mestre em Planejamento e Governança Pública. Autor dos livros “Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia” e Governança e Gestão de Obras Públicas: do planejamento á pós-ocupação”, ambos pela Editora Fórum; do livro “Critérios Éticos para a Construção de Edifícios Públicos Sustentáveis”, pela Editora NP; do livro Contratação de Obras e Serviços de Engenharia, pela UEPG/NUTEAD; do livro BIM para Obras Públicas, pela Ed. Con.

Ronny Charles
@ronnycharles

Advogado da União. Doutorando em Direito do Estado e Regulação. Mestre em Direito Econômico. Pós-graduado em Direito tributário. Pós-graduado em Ciências Jurídicas. Membro da Câmara Nacional de licitações e contratos da Consultoria Geral da União. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: Leis de licitações públicas comentadas (11ª Edição. Ed. JusPodivm); Direito Administrativo (Co-autor. 10ª Edição. Ed. Jus Podivm); RDC: Regime Diferenciado de Contratações (Co-autor. 2ª edição. Ed. Jus Podivm); Licitações e contratos nas empresas estatais (Co-autor. 2ª edição. Ed. Jus Podivm). Improbidade administrativa (Co-autor. 4ª edição. Ed. Jus Podivm)

O que será que será
Que andam suspirando pelas alcovas
Que andam sussurrando em versos e trovas
Que andam combinando no breu das tocas
(...)
BUARQUE, Chico. *O que será (à flor da pele)*

1 - INTRODUÇÃO

Estamos há poucos dias da publicação de uma nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O texto final produzido pelo Senado Federal está prestes a ser submetido à sanção do Presidente da República.

A futura nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos “representa sim importante evolução em relação à Lei nº 8.666/93. O texto avança em diversos pontos, mesclando certa margem de discricionariedade na modelagem da licitação e incluindo regras há muito reclamadas no ambiente licitatório e contratual”¹. E quando se trata de obras públicas, a lei oferece “um mar de institutos que esperançam” os quais “possibilitam um resultado auspicioso”. Alguns já existentes na legislação brasileira e outros chegam como novidades”².

2 – INOVAÇÕES DA FUTURA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Os regimes de contratação integrada e contratação semi-integrada estão entre os institutos mais importantes na Lei nascitura. Eles permitem a inovação, a internalização de novas tecnologias na Administração Pública, sistemas construtivos eficientes, materiais sustentáveis e metodologias diversas das convencionais. Com isso, há probabilidade de os resultados serem mais satisfatórios do que os que têm sido vistos.

A futura nova Lei, não há dúvidas, é bastante superior às anteriores, entre outras coisas, quanto aos regimes de contratação. Inovou em relação à Lei 8.666, de 1993, assim como a Lei do RDC, trazendo como um de seus regimes o de contratação integrada; inovou, por sua vez também em relação à Lei do RDC e trouxe o regime de contratação semi-integrada, à semelhança da Lei das Estatais. Apresentou, ainda, o inédito regime de “fornecimento e prestação de serviço associado”.

1 TORRES, Ronny Charles Lopes de. *A Futura Nova Lei de Licitações*. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-futura-nova-lei-de-licitacoes/> Acesso em, 07.março.2021

2 BONATTO, Hamilton. *Obras Públicas na Nova Lei de Licitações: um mar de institutos que esperançam*. Disponível em: <https://www.licitante.com.br/obras-publicas-nova-lei-licitacoes-institutos/>. Acesso em 07.março.2021.

A FUTURA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A PROIBIÇÃO DE INTERNALIZAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS EM OBRAS COM VALOR INFERIOR A 10 MILHÕES: O QUE SERÁ QUE SERÁ?

Hamilton Bonatto
Ronny Charles

Ao se vislumbrar a realidade da indústria da construção civil e o estado da arte das licitações e contratações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, observa-se que esses regimes de contratação teriam tudo para revolucionar as contratações de obras públicas no Brasil. Teriam!

Inexplicavelmente, quando parecia que a futura nova lei traria um grande avanço em termo de contratação de obras públicas, especialmente de edifícios, um parágrafo a destruirá. Nascerá, senão morta, com pouca utilidade. Por que será?

3 – INFLEXIBILIDADE DAS CONTRATAÇÕES INTEGRADAS E SEMI-INTEGRADAS

O que não tem certeza, nem nunca terá
O que não tem conserto, nem nunca terá
O que não tem tamanho

A contratação integrada, “regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”, poderia oportunizar a construção de escolas, hospitais e quaisquer outras edificações com tecnologias mais eficientes, obras elaboradas em tempo absurdamente menores que o tempo das tecnologias convencionais e com zero aditivo, com menor emissão de CO₂, com menor produção de resíduos da construção civil, entre outras vantagens albergadas pela utilização de inovação tecnológica ou técnica, ou pela adoção de metodologias diferenciadas ou de domínio restrito no mercado.

Diga-se isso também em relação à contratação semi-integrada.

Infelizmente, o § 7º do Artigo 46 da futura nova Lei, se assim permanecer, jogará um balde de água fria nas possibilidades de todos esses ganhos.

A FUTURA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A PROIBIÇÃO DE INTERNALIZAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS EM OBRAS COM VALOR INFERIOR A 10 MILHÕES: O QUE SERÁ QUE SERÁ?

Hamilton Bonatto
Ronny Charles

§ 7º Os regimes de contratação integrada e semi-integrada somente poderão ser aplicados nas licitações para a contratação de obras, serviços e fornecimentos cujos valores superem aquele previsto para os contratos de que trata a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004³.

Desse parágrafo se extrai que os regimes de contratação integrada e semi-integrada somente poderão ser aplicados nas licitações para a contratação de obras, serviços de engenharia com valores inferiores a 10 (dez) milhões de Reais.

Porque será que a Lei não quer deixar aberta a possibilidade à inovação, à novas tecnologias na maioria das obras e serviços de engenharia e arquitetura? Porque será que a Lei só permitirá a construção, por exemplo, de edifícios com alvenaria convencional, tijolo sobre tijolo, tal qual se faz há séculos. O que será que será?

4 – A PROMESSA DA INOVAÇÃO

Que anda nas cabeças, anda nas bocas
Que andam acendendo velas nos becos
Que estão falando alto pelos botecos.
Que gritam nos mercados, que com certeza
Está na natureza, será que será

Há um exemplo recente, não de uma obra pública, mas da iniciativa privada⁴ que permite a verificação das vantagens de se deixar aberta a

³ Lei nº 11.079/2004:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

(...)

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

(...)

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

⁴ Diante do crescente aumento na demanda da rede pública de saúde no atendimento aos casos suspeitos e confirmados de COVID-19 no Brasil, a Prefeitura de São Paulo e a Ambev uniram esforços com a Gerdau e o Hospital Israelita Albert Einstein para construir um novo Centro de Tratamento para a COVID-19, com 100 leitos que atenderão o público exclusivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS). In <https://www2.gerdau.com.br/sobre-nos/noticias/gerdau-prefeitura-de-sp-ambev-e-einstein-unem-forcas-para-construir-hospital>.

A FUTURA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A PROIBIÇÃO DE INTERNALIZAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS EM OBRAS COM VALOR INFERIOR A 10 MILHÕES: O QUE SERÁ QUE SERÁ?

Hamilton Bonatto
Ronny Charles

possibilidade de inovações tecnológicas em empreendimentos públicos. Esse exemplo de projetar e construir poderia ser replicado na Administração Pública se, principalmente a contratação integrada, não ficar restrita a obras e serviços de engenharia com valores superiores a 10 milhões de Reais.

Com a necessidade de atender a população da comunidade de M'boi Mirim em São Paulo, por conta do avanço da Covid-19, duas empresas se uniram para projetar e construir um hospital permanente com 100 (cem) leitos em menos de 40 (quarenta) dias com 1.350 m² (um mil, trezentos e cinquenta metros quadrados)⁵.

Como elemento técnico instrutor para elaborar o projeto, executar a obra foi lhes apresentado somente um programa de necessidades. Sequer havia ainda um anteprojeto de engenharia e arquitetura.

As empresas contratadas desenvolveram o projeto arquitetônico e seus complementares, básico e executivo, com a utilização da metodologia BIM (*Building Information Modeling*) em 6 (seis) dias.

Com os projetos a obra teria que ficar pronta em 40 (quarenta) dias. No entanto, o hospital foi entregue em menos tempo que o solicitado: 33 (trinta e três) dias. Além de absolutamente mais rápida, foi realizada com mais qualidade de acabamento, melhor conforto térmico e acústico e ambientalmente sustentável. Está lá para quem quiser ver o resultado.

Para não dizer que foi um sucesso isolado, da mesma forma foram construídos outros 4 (quatro) hospitais: Hospital Independência, em Porto Alegre – RS, com 62 leitos, em 30 (trinta) dias; Hospital de Retaguarda, em São José dos Campos - SP, com 40 leitos, em 36 dias; Hospital de Ceilândia, em Ceilândia – DF, com 54 leitos, em 34 dias; Hospital Cemeton, em Porto Velho – RO, com 58 leitos, em 35 dias. Todos com a qualidade de uma construção industrializada, com redução de prazos, maior controle de custos, menor desperdício de materiais, maior sustentabilidade, melhores condições

⁵ <https://www.tecverde.com.br/2020/06/12/espírito-de-parceria-e-tecnologia-sao-estrategicos-para-construcao-de-hospital-em-33-dias/licitacaocontrato.com.br>

A FUTURA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A PROIBIÇÃO DE INTERNALIZAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS EM OBRAS COM VALOR INFERIOR A 10 MILHÕES: O QUE SERÁ QUE SERÁ?

Hamilton Bonatto
Ronny Charles

aos trabalhadores e uso das tecnologias mais avançadas, entre outros benefícios.

Logicamente impressiona a rapidez e a qualidade com que esses hospitais foram construídos.

Porém, infelizmente, permanecendo o §7º do art. 46, que se encontra no PL 4.253/2020 na futura nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e carece de veto do Chefe do Poder Executivo, não será possível, na maioria das vezes, a construção de um edifício público com essas características e seja com essa ou outra metodologia e tecnologia disponível no mercado.

Hoje, com fundamento na Lei do RDC, seria possível, após a elaboração de um anteprojeto e do procedimento licitatório, construir com a mesma velocidade e qualidade hospitais públicos semelhantes aos descritos.

No entanto, com base na futura nova Lei, em razão do colacionado § 7º do art. 46, esses hospitais seriam construídos com alvenaria convencional, seria antes necessário licitar cada projeto e depois cada obra. Não há a mínima dúvida que haveria solicitação de diversos aditivos, de valor e de prazo, debates intermináveis a respeito da qualidade dos projetos e, ao final de aproximadamente 2,5 anos (dois anos e meio), com muita sorte, cada um desses hospitais estaria pronto. Ainda, após os recebimentos provisório e definitivo, a Administração ficaria torcendo para que não surgissem problemas construtivos.

Ademais, o regime flexível da contratação integrada e da contratação semi-integrada permitem configurações contratuais que melhor se adaptam a todas as contingências sabidamente vivenciadas em um canteiro de obras, mitigando os riscos da relação agente-principal, abundantes nos regimes tradicionais da Lei nº 8.666/93, em que falhas no projeto básico induzem o contratado (agente), que tem preferências próprias, a comportamentos que o

A FUTURA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A PROIBIÇÃO DE INTERNALIZAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS EM OBRAS COM VALOR INFERIOR A 10 MILHÕES: O QUE SERÁ QUE SERÁ?

Hamilton Bonatto
Ronny Charles

desviam do objetivo maior definido pela Administração Pública (principal)⁶, que é a conclusão do empreendimento. Pode-se dizer que os regimes de execução contratação integrada e contratação semi-integrada criam incentivos para que a contratação da obra ou empreendimento seja mais eficiente, aperfeiçoando a finalidade precípua do regime contratual que é converter jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas⁷.

Quem acredita que há exagero neste diagnóstico nunca acompanhou uma licitação e contratação de obra de edificações públicas.

Não há sequer uma razão nobre, de viés republicana, que possa justificar a impossibilidade de internalizar tecnologia em obras de menor porte. O limite de 10 (dez) milhões de reais previsto no PL nº 4.253/2020 beira ao absurdo. Chega a ser incongruente que, diante de uma situação na qual a aplicação da contratação integrada ou da contratação semi-integrada seja funcionalmente vantajosa para a sociedade, potencializando uma contratação eficiente e mitigando riscos de aditivos questionáveis, tais regimes de execução não possam ser aplicados simplesmente porque o valor da contratação não supera o patamar previsto para os contratos de que trata a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (R\$ 10 milhões).

Não há dúvida que deve ser enaltecida a evolução legislativa do PL nº 4.253/2020, em especial para as contratações de obras públicas. É esta a razão de estranhamento pela presença do §7º do art. 46. Ele destoa da intenção do legislador.

O Brasil pode perder a oportunidade de elaborar projeto e construir obras com tecnologias embarcadas semelhante as dos hospitais citados anteriormente. O que será?

⁶ FILHO, Francisco Renato Codevila Pinheiro. *Teoria da Agência* (Problema Agente – Principal). IN. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinícius (coord.) *O que é Análise Econômica do Direito*. Belo horizonte: fórum, 2016. P. 111.

⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010. P. 210. licitacaoecontrato.com.br

3 - CONCLUSÃO

Que gritam nos mercados, que com certeza
Está na natureza, será que será
O que não tem certeza, nem nunca terá
(...)

O §7º do art. 46 não permitirá que a maioria das obras e serviços de engenharia nos âmbitos do SUS, do sistema público de ensino, obras de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, obras relacionadas a melhorias na mobilidade urbana, entre outras tenham a qualidade que a indústria da construção civil brasileira está pronta para oferecer. Ainda, como indutor de boas práticas, colocará um freio para que empresas da construção civil busquem evolução tecnológica.

Interessante observar que esta restrição vai contra o tema “Construção Industrializada”, objetivo da meta 9 do Edital de Chamamento Públicos nº 3/2019 do Ministério da Economia⁸: “A partir do estímulo à construção industrializada, espera-se contribuir para a modernização e industrialização da construção civil, buscando o aumento da produtividade e competitividade do setor”- Item 3.12 do Edital⁹.

Entre os objetivos estabelecidos no Edital de Chamamento Público do Ministério da Economia para a meta 9 está a “Elaboração de planejamento estratégico para a difusão da construção industrializada no Brasil, inclusive o *estudo para alterações necessárias na Lei nº 8.666/93*. No entanto, a alteração da Lei nº 8.666/93, isto é, o PL nº 4.253/2020, da forma como está o §7º do art. 46 não incentiva a construção industrializada, ao contrário, é prejudicial.

⁸ BRASIL. Ministério da Economia. Edital nº 3/2019. Termo de colaboração para execução de ações para promover ganho de produtividade e competitividade do setor de construção civil. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/doacoes/chamamentos-publicos/2019/construcao-civil/edital>. Acesso em 06.março.2021.

⁹ AGENCIA CBIC. Disponível em: <https://cbic.org.br/grupo-de-trabalho-sobre-construcao-industrializada-tem-primeira-reuniao/>. Acesso em 06.março.2021.
licitacaocontrato.com.br

A FUTURA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A PROIBIÇÃO DE INTERNALIZAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS EM OBRAS COM VALO INFERIOR A 10 MILHÕES: O QUE SERÁ QUE SERÁ?

Hamilton Bonatto
Ronny Charles

A construção das Leis e do Direito exige que se busque compreender o movimento próprio das peças que é programado para reger, conhecendo o ser humano, o mercado e suas interações¹⁰.

Ainda há tempo de corrigir este equívoco se for vetada a causa de uma possível perda de oportunidades: o indigitado § 7º do art. 46 do PL nº 4253/2020 impede a utilização de duas das principais inovações da nova legislação proposta, para a grande maioria das obras públicas neste país, sem qualquer sombra de justificativa técnica ou política plausível.

Por enquanto é esperar e perguntar: o que será que será?

Publicado em ____ / ____ / ____
As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:
BONATTO; Hamilton. CHARLES; Ronny. A FUTURA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A PROIBIÇÃO DE INTERNALIZAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS EM OBRAS COM VALO INFERIOR A 10 MILHÕES: O QUE SERÁ QUE SERÁ? . Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br . Acesso em: dd/mm/aaaa.

¹⁰ Mackaay, Ejan; Rousseau, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 5.
licitacaocontrato.com.br