

NOTAS SOBRE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA NA NASCITURA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

HAMILTON BONATTO
@hamilton.bonatto

Procurador do Estado do Paraná; Procurador-Chefe da Coordenadoria do Consultivo; Mestre em Planejamento e Governança Pública; Engenheiro Civil; Licenciado em Matemática Plena; Autor, entre outros, do livro Governança e Gestão de Obras Públicas: do planejamento à pós-ocupação, pela editora Fórum

1. INTRODUÇÃO

Já trazes, ao nascer, a tua filosofia.
As razões? Essas vêm posteriormente,
Tal como escolhes, na chapelaria,
A forma que mais te assente...

Mário Quintana

Acaba de ser aprovado o Projeto de Lei que originará a nova Lei que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Para obras e os serviços de engenharia há inegáveis avanços.

Seu nascimento é dado como certo. No momento que escrevo este artigo ainda não houve sanção presidencial, portanto, é possível ainda um ou outro veto. Não vejo que sua essência possa ser alterada, principalmente no tema aqui tratado.

Assim, estão por desaparecer do ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 8.666, de 1993, a chamada Lei Geral de Licitações e Contratos; a Lei nº 10.520, de 2002, Lei do Pregão; e a Lei nº 12.462, de 2011, Lei do Regime Diferenciado de Contratações - RDC. Permanecerão vigendo por dois anos ao sabor de cada ente, uma vez que há uma *vacatio legis opcional*. A partir de sua publicação os entes poderão optar por licitar e contratar com a nova Lei ou permanecer fundamentando nas leis anteriores citadas.

Buscarei comentar aqui as *novidades* e as *heranças* de outras leis no que concerne, especialmente, às licitações e contratações de obras e serviços de engenharia. Nada nasce sem algo de novo. Nada nasce sem trazer consigo uma herança. É o *milagre* da genética.

A Lei nº 8.666, de 1993, mãe-rainha das licitações e contratos, já no seu leito de morte, e ali ficará por dois anos, moribunda, sofrendo seus últimos martírios, criticada com entusiasmo típico juvenil de muitos doutrinadores, combateu seu bom combate. Nasceu em momento de crise ética, em época contemporânea às “caras pintadas”, teve seu parto com tecnologias bem diferentes das de hoje.

“Rei morto (ou rainha), rei posto”! Agora teremos o império de uma nova lei. Cabe-nos, como súditos, compreendê-la, interpretá-la, encontramos a “forma que mais assente”, ir à mais longínqua fronteira hermenêutica para realizarmos licitações e contratações que atendam da melhor maneira o interesse público almejado.

A Lei nascitura, quanto a isso não há dúvidas, traz *novidades* e *heranças*, especialmente quando se trata de obras e serviços de engenharia.

Logo após sua aprovação no Senado, a Lei nascitura recebeu algumas críticas, a exemplo das que fez Joel de Meneses Niebuhr¹: muito longa, analítica demais, trata os pormenores; engessa e amarra o gestor exigindo justificativa

¹ NIEBUHR, Joel de Meneses. *O grande Desafio da Nova Lei de Licitações*. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-grande-desafio-diante-da-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/Acesso> em 13.dez.2020.

para qualquer coisa, documentos para tudo, até para compras simples e usuais; aplica-se na mesma medida para todos os entes federativos, distante da realidade da Administração Pública nacional; complexa para os pequenos municípios.

Não as refuto. Mas como o próprio autor conclui: “[a]gora é estudar, abraçar-se ao que ele tem de bom e ele realmente tem algumas coisas boas”.

Eu digo: tem muita coisa boa! Em que pese as críticas recebidas, tenho a convicção que a Lei nascitura é melhor que a agonizante Lei nº 8.666, de 1993; herda com maestria os ganhos trazidos pela Lei do Pregão; internaliza excelentes inovações da Lei do RDC; inova em muitos aspectos.

É próprio da herança genética a transmissão de características daqueles que morrem para aqueles que nascem. Com esta lei não é diferente. Traz na sua gênese traços do DNA da Lei nº 8.666, de 1993, positivos e negativos; tem no seu código genético muito da Lei do Pregão e da Lei do RDC. E, como é comum, a nascente sempre possui na sua gênese algo que o torna único.

Mas não é só a genética que marca a vida do ser que nasce. Há, também, a influência do ambiente em que vive. Assim, com o tempo, a doutrina, a jurisprudência e os regulamentos tratarão de ajudar a forjar seu caráter, suas características. Será a mesma, mas será olhada de outra forma, de outro ângulo. É natural que, evoluindo, se descole da origem em muitos aspectos.

Neste momento nos imbuiremos de elencar e traçar alguns comentários da lei nascitura sob o enfoque das obras e serviços de engenharia. Ainda como notícia, menos, por enquanto, com a profundidade que ela merece.

2. CONCEITO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A lei nascitura passa a conceituar obras como “toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico

da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel”.

Como se verifica, diferentemente da lei que está sendo revogada, não elenca que tipo de atividade é obra; não conceitua cada uma de suas formas como o Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas trouxe em orientação técnica², mas define-a, de forma que caberá à doutrina e/ou aos regulamentos a serem elaborados pela União e demais entes fazer esse discernimento, especialmente no sentido de fazer a diferenciação com serviços de engenharia.

A atividade que não for enquadrado como obra e destinada a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração é serviço de engenharia.

Os serviços foram classificados em comum e especial. Os primeiros aqueles que têm por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens; os segundos, aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição de serviço comum. Aqui, vê-se que o legislador usou equivocadamente de uma antonímia, uma vez que o oposto ao que é *comum*, seria o que é *raro*; o oposto de *simples* é que seria *complexo*. Para Jessé Torres Pereira Júnior, *em aproximação inicial do tema, pareceu que comum também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser comum, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado.*³

Mais uma vez o legislador teve dificuldade em estabelecer essa diferenciação. Mas nada que não se esteja acostumado a enfrentar.

² IBRAOP. OT - IBR 002/2009 - Orientação Técnica – Obras e Serviços de Engenharia. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-Ibraop-01-07-10.pdf>. Acesso em 12.dez.2020.

³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 6. ed. p. 1006.

3. OBRAS DE GRANDE VULTO

As obras de grande vulto, por motivo óbvio, ganharam especial atenção na legislação em comento.

Será considerada de grande vulto a obra ou o serviço de engenharia com valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

Os editais de obras desta envergadura deverão, obrigatoriamente, contemplar matriz de alocação de riscos entre contratante e contratado, à semelhança das obras licitadas pelos regimes de contratação integrada e semi-integrada.

Ainda, os editais relativos a essas obras deverão prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Em relação às garantias, nas licitações de obras de grande vulto poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato, com cláusula de retomada, prevendo a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato.

4. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

As disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, relativas aos privilégios legais às microempresas e as empresas de pequeno porte, não serão aplicadas no caso de contratação de obras e serviços de engenharia cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, hoje R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) ou, que no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem esse valor.

Outra questão relativa às microempresas e empresas de pequeno porte é que, no caso de formação de consórcios, não se aplica o acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira.

As microempresas e as empresas de pequeno porte não têm a obrigação de divulgar em seu sítio eletrônico e manter à disposição do público, nos prazos que a lei se refere, o inteiro teor dos contratos firmados com a Administração e seus aditamentos.

5. ORÇAMENTO SIGILOSO

Como regra geral, os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

No entanto, a nova Lei herdará da Lei do RDC e da Lei das Estatais a possibilidade de o orçamento ser sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

O sigilo do orçamento, como nas duas leis citadas, não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo, e só será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas. A estimativa de valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, constarão em anexo classificado para, assim, ser revelado apenas no momento previsto na Lei.

6. BUILDING INFORMATION MODELING - BIM

Coerente com a realidade tecnológica mundial, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modelling – BIM*) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la.

Em rápidas palavras, o *Building Information Modeling – BIM*, ou em português “Modelagem da Informação da Construção”, é um processo colaborativo e inteligente em um modelo 3D que possibilita a troca e o gerenciamento de informações em todo ciclo de uma obra, do planejamento à

pós-ocupação. Trata-se de um processo integrado e multidisciplinar que permite, por meio de automatizações, análises qualitativas e quantitativas mais precisas das futuras obras, e obtenção de informações coerentes e confiáveis para todo o ciclo de vida do empreendimento. A junção de informações remete ao produto desejado de uma obra e/ou serviço de engenharia.⁴

O BIM é uma revolução e tende a mudar substancialmente a contratação de projetos e obras na Administração Pública. O Brasil já editou o Decreto nº 10.306, de 2020, que estabelece a utilização do *Building Information Modelling* na execução direta ou indireta de obras e serviços de engenharia realizada pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal, no âmbito da Estratégia Nacional de Disseminação do *Building Information Modelling* - Estratégia BIM BR, instituída pelo Decreto nº 9.983, de 22 de agosto de 2019.

Este Decreto prevê a adoção do BIM de forma gradativa, com fases nos anos de 2021, 2024 e 2028.

Há Estados, como o do Paraná e do Rio de Janeiro, que também possuem suas próprias estratégias. Os Estado do Paraná e de Santa Catarina já possuem, inclusive, seus próprios cadernos de especificações técnicas para contratação de projetos em BIM, e ambos já licitaram e contrataram projetos com esta metodologia *disruptiva*.

7. QUESTÕES AMBIENTAIS

Com o escopo de agilizar a execução de obras e serviços de engenharia, os licenciamentos ambientais desses objetos terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.

O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela obtenção do licenciamento ambiental. Vejo que, quanto a este aspecto, a Licença Prévia sendo anterior à elaboração do anteprojeto ou projeto básico, deverá ser obtida pelo órgão ou entidade licitante, para que, assim, não se corra o risco de se elaborar um projeto básico e depois não se adequar às condições exigidas na

⁴ BONATTO, Hamilton. *BIM em Obras Públicas*. Curitiba: Contreinformações, 2020.

Licença Prévia, perdendo-se com isso tempo e recursos financeiros. Neste sentido, está previsto que nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital.

O Estudo Técnico Preliminar deverá conter a análise de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável.

As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, normas relativas à disposição ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas. Louvável essa previsão, porém, o Brasil necessita mais do que leis, precisa de políticas públicas que fomentem esse adequado tratamento. São raras as cidades brasileiras que possuem usinas de tratamento de resíduos da construção civil. Sem isso esse inciso será letra morta. Por outro lado, tende a incentivar o uso de novas tecnologias que não sejam agressivas ao meio ambiente sob este aspecto dos resíduos.

8. REGIME DE EMPREITADA

Na execução indireta de obras e serviços de engenharia são admitidos os regimes de empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, empreitada integral, contratação por tarefa, contratação integrada, contratação semi-integrada e fornecimento e prestação de serviço associado.

Herda regimes de empreitada da Lei do RDC e da Lei das Estatais: a contratação integrada, que está em ambas as leis; e a contratação semi-integrada, que se encontra na segunda. Talvez seja esta a mais importante aspecto da nova lei de licitações no que diz respeito a obras e serviços de engenharia. Esses regimes possibilitam a internalização nesses

empreendimentos públicos de novas tecnologias, como já pudemos tratar em outra oportunidade⁵.

Infelizmente, tendo em vista que obra de menor porte também pode ser executada com novas tecnologias, o legislador previu que os regimes de contratações 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 2004, hoje 10 milhões de reais. Mas que isso não seja um problema dos maiores. Pior se não fossem previstos esses regimes de empreitada.

Fornecimento e prestação de serviço associado é um regime inédito no ordenamento jurídico brasileiro. É o regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado.

Esse objeto, ao que se deduz, poderá ser inclusive obra ou serviço de engenharia, onde a contratada ficara com a responsabilidade da execução da obra e, após sua conclusão, será responsável pela operação e/ou manutenção do ambiente construído. Isto implica que este regime trata de um contrato complexo de construção (ou reforma), operação e/ou manutenção.

Vejo que o regulamento dos entes estatais poderá prever o procedimento de forma mais detalhada, inclusive com a previsão de que o fornecimento do objeto seja feito a partir de um anteprojeto, para que a contratada elabore os projetos básico e executivo, execute a obra, opere e faça a manutenção. Essa forma de contratação tende a se obter obras públicas com operação e manutenção de melhor qualidade e menor preço.

9. MATRIZ DE RISCOS

Matriz de riscos é uma cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-

⁵ BONATTO, Hamilton. Tecnologias inovadoras nas obras públicas: há pedras no meio do caminho. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/tecnologias-inovadoras-obras-publicas/>. Acesso em 11.dez.2020.

financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação.

A Lei nascitura impõe que uma matriz de riscos deve ter, no mínimo, uma listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência.

A Administração, para isso, com base na experiência de seus profissionais de engenharia e arquitetura, estabelecer quais são esses possíveis eventos em função da obra que será construída. Cada obra, em que pese haver coincidências, tem os seus próprios riscos em razão de suas características e do local onde será executada.

Quando se trata de obras de obrigações de resultados, como é o caso da contratação integrada e a semi-integrada, a lei exige que seja estabelecidas as frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico.

Por outro lado, no caso de obrigações de meio, isto é, aqueles regimes de empreitadas tradicionais da legislação brasileira, deve haver estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

10. PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS

Está previsto que serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação. Portanto, o orçamento estimado é o preço máximo admissível.

Está mantida a possibilidade de a licitante demonstrar a exequibilidade de sua proposta.

Para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de *preços unitário e global* a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.

Não está especificado o que vem a ser *preço relevante*, os regulamentos dos entes poderão estabelecer esse preço, ou o próprio edital de licitação, com base critérios estabelecidos e apreciados por meio de curvas ABC.

As propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração serão consideradas inexequíveis.

Será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre esse último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com a Lei.

11. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Tema recebemos com bastante entusiasmo, uma vez que já vínhamos discutindo e defendendo há muito tempo suas vantagens⁶ e que veio, como herança da Lei do RDC e das Estatais, é o Sistema de Registro de Preços para Obras e Serviços de Engenharia com projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional e que haja necessidade permanente ou frequente. Como “complexidade” é um conceito aberto e, como tal, abstrato, há uma certa margem de atuação ao gestor público para discernir no caso concreto.

É evidente que, para a utilização do SRP, como já mencionei em e-book citado, deve se verificar, a um, se as obras a serem realizadas são repetitivas, isto é, possuem a característica de padronizáveis. A dois, se a necessidade é futura, e se, mesmo que se saiba que haverá precisão, não se tem a quantificação exata dessa necessidade, mas uma estimativa. Finalmente, é preciso verificar se o objeto é divisível, e fracionando-o não se perca a qualidade, ao contrário, traga benefícios qualitativos e econômicos para a Administração.

⁶ BONATTO, Hamilton. *O sistema de registro de preços para obras e serviços de engenharia no PL nº 1.292/95*. E-book disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/08/EBOOK-SRP-OBRAS-HAMILTON-com-pref%C3%A1cio-1.pdf>. Acesso em 11.dez.2020.

Outra questão a ser levada em conta é distinguir qual o regime de empreitada que deverá ser optado para a adoção do SRP nos diversos casos que surgirem, principalmente a escolha entre os regimes de empreitada por preço unitário, por preço global, empreitada integral ou contratação integrada ou contratação semi-integrada, ainda, a possível utilização de dois regimes de empreitada em um mesmo contrato.

Há experiências exitosas na contratação de obras e serviços de engenharia por meio do Sistema de Registro de Preços. Cito algumas, do Estrado do Paraná, em e-book sobre o tema.⁷

12. DEPÓSITO EM CONTA VINCULADA

Para dar maior segurança à contratada em relação aos pagamentos a serem efetuadas pelas contratantes, está previsto que nas contratações de obras, a expedição da ordem de serviço para execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada. Tais recursos são impenhoráveis.

Não é comum que para cada etapa de uma obra ou serviço de engenharia seja necessária uma ordem de serviço específica, já que este documento é elaborado apenas no início de cada obra. Assim, deverá haver uma adequação nos procedimentos administrativos para este fim.

13. RESTRIÇÕES A ADITIVOS CONTRATUAIS

Na mesma linha da Lei do RDC foram restringidos os aditivos para alteração de valores contratuais quando adotadas a contratação integrada e semi-integrada, só se permitindo para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites de 25% e 50% do valor inicial atualizado do contrato.

⁷ Idem.

14. GARANTIAS CONTRATUAIS

Em relação à garantia contratual, poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Quando se tratar de obras e serviços de engenharia de grande vulto, isto é, com valor estimado superior a 200 milhões de reais, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

O edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato. Neste caso a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente, podendo subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância; e se não assumir a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice segurada indicada na apólice.

15. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

A lei trará como um de seus procedimentos auxiliares, o de “manifestação de interesse” – PMI - procedimento aberto que deve ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública na forma de regulamento.

O PMI é, portanto, uma fase anterior à licitação do objeto a ser executado com projetos de soluções inovadoras.

Neste tipo de procedimento, os estudos, investigações, levantamentos e projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes,

conforme especificado no edital. Portanto quem paga o trabalho do manifestante não é a Administração, e sim a empresa contratada para a realização da obra ou serviço de engenharia.

A participação do PMI é sempre um risco para o manifestante, uma vez que será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

O PMI poderá ser restrito a startups.

16. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

As modalidades convite, tomada de preços deixarão de existir. Permanecerão a concorrência, o pregão, o concurso e o leilão. Uma nova modalidade aparece como grande novidade na nova lei de licitações: o diálogo competitivo.

O pregão é a modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto. Poderá ser utilizado inclusive, desde que sejam para objetos compatíveis com esta modalidade, para o sistema de registro de preços, bem como para contratar leiloeiro oficial.

A lei prevê que o agente responsável pela condução do pregão será denominado “pregoeiro”. Por certo, esta preocupação de manter o nome tradicional tem como origem a necessidade de se manter toda a expertise adquirida por esses servidores públicos nesses anos da vigência da Lei 10.520, de 2002.

Essa modalidade, assim prevê a nascitura lei, não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia comuns.

Concorrência é a modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser a) pelo menor preço; b) melhor técnica ou

conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; ou e) maior desconto.

Se empregado como procedimento o sistema de registro de preços para a contratação de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, a modalidade a ser adotada deverá ser a concorrência.

A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Tanto em uma modalidade como a outra, as licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica. Para ser utilizada a forma presencial faz-se necessário motivar nos autos a opção e a sessão pública ser registrada em ata e gravada mediante a utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo.

Concurso é a modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor. Essa modalidade já é tradição no Brasil, porém, a nosso entendimento, infelizmente é muito pouco utilizada.

As regras e as condições para a realização de concursos são mais abertas que as demais modalidades, devendo estarem previstas no edital, indicando a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e formas de apresentação do trabalho, e as condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor.

O vencedor de concurso destinado à elaboração de projetos deverá ceder à Administração Pública todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor.

O diálogo competitivo é uma modalidade de licitação inspirada da Diretiva 2014/24 da União Europeia e na FAR - Federal Acquisition Regulation - dos Estados Unidos, e tem como escopo a contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

Essa modalidade tem como objetivo contratar objeto que envolva: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração.

André Luiz dos Santos Nakamura expõe de forma brilhante “que a Administração Pública, em razão de uma tendência à diminuição de seus quadros técnicos, bem como pela crescente complexidade dos desafios no setor de infraestrutura, tem cada vez mais dificuldades em estruturar projetos”⁸.

A nova lei traz os procedimentos para a modalidade diálogo competitivo.

Em que pese a aparente semelhança como o Procedimento de Manifestação de Interesse, o diálogo competitivo não pode ser confundido com ele.

No PMI ainda não há edital de licitação para a contratação do objeto pretendido, há apenas um chamamento público àqueles que desejarem fazer, por conta e riscos, estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública.

O diálogo competitivo é uma modalidade de licitação e nasce com um edital onde a Administração Pública busca realizar diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas

⁸NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. Formas de participação privada na modelagem dos projetos de infraestrutura: diálogo competitivo, procedimento de manifestação de interesse (PMI) e manifestação de interesse privado (MIP). *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 31-50, jul./dez. 2018.

capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo.

Essa é uma modalidade nova no ordenamento jurídico, uma alternativa excelente para a Administração Pública realizar contratação com soluções inovadoras. Porém “se por um lado a flexibilidade dos procedimentos de formação dos contratos é adequada para solucionar problemas enfrentados pelo Brasil, por outro ela é inadequada devido a aspectos ligados à cultura da Administração Pública brasileira”⁹, relativos, especialmente à corrupção.

No entanto, destaco, que a Lei procurou dar algumas garantias, “impondo, por exemplo, a condução do procedimento por uma comissão formada por três agentes públicos dotados de vínculo permanente com o Estado e sendo claro – para não dizer enfático – na autorização para os órgãos de controle acompanhar os passos do procedimento. Essas posturas não eliminam os riscos de corrupção, mas diminuem as possibilidades de práticas corruptas”.

O tempo nos dirá como será o comportamento dos gestores públicos nesta modalidade de contratação e os resultados que advirão dela nos permitirá fazer uma melhor avaliação.

17. INVERSÃO DE FASES

O Se para licitar obras por concorrência o procedimento era primeiro a habilitação e em seguida a abertura das propostas de preço, a lei nascente inverte esse procedimento, de modo que a regra é semelhante ao pregão, primeiro devem ser abertas as propostas para, depois verificar a habilitação da mais bem classificada.

A modalidade pregão, bem como algumas leis de outros entes que não a União, a exemplo dos Estados da Bahia e do Paraná, já demonstraram que esse procedimento tende a ser muito mais ágil e mais condizente com a realidade das licitações públicas.

A Lei permitirá que seja utilizado o procedimento tradicional e primeiro habilitar as licitantes e depois abrir a habilitação, porém, esse ato deverá ser

⁹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf. Acesso em 12.dez.2020.

motivado com explicitação dos benefícios decorrentes e, ainda, estar previsto em edital.

18. SISTEMA INFORMATIZADO DE ACOMPANHAMENTO DE OBRAS

A Lei que ora nasce prevê que os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo.

O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP – deverá conter um sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite acesso a esse sistema compartilhado de obras.

19. REPUTAÇÃO

“Eu sei o que você fez no verão passado!” Esta é uma novidade na Lei que nasce. Abre-se a possibilidade de ter um histórico da atuação da contratada e, com isso por meio de avaliações contratuais. Essas informações deverão estar no sistema de planejamento e gerenciamento de contratações previsto no Portal Nacional de Compras Públicas – PNCP.

O desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica. Para isso, atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada.

Portanto, o julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por atribuições de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferidas nos documentos comprobatórios da avaliação realizada e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP.

A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

De minha parte gostaria que a avaliação negativa, conforme fosse disposto em regulamento, pudesse penalizar a empresa mal avaliada com a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por um determinado prazo. Penso que as maiores garantias que a Administração tem que a futura contratada executará de uma forma aceitável um contrato administrativo não são aquelas previstas na lei, mas sim seu comportamento nas contratações pretéritas com o próprio órgão ou entidade contratante ou com outros. Aqui acho que a Lei poderia evoluir mais.

20. EXCEPTIO NON ADIPLENTI CONTRACTUS

O contratado terá direito à extinção do contrato quando a Administração atrasar mais que 2 (dois) meses da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos. Na Lei nº 8.666, de 1993, o prazo é de 90 (noventa) dias.

Neste caso vê-se a necessidade dos regulamentos a serem editados pelos entes fazerem a previsão que esse prazo deixará de ter esta data base se o pagamento não foi realizado por culpa da contratada, seja porque não apresentou os documentos necessários, ou emitiu a nota irregularmente, destoante da medição, entre outros casos.

21. ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTOS

Em relação aos pagamentos, é dever da Administração observar a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida pelas categorias de contrato: fornecimento de bens, locações, prestação de serviços e realização de obras.

Para alterar essa ordem deverá ser feita prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas, exclusivamente em situações específicas previstas na Lei.

22. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Que a nascimento Lei Geral de Licitações e Contratos seja bem-vinda, com seus defeitos e suas qualidades.

Não se diga que não é uma Lei que contém aspectos inovadores, porque a digressão que fiz neste artigo já demonstra que em muitos pontos moderniza, especialmente quando o tema é “obras e serviços de engenharia”.

Não se diga que não houve a preocupação de herdar as melhores qualidades de leis antecedentes, porque está claro que adquiriu importantes legados da Lei do Pregão, do RDC e da Lei das Estatais.

Resta-nos acolhê-la como uma recém nascida, sem preconceitos e com a responsabilidades de nutri-la com a melhor interpretação, com bons regulamentos e com uma jurisprudência coerente com a realidade de todos os entes.

Importante é que cresça imbuída da realização das melhores contratações possíveis, fazendo prevalecer os princípios e a filosofia que ela traz de berço consigo. Nas palavras sempre geniais e atentas Mário Quintana:

Já trazes, ao nascer, a tua filosofia.
As razões? Essas vêm posteriormente,
Tal como escolhes, na chapelaria,
A forma que mais te assente...

Cabe-nos agora, como intérpretes e operadores do direito, escolhermos a forma que mais assente ao interesse público. Afinal, chapelarias e hermenêutica são imprestáveis se não houver cabeças!

23. REFERÊNCIAS

BONATTO, Hamilton. **BIM em Obras Públicas**. Curitiba: Contretrainamentos, 2020.

BONATTO, Hamilton. **O sistema de registro de preços para obras e serviços de engenharia no PL nº 1.292/95.** E-book disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/08/EBOOK-SRP-OBRAS-HAMILTON-com-pref%C3%A1cio-1.pdf>.

BONATTO, Hamilton. **Tecnologias inovadoras nas obras públicas: há pedras no meio do caminho.** Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/tecnologias-inovadoras-obras-publicas/>.

IBRAOP. Orientação Técnica OT - IBR 002/2009 – Obras e Serviços de Engenharia. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-Ibraop-01-07-10.pdf>.

NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. **Formas de participação privada na modelagem dos projetos de infraestrutura: diálogo competitivo, procedimento de manifestação de interesse (PMI) e manifestação de interesse privado (MIP).** Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 31-50, jul./dez. 2018.

NIEBUHR, Joel de Meneses. **O grande Desafio da Nova Lei de Licitações.** Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-grande-desafio-diante-da-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/Acesso em 13.dez.2020>.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro.** Disponível em: http://licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf. Acesso em 12.dez.2020.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública.** 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

BONATTO, Hamilton. *Notas sobre Obras e Serviços de Engenharia na Nascimento Lei de Licitações e Contratos.* Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.