Savioli: As modalidades contratuais na nova Lei de Licitações

A nova Lei de Licitações, aprovada no Senado e que aguarda sanção presidencial, trouxe uma série de

ontratos administrativos.

Além da tentativa de melhor delimitar os conceitos relacionados aos tipos contratuais (de obras, serviços, compras e alienações), a nova norma tem por objetivo diferenciar os regimes jurídicos a eles aplicáveis. Isso, na prática, resolveria uma das principais críticas dos aplicadores do Direito ao regime disposto na Lei nº 8.666/93, que previu um único regime aplicável, indistintamente, aos mais variados contratos administrativos.

Se é bem verdade que a nova lei tenta delimitar com maior precisão os tipos contratuais — afastando-se, portanto, da chamada *"maldição do regime único"*, que até então imperava —, ainda é um pouco certo para afirmar que a medida tem espaço suficiente para modulação de regime e adaptação às finalidades administrativas, bem como para as demandas por maior inovação e eficiência em âmbito contratual.

Além disso, outro destaque merece ser feito às modalidades contratuais aplicáveis aos serviços de engenharia. Até então, a Lei nº 8.666/93 previa quatro principais modalidades: 1) a *empreitada por preço unitário*; 2) a *empreitada por preço global*; 3) a *empreitada integral;* e, finalmente, 4) a *tarefa*.

Enquanto a primeira, empreitada por preço unitário, compreende a execução de obras ou serviços de engenharia por preço certo e unidades determinadas, a segunda, empreitada por preço global, compreenderia as hipóteses nas quais a contratação se dá por um preço certo e total, que abarcaria todo o escopo contratual. A empreitada integral, por sua vez, é conhecida como *turn-key* no mercado estrangeiro e compreenderia a contratação do empreendimento em sua integralidade, abarcando todas as etapas de obras, serviços e instalações para entrega ao contratante em condições de operação imediata. Finalmente, a tarefa, modalidade de menor relevo, que prevê contratações menores, do dia a dia da Administração, abrange como objeto a contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Embora a nova lei tenha importado essas quatro modalidades, há novidades quanto ao tratamento conferido a elas. Nesse sentido, tanto a empreitada por preço global como a empreitada integral passam a ser equiparadas, com relação a determinadas regras, à contratação integrada. Isso ocorre tanto no âmbito da licitação como no do contrato.

Para além dos regimes importados da Lei nº 8.666/93, o novo marco legal também aproveitou outras modalidades licitatórias já existentes em nosso ordenamento jurídico. É o caso da *contratação integrada*, incorporada a partir da Lei nº 12.462/2011, do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e da *contratação semi-integrada*, decorrente da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais). A despeito de os conceitos terem remanescidos os mesmos — contratação de obras e serviços de engenharia, incluindo elaboração de projetos, fornecimento de bens e prestação de serviços, realização de montagem, teste, pré-operação e operações, em que o contrato é responsável pela entrega final do objeto —, fato é que o novo marco inseriu modificações quanto a essas espécies de contratações.

A primeira mudança consiste na previsão das *hipóteses de sua utilização*. Enquanto a contratação integrada era prevista nos contratos cujo escopo envolvesse: 1) *inovação tecnológica ou técnica*; 2) execução com *diferentes metodologias;* ou 3) execução com tecnologias de *domínio restrito* no mercado (artigo 9, RDC), a contratação semi-integrada era prevista apenas *"(…) quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias"* (artigo 43, V, Lei das Estatais).

No novo marco, ambas as modalidades podem ser adotadas em qualquer das duas seguintes hipóteses: 1) quando os valores superarem aqueles previstos pela Lei nº 11.079/2004 (ou seja R$ 10 milhões); ou 2) em projetos de ciência, tecnologia, inovação e de ensino técnico ou superior. A inovação, já se pode adiantar, trará certas inseguranças. Se é bem verdade que a redação amplia as hipóteses, na medida em que se afastou da necessidade de comprovação de metodologias de execução múltiplas, de domínio restrito do mercado ou ainda de inovação tecnológica, também o é que as novas modalidades trazem já incorporadas alguns desafios inerentes ao seu conceito.

De um lado, tem-se uma insegurança — existente atualmente nas parcerias público-privadas — de definir se os valores previstos no artigo 2º, §4º, I, da Lei nº 11.079/2004, que se referem ao valor global da contratação ou aqueles relativos apenas aos investimentos que serão promovidos na parceria. De outro, tem-se, quanto à segunda hipótese, a amplitude e imprecisão do termo *"projetos de ciência"*, que poderão, em suma, abarcar uma variedade de escopos, cuja estrutura não necessariamente demande a modalidade da contratação integrada ou semi-integrada.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A segunda mudança diz respeito à *vedação à celebração de termos aditivos*. Na previsão original da contratação integrada e semi-integrada, vedou-se a celebração de termos aditivos, exceto nos casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação (artigo 9, §4, RDC). Essa previsão visava a evitar que a admissão de determinados riscos contratuais, em especial aqueles de projeto, fosse, posteriormente, repassada à Administração Pública, em momento após a celebração do contrato, mascarada pela aprovação de sucessivos aditivos contratuais. Entretanto, a experiência de projetos de contratação integrada, no âmbito do RDC, vinha demonstrando uma dificuldade em promover modificações nos contratos administrativos, seja por receio da Administração, seja por continência dos órgãos de controle, mesmo nos casos em que havia autorização expressa na lei. A fim de superar esses desafios, o novo marco introduziu previsão, de forma inequívoca, que o contrato *poderá ser alterado* nos casos de *evento posterior* que tenha sido alocado à Administração Pública.

A terceira e quarta inovações dizem respeito aos *aspectos econômico-financeiros* da contratação. Há, primeiro, uma mudança relevante no cálculo do valor estimado dos serviços. Enquanto no regime tradicional do RDC a metodologia era definida pelo administrador público, que poderia adotar um entre três principais critérios, indistintamente (valores *praticados pelo mercado*, valores *pagos pela Administração Pública* em escopos similares ou da *avaliação do custo global da obra*, mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica), no novo marco legal o administrador deve obedecer a uma ordem de critérios, sendo que a estimativa baseada em orçamento sintético somente poderá ser utilizada quando necessário e o anteprojeto permitir. Outra mudança substancial diz respeito à exigência de que o sistema de medição e pagamento do contrato deve estar associado à execução de metas do cronograma físico-financeiro, vinculadas ao cumprimento de metas de resultado, vedada a adoção de sistemática de remuneração. Embora a redação não seja clara, o que o legislador pretendeu, em resumo, foi evitar que a remuneração se estruturasse de forma descasada dos marcos de entrega contratuais, reforçando, por consequência, um modelo de fiscalização de meios e não de resultados, muito comum nos contratos tradicionais celebrados sob o manto da Lei nº 8.666/93.

Finalmente, o novo marcou passou a prever que o edital e o contrato, sempre que possível, devem prever as providências necessárias com relação ao tema da *desapropriação*. Note-se que a lei não antecipou a quem deve ser alocado o risco e as atribuições de desapropriação. Entretanto, define que a descrição do regime de desapropriação deve contemplar: 1) o responsável por cada fase do procedimento expropriatório; 2) a responsabilidade pelo pagamento das indenizações devidas e sua respectiva estimativa; 3) a distribuição de riscos entre as partes e 4) em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados (artigo 45, §4).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Para além das modalidades contratuais incorporadas do arcabouço normativo já existente, o novo marco trouxe uma categoria inovadora, qual seja: o do *fornecimento e prestação de serviço associado*. Essa modalidade comporta a possibilidade de que o contratado se responsabilize, para além da implementação de empreendimentos, por sua operação e manutenção, por tempo determinado. Trata-se de uma alternativa aos contratos complexos de concessões e parcerias público-privadas, que contemplam uma série de exigências em termos de prazos e investimentos. Com essa nova modalidade, permite-se que o poder público transfira, por um período curto, sua operação e manutenção ao particular, resguardando, ao menos em tese, que haja uma cautela maior com nível de qualidade das obras e serviços prestados no âmbito da fase de implementação.

As mudanças acima parecem destacar um esforço, por parte do legislador, em atender às demandas de melhor adequação dos contratos administrativos à realidade concreta da Administração Pública atual, seja em termos de variedade e flexibilidade de regimes contratuais, seja em termos de maior precisão e detalhamento dos regimes já existentes. Cabe, após sua aprovação, ver se as mudanças promovidas serão suficientes para conferir maior grau de eficiência e autonomia às contratações públicas.

Date Created
04/04/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.