

# LEI ESTADUAL PODE EXCLUIR OS SERVIÇOS DE ENGENHARIA DA INCIDÊNCIA DA MODALIDADE PREGÃO?

Jair Eduardo Santana

Para fins de realização da licitação na modalidade pregão, consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, com base nas especificações usuais praticadas no mercado

I. A Lei 9.433 de 01.03.2005 (DOE de 02.03.2005) é a norma que regula as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia.

II. É norma vanguardista e meritória que encampou, dentre outras tantas novidades, a inversão das fases do procedimento para modalidade convencional, à semelhança da ritualística do pregão. Outros entes federativos (Estados e Municípios) seguiram a mesma linha para essa e outras exigências dos tempos atuais (São Paulo, Paraná, Sergipe, Vitória da Conquista etc.).

III. Um fato, no entanto, ganha a nossa atenção. Encontramos na citada norma<sup>[1]</sup>, na regulação do pregão, o seguinte:

(...)

## SEÇÃO VI – DO PREGÃO

### Subseção I – Disposições Gerais

**Art. 108.** *Para fins de realização da licitação na modalidade pregão, consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, com base nas especificações usuais praticadas no mercado.*

**Parágrafo único.** *A licitação na modalidade pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.*

[1] A Lei 12.340, de 27.01.2003, do Estado do Pernambuco tem redação semelhante à norma em comento: “**Art. 3º** A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.” Curiosamente, no entanto, o Decreto do Pernambuco 25.662, de 18.07.2003 (ato que regulamenta a lei citada) não faz sequer referência à dúbia proibição posta na norma e, ademais, nem mesmo menciona a palavra *engenharia*, *limitando-se de modo corretíssimo a estabelecer*: “**Art 1º** Ficam os órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundacional, do Poder Executivo do Estado de Pernambuco, autorizados a realizar licitações na modalidade Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, cabendo ao Secretário de Administração e Reforma do Estado, através de Portaria, relacionar outros bens que deverão ser adquiridos com o uso do Pregão Eletrônico, resolver os casos omissos e expedir normas complementares destinadas ao fiel cumprimento deste Decreto”.

## ARTIGO . lei estadual pode excluir os serviços de engenharia

IV. A pergunta que se coloca é: Lei Estadual pode excluir os serviços de engenharia da incidência da modalidade pregão?

V. Apressamo-nos em responder que não. Não pode Lei que não a Nacional subtrair do regime dessa modalidade de licitação os serviços de engenharia, acaso se trate de serviços comuns de engenharia.

VI. Já tivemos oportunidade de dizer<sup>[2]</sup> que

*Desde o surgimento do pregão temos sustentado que a norma (medida provisória ou lei de conversão, não importa) é o marco interpretativo para o objeto do pregão. Se a norma nunca qualificou o bem ou o serviço comum de maneira restritiva não deveria o intérprete fazê-lo. E, no caso, por intérprete entende-se todo aquele que está incumbido de aplicar a referida legislação.*

VII. Ou seja, desde sempre estamos a dizer que *o que qualifica o serviço que se subsume ao império e regime do pregão é o ser comum e não o ser de engenharia.*

VIII. De sorte que se o serviço de engenharia for comum, ele estará sob o influxo das normas que regem o pregão.

IX. Não estamos alheios, no entanto, àquilo que a realidade circundante nos mostra. Por isso registramos<sup>[3]</sup>:  
(...)

*não é todo serviço que, por ser de engenharia (exigindo-se a presença*

*de profissionais daquela área de conhecimento), é incomum. Ou seja, bem pode haver – e há – serviços de engenharia comuns, licitáveis por pregão. Todavia, não nos esqueçamos daqueles serviços de engenharia licitados por pregão que, em verdade, acabam desbordando para o tipo legal das obras e, por isso, incidentes na vedação legal.*

X. A proibição expressa da contratação de obras por meio da sexta modalidade licitatória, em princípio, seria dispensável, na medida em que a própria Lei 10.520/02, ao estabelecer a finalidade do pregão, deixa claro o seu uso para aquisição de bens e prestação de serviços comuns. Para melhor entendimento, faz-se necessária remissão ao art. 6º, incs. II e III da Lei 8.666/93.

É ali que se encontra o conceito de *serviço* enquanto atividade destinada a obter “determinada utilidade de interesse para a administração, tais como: *demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção*”, dentre outros.

Como saber, por exemplo, se uma *instalação afeta ao domínio da engenharia é ou não comum*? Respondemos que somente se poderá resolver a pendência dentro dos autos do procedimento. Ou seja, a resposta é mesmo casuística. E não haveria como ser diferente.

O mesmo pode ser dito em relação às compras. Um *sistema de ar condicionado central* tanto pode ser *comum* (e licitado por pregão) como o inverso igualmente também pode ocorrer. Tudo depende de uma série de circunstâncias que apenas o caso concreto apresentará.

Por isso é que insistimos sempre na questão do planejamento das aquisições e das contratações e na necessidade de bem se elaborar o termo de referência e o projeto básico, como o caso.

XI. Tornando ao tema central, remanesce a questão que deve ser bem pontuada.

XII. Serviços de engenharia, desde que comuns, são pois licitáveis por pregão. Isso não gera qualquer dúvida nos tempos de hoje.

XIII. No entanto, o ponto é (repetimos): Lei que não a Nacional (10.520/02) poderia vedar tal prática?

XIV. Já dissemos que não.

XV. Não obstante, é preciso ver que a Lei da Bahia e do Pernambuco aqui citadas *devem ser interpretadas de modo a vedar serviços de engenharia não comuns* e, em tal caso, não se falaria em incompatibilidade dessa norma com o ordenamento jurídico.

[2] SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico – Sistema de Registro de Preços – Manual de Implantação, operacionalização e controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum. p. 88.

[3] *Op. cit.*, p. 93.



XVI. Interpretação diversa, de outra parte, implica em violação direta ao sistema normativo vigente. E, no caso, o raciocínio é bem simples.

XVII. Quem detém competência legislativa primária e privativamente para cuidar do assunto é a União Federal (art. 22, inc. XXVII da CF/88):

**Art. 22.** *Compete privativamente à União legislar sobre:*  
(...)

*XXVII. normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XX...*

XVIII. Embora seja nossa tese (há quase duas décadas) que haja uma região normativa concorrencial no setor em comento (competência legislativa concorrente – art. 24, inc. XI da CF/88), *o assunto objeto da modalidade de licitação está fora de tal possibilidade.*

XIX. De tal sorte, imaginar-se que Lei que não a Nacional pode moldar o conceito de serviço comum é pensamento equivocado que esbarra nos limites constitucionais.

XX. Tivemos oportunidade de relatar<sup>[4]</sup> curioso caso que se passa no Governo do Distrito Federal (GDF) que editou lei distrital que subtrai os serviços de limpeza, vigilância e outros decorrentes de terceirização do conceito de serviços comuns.

XXI. Ora, a atividade em si (o serviço de limpeza, *v.g.*) não deixará de ser comum apenas e tão somente porque a Lei Distrital assim o disse, contrariando a norma Nacional que verbalizou sua competência constitucional de modo inverso.

XXII. Em conclusão, de duas uma:

a) ou se imagina que as Leis 9.433, de 01.03.2005 (Bahia) e 2.340, de 27.01.2003 (Pernambuco) vedam o pregão para serviços não comuns de engenharia,

b) ou as normas violam frontalmente o sistema normativo.

XXIII. É evidente que a melhor opção (e interpretação) em relação às normas citadas e de outros entes que possuam regramento equivalente, é **considerar que o que se veda é o pregão para serviços de engenharia que não sejam comuns.**

XXIV. Importantíssimo, portanto, que a norma nacional do pregão (Lei 10.520/02) seja bem interpretada principalmente quando for colocada em contraste com normas irradiadas de outras esferas de Poder Político que estão legitimadas a transitar pelo mesmo assunto.

No caso, é preciso *revisitar* o eterno problema das *competências legislativas na federação brasileira*<sup>[5]</sup>. Sem esse conhecimento prévio, o intérprete pode ser levado a *vitando e insuperável equívoco.* **OP**

[4] *Op. cit.*, p. 124.



#### JAIR EDUARDO SANTANA

É Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor em cursos de pós-graduação, atua na capacitação de servidores públicos das três esferas de governo. Autor de artigos publicados em revistas especializadas e de diversos livros. Foi Superintendente de Orçamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais onde, além da judicatura de Entrância Especial, exerce atividades de assessoramento técnico.

[5] Tomamos a liberdade de sugerir o nosso: SANTANA, Jair Eduardo. **Competências Legislativas Municipais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.