

## Modalidade de licitação

Jair Eduardo Santana

### Pergunta

Lei Estadual pode excluir os serviços de engenharia da incidência da modalidade pregão?

### Resposta

I A Lei nº 9.433 de 1º de março de 2005 (*DOE* de 2 mar. 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 vanguardeira 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.

**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 nº 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, II e III, da Lei nº 8.666/93.

**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 (nº 10.520/02) poderia vedar tal prática?

**XIV** Já dissemos que não.

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

**XVI** Interpretação diversa, de outra parte, implica 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, XXVII, 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, XI, 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 Lei nº 9.433 de 1º de março de 2005 (DOE de 2 mar. 2005) veda o pregão para serviços não comuns de engenharia,

b) ou a norma viola o sistema normativo.

---

<sup>1</sup> A Lei nº 12.340, de 27 de janeiro de 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 nº 25.662, de 18 de julho de 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."

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 93.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 124.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTANA, Jair Eduardo. Modalidade de licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 90, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57763>>. Acesso em: 28 abr. 2020.