



## Definição da modalidade de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia na nova Lei de Licitações

21 de maio de 2021

Victor Amorim



Afora contratações específicas (alienação de bens móveis e imóveis e seleção de trabalho de natureza técnica, científica ou artística), no tocante à **contratação de obras e serviços e aquisição de bens**, o grande desafio do aplicador da Nova Lei de Licitações (NLL) – assim como se passava nas Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002<sup>1</sup> – relaciona-se aos critérios para o adequado enquadramento da modalidade licitatória: *concorrência*, *pregão* ou *diálogo competitivo*?

Sabe-se que a NLL, para as modalidades que se prestam à contratação do mesmo tipo de objeto (obra, serviço e bem), abandona o critério de observância do valor estimado então adotado no art. 23 da Lei nº 8.666/1993 para a *concorrência*, a *tomada de preços* e o *convite*.

Baseada na experiência observada no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, sustentada em conceitos jurídicos indeterminados<sup>2</sup>, a Lei nº 14.133/2021, quanto à *concorrência*, ao *pregão* e ao *diálogo competitivo*, estrutura a avaliação de definição da modalidade a partir de três critérios, cuja incidência é cumulativa:

<b>Tipo do objeto</b>	<i>Obra</i>
<i>Serviço</i>	
<i>Bem</i>	
<b>Domínio uniforme do mercado relevante acerca da execução e/ou fornecimento</b>	<i>Comum</i> (há domínio)



*Especial* (não há domínio)

**"Viabilidade de definição precisa" e/ou "disponibilidade no mercado" da solução apta ao atendimento da necessidade da Administrativa**

Presente

Ausente

### **Definições e enquadramento de obra, serviços e bens "comuns" e "especiais"**

Face aos dois primeiros critérios informados anteriormente, é mister verificar, no art. 6º da Lei nº 14.133/2021, os conceitos legais de "obra", "serviço", "bens e serviços comuns", "bens e serviços especiais" e "serviços de engenharia":

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XI – **serviço**: atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração;

XII – **obra**: 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;

XIII – **bens e serviços comuns**: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;

XIV – **bens e serviços especiais**: aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do caput deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante;

XXI – **serviço de engenharia**: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

a) **serviço comum de engenharia**: todo serviço de engenharia que tem 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;

b) **serviço especial de engenharia**: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea "a" deste inciso;

Observa-se que o conceito de "obra", consignado no inciso XII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, apresenta conotação completamente diversa daquela então constante no inciso I do art. 6º da Lei nº 8.666/1993<sup>3</sup>. A NLL veicula parâmetros dinâmicos para o enquadramento da situação concreta no conceito de "obra", orientando-se não por atividades pré-estabelecidas ("construção", "reforma", "fabricação", "recuperação" ou "ampliação"), mas sim pela dimensão projetada do resultado da execução: **inovação significativa do espaço físico e/ou alteração substancial das características originais de bem imóvel**.

Na seara das atividades correlatas ao ramo de engenharia e arquitetura (profissões reguladas pela Leis nº 5.194/1966 e nº 12.378/2010), há que se avaliar, com precedência, o enquadramento do objeto como "obra". Por exclusão, não se tratando de "obra", recai-



se no conceito de “serviço”, devendo, a partir de então, avaliar se se está diante de um “serviço comum” ou um “serviço especial” de engenharia.

Na esteira do art. 6º, XIII e art. 29 da NLL, tratando o objeto de bem ou serviço “comum” – inclusive o “serviço comum de engenharia” –, obrigatoriamente deverá ser adotada a modalidade pregão que, por sua vez, pressupõe a realização do julgamento da proposta com base no menor dispêndio para a Administração, admitindo-se como critérios, portanto, apenas o “menor preço” ou o “maior desconto”.

Na Lei nº 14.133/2021, o enquadramento de um bem ou serviço como “comum”, tem como parâmetro os seguintes conceitos jurídicos indeterminados vertidos no inciso XIII do art. 6º e no caput do art. 29: “padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital” e “especificações usuais no mercado”.

Por ser a redação do inciso XIII do art. 6º da NLL idêntica àquela adotada no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, entende-se pela viabilidade de aplicação dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca dos “bens e serviços comuns” já desenvolvidos desde o início da década de 2000.

**Não há antinomia intrínseca entre bens e serviços “comuns” e “complexos”. A perspectiva de adjetivação do objeto da contratação deve ser pautada pela ótica do mercado relevante.** Afinal, ainda que ostente características complexas de execução e que demande o acompanhamento de um responsável técnico detentor de qualificação profissional específica, tal serviço **será considerado “comum” se houver, por parte do mercado relevante, pleno domínio das técnicas de sua realização, permitindo uma proposição objetiva e padronizada de execução do objeto.** É esse o entendimento que se extrai da expressão “especificações usuais de mercado” utilizada no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002.<sup>4</sup>

[grifou-se]

Na linha do que já resta assentado pelo Tribunal de Contas da União,

**[...] a complexidade do serviço não é o fator decisivo para inseri-lo, ou não, no conceito de ‘serviço comum’, mas sim o domínio do mercado sobre o objeto licitado.** Caso apresente características padronizadas (de desempenho e de qualidade) e **se encontre disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio, o serviço pode ser classificado como serviço comum** [...] “bem ou serviço comum” deve ser entendido como aquele que detém características padronizadas, identificável por denominação usual no mercado. Portanto, **a noção de “comum” não está vinculada à estrutura simples de um bem ou de um serviço.** Do mesmo modo, a estrutura complexa também não é razão bastante, por si só, para retirar a qualificação de “bem ou serviço comum”<sup>5</sup>

[grifou-se].

Nessa linha, merece destaque o Enunciado nº 26 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, realizada no mês de agosto de 2020:

A Lei n. 10.520/2002 define o bem ou serviço comum baseada em critérios eminentemente mercadológicos, de modo que a complexidade técnica ou a natureza intelectual do bem ou serviço não impede a aplicação do pregão se o mercado possui definições usualmente praticadas em relação ao objeto da licitação.<sup>6</sup>

Para tanto, considerando serem o “menor preço” e o “maior desconto” os critérios de julgamento admitidos para as licitações de bens e serviços comuns (art. 6º, XIII, NLL), somente será possível a adoção do pregão se as especificações do bem ou do serviço, dada a maturidade do mercado relevante (ainda que especializado ou com universo de *players* reduzido), forem passíveis de incorporação no edital do certame, em disposições



objetivas e padronizadas<sup>7</sup>. Ou seja, apenas em tal contexto, no qual se poderá mensurar com objetividade e segurança o resultado final da futura contratação, é que será adequado empreender uma disputa concorrencial tendo como critério o “menor preço” ou o “maior desconto”.

Com efeito, o enquadramento de um bem ou serviço como comum dependerá das particularidades do caso concreto, não se mostrando viável que eventual regulamento venha a estabelecer uma lista taxativa ou pré-definida. Ocorrendo tal configuração, há que se adotar a modalidade pregão, independentemente do valor estimado para a contratação. Daí nosso entendimento quanto à imprescindibilidade, no bojo da fase de planejamento da licitação, de manifestação da área técnica quanto ao enquadramento do bem ou serviço como “comum” ou não.

### **Concorrência para “serviços comuns de engenharia”**

A despeito da taxatividade do inciso XLI do art. 6º no sentido de ser “obrigatória” a adoção da modalidade pregão no caso de “*aquisição de bens e serviços comuns*” e da previsão contida na parte final do parágrafo único do art. 29, surge a necessidade de enfrentar a referência aos “serviços comuns de engenharia” nas hipóteses de cabimento da concorrência, de acordo com a redação do inciso XXXVIII do art. 6º da NLL.

À primeira vista, parece haver contradição entre os mencionados dispositivos da Lei nº 14.133/2021 no ponto em que prevê a adoção obrigatória do pregão para serviços comuns (incluindo os de engenharia), e, ao mesmo tempo, prevê o cabimento da concorrência para “*serviços comuns e especiais de engenharia*”.

Para tanto, é preciso destacar que a manutenção da referência aos “serviços comuns de engenharia” no conceito de concorrência se justifica pelo histórico da tramitação dos projetos legislativos (PLS nº 559/2013 e PL nº 1.292/1995) que deram origem à Lei nº 14.133/2021, em especial no transcurso da elaboração e aprovação dos substitutivos na Comissão Especial e no Plenário da Câmara dos Deputados<sup>8</sup>.

No texto do substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 05/12/2018<sup>9</sup>, previu-se o afastamento da modalidade pregão para licitação de qualquer tipo de “serviço de engenharia” (parágrafo único do art. 28). A seu turno, foi desenvolvido no inciso XX do art. 6º do substitutivo da Comissão Especial o conceito de “obras e serviços comuns de engenharia”:

XX – obras e serviços comuns de engenharia: construção, reforma, recuperação ou ampliação de bem imóvel **cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela Administração por meio de especificações usuais de mercado;**

[grifou-se]

Note-se que o conceito de concorrência veiculado no inciso XXXVIII do mesmo art. 6º do substitutivo – que continha a expressão “*serviços comuns e especiais de engenharia*”, partindo do pressuposto da exclusão de qualquer serviço de engenharia do âmbito do pregão – foi mantido pelo Plenário da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, que viria, por fim, a ser adotado na Lei nº 14.133/2021.

Ocorre que, no substitutivo apresentado no Plenário da Câmara dos Deputados no dia 17/06/2019<sup>10</sup>, após o acatamento de diversas emendas, houve significativa alteração na sistemática das licitações de serviços de engenharia, diante dos seguintes fatos: *i*) introdução de novos conceitos de “obra” e “serviço de engenharia”; *ii*) exclusão do conceito de “obras comuns” então existente no inc. XX do art. 6º do substitutivo da Comissão Especial; *iii*) a previsão expressa do cabimento do pregão para os “serviços comuns de engenharia”.



Todavia, como efeito de tais alterações, não houve a exclusão da referência aos “serviços comuns de engenharia” no conceito de concorrência, que só se justificava, na sistemática do projeto de lei, quando, até o substitutivo da Comissão Especial, tais serviços estariam excluídos do escopo do pregão.

De toda forma, restou aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Presidente da República a redação do inciso XXXVIII do art. 6º da NLL, de modo que não é dado ao intérprete simplesmente ignorar palavras e expressões da lei, como se inúteis e desnecessárias fossem. Daí a necessidade de proposição de uma interpretação conciliadora dessa aparente incoerência legal, no seguinte sentido:

i) em regra, em se tratando de serviço comum de engenharia na qual caibam os critérios de “menor preço” ou “maior desconto”, adotar-se-ia o pregão;

ii) em casos excepcionais, dada a conformação do mercado, quando se vislumbre relevante variação de aptidão técnica na execução dos serviços – ainda que pareça paradoxal diante da própria compreensão do conceito de “serviços comuns” –, diante da insuficiência dos critérios de julgamento atrelados ao menor dispêndio para a Administração, admitir-se-ia a realização de concorrência do tipo “melhor técnica e preço”.

Não obstante tal proposição, o fato é que, com a aproximação procedimental entre pregão e concorrência na NLL, os efeitos deletérios decorrentes da adoção equivocada de modalidade licitatória para os serviços de engenharia, conforme reiterados julgados do TCU (anulação do certame e responsabilização dos agentes), tendem a ser mitigados ou mesmo afastados, já que, no final das contas, realizando-se o pregão ou a concorrência, seria observado igual procedimento.

### **A problemática da “obra comum”**

Da observação da redação do inciso XXXVIII do art. 6º, do §3º do art. 18 e da alínea “a”, inciso II, art. 55, constata-se que a Lei nº 14.133/2021, sem a respectiva conceituação (vide motivo no tópico anterior), utiliza a expressão: “obras comuns” de engenharia.

Como visto no tópico anterior, no conceito de “obra e serviço comum de engenharia” vertido no inciso XX do art. 6º do substitutivo da Comissão Especial da Câmara dos Deputados há uma correlação com os mesmos pressupostos de enquadramento da modalidade pregão: “*padrões de desempenho e qualidade*” que “*possam ser objetivamente definidos pela Administração por meio de especificações usuais de mercado*”.

Pelo contexto do assunto vertido no §3º do art. 18<sup>11</sup> e nas alíneas “a” e “b” do inc. II do art. 55<sup>12</sup>, percebe-se que a distinção entre “obra comum” e “obra especial”, na sistemática da NLL, apresenta repercussão em relação aos requisitos de especificação do objeto e ao prazo mínimo de divulgação do edital<sup>13</sup>.

Em se tratando de “obra” (art. 6º, XII, da NLL), é salutar que o setor da Administração que detenha conhecimento técnico acerca das atividades de engenharia e arquitetura se manifeste sobre o enquadramento da obra em questão como “comum” ou não, tendo em vista a existência ou não de pleno domínio do mercado acerca de sua execução e resultado.

Afinal, pela leitura, a *contrario sensu*, do §1º do art. 36 da NLL, em se tratando de “obra comum” impõe-se a adoção dos critérios de julgamento “menor preço” ou “maior desconto”, de modo que:

a) o prazo mínimo de divulgação seria de 10 (dez) dias úteis (art. 55, II, “a”, NLL);

b) admitir-se-ia a dispensa da elaboração de projetos desde que “*demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados*”,



sendo necessário apenas o “projeto básico” (art. 18, §3º, NLL).

Não se pode olvidar que o fato de o objeto da contratação ser uma “obra comum” não implicará no cabimento da modalidade pregão, porquanto a NLL, no parágrafo único do art. 29, deixou patente que “**o pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia**”, excetos os “serviços comuns de engenharia”.

Por fim, ainda quanto à definição de modalidades, entende-se que, sendo a obra “comum”, dado o pleno domínio do mercado acerca de sua execução e a viabilidade da Administração caracterizar, de forma padronizada, suas especificações, não se estará diante dos pressupostos para a caracterização do cabimento do *diálogo competitivo*, restando, por conseguinte, apenas a adoção da modalidade *concorrência*.

1 Para tanto, vide: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência*. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2020, p. 84-85.

2 “Padrões de desempenho e qualidade”, “objetivamente definidos pelo edital” e “especificações usuais no mercado”.

3 “I – *Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta*”.

4 AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência*. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2020, p. 93.

5 Trecho do voto do ministro Benjamin Zylmer no Acórdão TCU nº 1.046/2014-Plenário.

6 Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados/@@download/arquivo>>.

7 Cf. AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência*. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2020, p. 94.

8 Para maior compreensão acerca do histórica da tramitação dos projetos de lei que deram origem à NLL, vide artigos de minha autoria publicados no Observatório da Nova Lei de Licitações: <http://www.novaleilicitacao.com.br/category/artigos/victor-amorim/>.

9 Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1698056&filename=SBT-A+1+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1698056&filename=SBT-A+1+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995)>.

10 Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1765896&filename=PPR+1+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1765896&filename=PPR+1+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995)>

11 § 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de **obras e serviços comuns de engenharia**, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, **a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos**.

12 Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:

[...]

II – no caso de serviços e obras:



a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, **no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia;**

b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, **no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia;**

13 Para melhor compreensão da temática, vide: CAVALCANTE, Rafael Jardim. *Um ensaio sobre 'obras comuns de engenharia' na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Observatório da Nova Lei de Licitações e Contratos, fev. 2021. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/02/05/um-ensaio-sobre-obras-comuns-de-engenharia-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos/>>.

---

---

