

**50º CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DOS ESTADOS
E DO DISTRITO FEDERAL**

**O (DES)CABIMENTO DO PREGÃO
PARA A CONTRATAÇÃO DE OBRAS COMUNS**

Goiânia/GO
2024

O (DES)CABIMENTO DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE OBRAS COMUNS

Resumo: o trabalho objetiva investigar as modalidades licitatórias adequadas para a contratação de obras comuns. Diante da unificação dos procedimentos do pregão e da concorrência na Lei nº 14.133/2021, alvitra-se a possibilidade de alteração legislativa para autorizar o uso do pregão para a contratação de obras comuns, à semelhança dos serviços comuns de engenharia, reduzindo-se, assim, as incertezas aos agentes que atuam nas licitações quanto à modalidade cabível.

INTRODUÇÃO

O objeto da licitação diz respeito ao conteúdo do futuro contrato que a Administração Pública pretende celebrar por meio da realização do certame. Esse contrato estará submetido ao regime jurídico da Lei n. 14.133/2021 (NLLC) quando, entre outros, tiver por objeto a contratação de obras e serviços de arquitetura e de engenharia, nos termos definidos pelo seu art. 2º.

A Lei n. 14.133/2021 prevê cinco modalidades de licitação: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. Na Nova Lei, a delimitação do objeto é relevante para a definição da modalidade licitatória aplicável: se, no regime anterior, a escolha da modalidade dependia das características do objeto e do valor estimado para a contratação, no novo regime, essa definição se dá, exclusivamente, com base no objeto que será contratado, sem restrições de valores.

O presente estudo objetiva investigar, no regime da Lei n. 14.133/2021, quais as modalidades de licitação seriam cabíveis para a contratação de obras de engenharia, em especial, aquelas que poderiam ser caracterizadas como “obras comuns”.

Para tanto, será abordado o que se compreenderia por “obras comuns”, definição não foi trazida pelo art. 6º da NLLC, e as diferenças entre a concorrência e o pregão no regime em vigor. Ao final, será apresentada conclusão sobre a modalidade licitatória cabível para a contratação de obras (comuns e especiais) à luz do texto legal vigente, e a oportunidade de melhoria identificada na Lei n. 14.133/2021, que poderia contemplar, expressamente, a possibilidade de se licitar obras comuns por meio de pregão.

1. OBRAS E SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA

A Lei n. 14.133/2021 tratou obras e serviços de engenharia de modo diferente da Lei n. 8.666/1993. A Lei revogada considerava obra “*toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta*” (art. 6º, I), e não trazia a aceção legal de serviço de engenharia, mas apenas de serviço.

Já o art. 6º da Lei de Licitações e Contratos em vigor apresenta as seguintes definições de obra e serviços de engenharia:

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

[...]

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;

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;

Obras e serviços de engenharia se assemelham por constituírem atividades que, cumulativamente, por força de lei, são privativas das profissões de arquiteto e engenheiro. Mas, o conceito legal de obra envolve uma inovação significativa do espaço físico ou alteração substancial das características originais de bem imóvel, ao passo que o conceito de serviço de engenharia é obtido de forma residual, quando não houver o enquadramento como obra. A esse respeito, transcrevem-se as lições de Marçal Justen Filho¹:

Obras e serviços de engenharia são espécies de um mesmo gênero. Bem por isso, as duas figuras apresentam pontos em comum. É problemático estabelecer uma diferenciação absoluta entre obra e serviço de engenharia. Há características comuns insuperáveis entre ambas as figuras.

Existem núcleos conceituais para obras e para serviço de engenharia, que permitem a qualificação inquestionável de certas hipóteses. Mas há pontos de contato entre os dois conceitos, o que gera dificuldades quanto a casos determinados.

Há atividades em que é problemática a qualificação como obra ou como serviço. Como diferenciar hipóteses configuradas como serviço (tais como conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção) de outras qualificadas como obra (tais como fabricação, recuperação ou ampliação)?

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 176.

A resposta consiste na dimensão da atividade. Haverá serviço quando a atividade não se traduzir em modificações significativas, autônomas e permanentes. Se a modificação for significativa, autônoma e permanente, haverá obra.

O art. 6º da Lei nº 14.133/2021 também cuidou de distinguir serviço comum e serviço especial de engenharia, adotando critério semelhante ao utilizado para identificar bens e serviços comuns e especiais.

Apesar de obras e serviços de engenharia serem espécies do mesmo gênero, no extenso rol de definições trazido pela NLLC, não consta o que seria *obra comum*. A ausência de previsão de *obra comum* no artigo 6º da Lei n. 14.133/2021 gera algumas incertezas, sobretudo quando nos deparamos com o termo “obra” ao lado de “serviços comuns de engenharia” em outros dispositivos, como no art. 18, § 3º, e no art. 55, II, alínea “a”, da Lei de Licitações e Contratos.

Seria possível reconhecer a existência de *obras comuns* mesmo no silêncio do legislador no art. 6º? Ou a omissão teria sido proposital, por não existir a categoria *obras comuns*?

De início, é importante pontuar que a definição de *obras comuns* constou do processo legislativo que deu origem à Lei n. 14.133/2021. No substitutivo ao Projeto de Lei n. 1.292/1995 aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 05/12/2018², havia a seguinte definição para “obras e serviços comuns de engenharia” e “obras e serviços especiais de engenharia”:

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

[...]

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;

XXI – obras e serviços especiais de engenharia: aqueles que, por sua alta complexidade, não possam ser descritos na forma do inciso XX;

Na definição acima, verifica-se que havia uma correlação de *obras e serviços comuns de engenharia* com os requisitos para o cabimento do pregão, isto é, objeto com “padrões de desempenho e qualidade” que “possam ser objetivamente definidos pela Administração por meio de especificações usuais e mercado”.

Ocorre que esse texto foi alterado no substitutivo aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados em 17/06/2019³. Como anota Victor Aguiar Jardim de Amorim⁴, na ocasião, foram (i) introduzidas novas definições para “obra” e “serviço de engenharia”; (ii) foi excluída a definição de “obras comuns” então existente no inciso XX do art. 6º do substitutivo da Comissão Especial; e (iii)

² Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1698849&filename=Tramitacao-PL%201292/1995>. Acesso em: 8 ago. 2024.

³ Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1765896&filename=Tramitacao-PL%201292/1995>. Acesso em 8 ago. 2024.

⁴ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Manual de Licitações e Contratos Administrativos*. Edgar Guimarães..[et al.]; coordenação Maria Sylva Zanella Di Pietro – 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 147

houve a previsão expressa do cabimento do pregão para “serviços comuns de engenharia”, tal como, por fim, foi adotado na Lei n. 14.133/2021.

Assim, no art. 6º da Lei n. 14.133/2021, constou apenas a definição de serviço comum de engenharia, mas não de *obra comum*.

Apesar disso, foi mantida previsão de “obra” ao lado de “serviço comum de engenharia” em dispositivos que tratam de requisitos para a especificação do objeto e de prazos mínimos exigidos entre a divulgação do edital e a apresentação das propostas. Eis o que dispõem os art. 18, § 3º, e 55, II, da Lei n. 14.133/2021:

Art. 18.....
[...]

§ 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.

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;

De acordo com a NLLC, o prazo mínimo compreendido entre a divulgação do edital e a apresentação das propostas em licitação de *obras e serviços comuns de engenharia* é de 10 dias úteis.⁵ Já em licitação de *obras e serviços especiais de engenharia* o prazo mínimo é de 25 dias úteis. *Obras e serviços comuns de engenharia* também dispensam a elaboração de projeto executivo, bastando que seus requisitos sejam especificados em termo de referência (no caso de serviços comuns de engenharia) ou projeto básico (no caso de obras comuns), segundo se depreende do art. 46, § 1º, c/c art. 18, § 3º, da Lei n. 14.133/2021.

Assim, a caracterização da obra ou serviço de engenharia como comum afigura-se relevante para possibilitar a abreviação do processo licitatório mediante a redução dos prazos de publicidade do edital e a desnecessidade de elaboração de projetos, quando demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados. Em tais dispositivos da Lei, parece-nos que o adjetivo “comuns” qualifica tanto “obras” como “serviços de engenharia”, já que,

⁵ Ao comentar o art. 55, II, da Lei n. 14.133/2021, Marçal Justen Filho defende que “O inc. II disciplina o prazo de publicidade para licitações versando sobre obras e serviços (inclusive de engenharia). O prazo será de dez dias úteis quando for adotado o critério de menor preço ou maior desconto e o objeto se configurar como comum (inclusive para serviços de engenharia). O dispositivo alude a obras comuns de engenharia, mas essa figura não é admitida no âmbito da Lei 14.133/2021 (JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 697).

na prática, ambos podem ser objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, por meio de especificações usuais de mercado.

De fato, objetos mais complexos necessitam de um tempo maior para análise e elaboração de propostas detalhadas pelos interessados que detenham suficiente qualificação para a execução do contrato que se pretende celebrar. Por outro lado, objetos menos complexos – entre eles obras comuns – podem ser licitados com prazos mais reduzidos, conferindo-se celeridade e eficiência ao procedimento, sem prejuízo do atendimento ao interesse público mediante a seleção da melhor proposta.

Nessa esteira, embora excluído do rol de definições do art. 6º da Lei n. 14.133/2021, não se pode dizer que a lei não acolha a existência de *obras comuns*. O fato de uma expressão não ter sua definição dada pelo mencionado dispositivo não significa que ela não tenha sua relevância reconhecida pelo legislador em outros, ou seja, o rol do art. 6º não é exaustivo.

Mesmo que ausente do rol do art. 6º da NLLC, é necessário distinguir obras comuns e obras especiais para efeito de enquadramento nas possibilidades dos arts. 18, § 3º, e 55, II, da Lei n. 14.133/2021. A esse propósito, Rafael Jardim Cavalcante propõe as seguintes definições para obras comuns e especiais de engenharia:

Obras comum de engenharia é aquela corriqueira, cujos métodos construtivos, equipamentos e materiais utilizados para a sua feitura sejam frequentemente empregados em determinada região e apta de ser bem executada pela maior parte do universo de potenciais licitantes disponíveis e que, por sua homogeneidade ou baixa complexidade, não possa ser classificada como *obra especial*. Por sua vez, *obra especial de engenharia* é aquela que cuja parcela de experiência exigida nos atestados de capacidade técnica refiram-se a obras, sistemas ou subsistemas construtivos heterogêneos, complexos, cujos métodos construtivos, equipamentos e/ou materiais tenham sido realizados com maior raridade e/ou que imponham desafios executivos incomuns para sua conclusão, suficientes a perfazer um menor número de empresas aptas a demonstrar experiência na sua feitura ou a demandar-lhes a medição específica de habilidade/intelectualidade para a seleção da futura contratada.⁶

A fim de conferir mais segurança jurídica à atuação do gestor, nada impede que, em sede de regulamento, cada ente federativo estabeleça a definição de obra comum e obra especial, fazendo um paralelo com as definições dadas pelo legislador federal para serviços de engenharia comuns e especiais. Essa distinção foi adotada em regulamento editado pelo Estado do Paraná. Neste sentido dispõe o Decreto n. 10.086/2022⁷:

Art. 2º Além do previsto no art. 6º da Lei Federal n. 14.133, de 2021, para os fins deste Regulamento, consideram-se:

⁶ Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/02/05/um-ensaio-sobre-obras-comuns-de-engenharia-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos/>>. Acesso em 8 ago. 2024.

⁷ Regulamenta, no âmbito da Administração Pública estadual, direta, autárquica e fundacional do Estado do Paraná, a Lei n. 14133/2021, 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, a aquisição e incorporação de bens ao patrimônio público estadual, os procedimentos para intervenção estatal na propriedade privada e dá outras providências.

LXX - Obra comum de engenharia - obra objetivamente padronizável em termos de desempenho e qualidade, 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;

LXXI - Obra especial de engenharia - obra que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante do inciso LXX deste artigo;

Do ponto de vista técnico, o Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop) também acolhe a distinção entre obras comuns e especiais de engenharia. Veja-se o entendimento consagrado na Nota Técnica IBR 001/2021⁸:

Aplicando uma analogia com as definições de **serviço comum de engenharia** e de **serviço especial de engenharia**, é possível concluir o entendimento de que **obra comum de engenharia** é aquela na qual (i) a mão de obra, os equipamentos e os materiais utilizados são padronizáveis e (ii) amplamente disponíveis no mercado, (iii) os métodos construtivos têm responsabilidade técnica assumida por arquiteto, engenheiro ou técnico com registro no conselho profissional (que atenda aos requisitos previsto no edital), bem como (iv) os objetos contratados são de conhecimento geral e possuem muitas características técnicas de fácil descrição e compreensão, inclusive por parte do executor da obra, o operário da construção civil.

As **obras comuns** de engenharia são, portanto, aquelas obras (i) corriqueiras, (ii) de baixa complexidade técnica, (iii) e de menor risco de engenharia, (iv) quase sempre de pequeno e médio portes, para as quais (v) não exista qualquer dificuldade para se estabelecer as especificações técnicas, os memoriais descritivos dos serviços e os respectivos padrões de qualidade desejados pela Administração. São aquelas cujos materiais, equipamentos e métodos construtivos sejam (vi) usuais e para as quais (vii) exista grande número de fornecedores e de executores (empresas e profissionais) no mercado local ou regional (que é aquele mercado que costuma suprir a demanda no caso de obras de pequeno e médio portes). Nas **obras comuns**, os padrões de desempenho e qualidade devem ser objetivamente definidos em edital, por meio de especificações usuais no mercado, assim como os serviços são executados segundo protocolos, métodos e técnicas conhecidos e determinados em normas expedidas pelas entidades regulamentadoras. Nelas, a qualidade do trabalho é atestada por meio do confronto com normas técnicas e profissionais pré-estabelecidas e, embora possa haver variações metodológicas, estas não são determinantes para a obtenção do resultado desejado pela Administração.

Em suma, pode-se afirmar que as *obras comuns* de engenharia são aquelas com baixo grau de complexidade, executadas corriqueiramente pela Administração, que contam com especificações e métodos usuais fornecidos pelo mercado e para as quais há diversos particulares aptos a executá-la. Exemplificativamente, podem ser caracterizadas como obras comuns: i) construção de guias, sarjetas, calçadas e passeios - desde que destinadas apenas ao trânsito de pessoas; ii) edificação de muros de divisa; iii) construção de quadras poliesportivas; iv) construção de pontos de ônibus; v) substituição de equipamentos interiores a edificações, como elevadores e escadas rolantes, por outro de características técnicas equivalentes ao original.⁹

⁸ Disponível em <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2022/02/Nota-Tecnica-IBR-001_2021_obra-comum-e-especial-final.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2024.

⁹ *Idem*.

Frise-se que o enquadramento da obra ou serviço de engenharia como especial ou comum deve ocorrer na fase de planejamento da licitação por meio de adequada motivação elaborada pelos órgãos técnicos. Nesse ponto, o estudo técnico preliminar é instrumento fundamental para qualificar a obra ou serviço de engenharia (se comum ou especial), e que servirá de base para a posterior elaboração do anteprojeto, projeto básico ou termo de referência, conforme descrito nos incisos XX, XXIII, XXIV e XXV do art. 6º da Lei n. 14.133/2021.

A compreensão das definições trazidas pela Lei n. 14.133/2021, com a devida caracterização do objeto como obra ou serviço de engenharia (comum ou especial), tem repercussão na escolha da modalidade de licitação adequada pela Administração. É o que será abordado no tópico a seguir.

2. MODALIDADES LICITATÓRIAS APLICÁVEIS A CONTRATAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A modalidade licitatória indica a forma de realização do procedimento de seleção. O art. 28 da Lei n. 14.133/2021 elenca as cinco modalidades de licitação – pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo –, ao passo que o seu § 2º veda a criação de novas modalidades ou a aplicação combinada daquelas previstas em lei.

A sistemática da Lei n. 14.133/2021 em matéria de modalidades licitatórias adequadas para a contratação de obras e serviços de engenharia se revela confusa, e em desarmonia com outras disposições que versam sobre esse objeto. Por oportuno, transcrevem-se os dispositivos que tratam das modalidades pregão, concorrência e diálogo competitivo:

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

[...]

XXXVIII - concorrência: 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) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto;

XLI - pregão: 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;

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para 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;

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, 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.

Parágrafo único. O pregão 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 de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.

O diálogo competitivo é adequado para casos de incerteza e indeterminação da solução, que exigem inovação e concepções diferenciadas para a satisfação da necessidade da Administração, que não pode ser atendida com aquelas disponíveis no mercado (arts. 6º, XLII, e 32 da Lei n. 14.133/2021). Tal definição se contrapõe à noção de objeto comum – bens, serviços e obras comuns – e, portanto, foge ao escopo do presente trabalho.

De acordo com o art. 6º, XLI, da Lei n. 14.133/2021, o pregão é a modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto. A Nova Lei manteve o conceito de “bens e serviços comuns” então adotado no regime anterior, ao identificá-los como *“aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”* (art. 6º, XIII).

Segundo as lições de Flávio Amaral Garcia:

Bens e serviços comuns são aqueles que estão disponíveis no mercado e que não guardam nenhuma especificidade ou característica que os torne singularizáveis. Dito em outros termos: são aqueles bens e serviços que não reclamam, na sua descrição, nenhuma adaptação ou adequação para o atendimento da necessidade do ente público. A demanda da Administração coincide com a usual disponibilidade do bem ou do serviço no mercado. Daí a utilização da expressão “por meio de especificações usuais no mercado”.¹⁰

Pode-se afirmar que objeto comum é aquele disponível no mercado, que não apresenta variações significativas de qualidade. O objeto comum se destina a atender necessidades comuns da Administração, de modo que pequenas variações de qualidade se tornam irrelevantes.¹¹

Também se admite o pregão para a contratação de serviços comuns de engenharia, definidos no art. 6, XXI, alínea “a”, da Lei n. 14.133/2021 como 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”*.

Nesse ponto, a NLLC acolheu, expressamente, a tese que predominava sob a vigência da Lei n. 8.666/1993, no sentido da possibilidade de utilização do pregão para serviços comuns de

¹⁰ GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: *casos e polêmicas*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 154.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 457.

engenharia, vedada a sua utilização para obras (súmula 257¹² do TCU e arts. 1º, 3º, VIII, e 4º, I, do Decreto n. 10.024/2019¹³).

Por sua vez, a concorrência é a modalidade destinada à contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia. Pode-se dizer que, na Lei n. 14.133/2021, a concorrência se aplica por exclusão, sendo destinada à generalidade dos casos em que não se revela cabível outra modalidade licitatória.

No regime anterior, o pregão se diferenciava das modalidades tradicionais da Lei n. 8.666/1993 por sua estrutura, que permitia uma tramitação mais simplificada e célere, por meio da inversão da ordem estabelecida para as fases de habilitação e de julgamento das propostas, além da possibilidade de redução dos valores das propostas através de lances sucessivos, e a sua realização de forma eletrônica. A partir de sua introdução na ordem jurídica, o pregão passou a ser modalidade amplamente utilizada, conhecida por conferir mais celeridade ao procedimento e por permitir uma considerável redução dos valores nas contratações, concretizando, assim, os princípios da eficiência e da economicidade.

A Lei n. 14.133/2021, inspirada no rito procedimental da Lei n. 10.520/2002 e legislações posteriores, estabelece, como regra, a realização da fase de julgamento antes da habilitação, com o propósito de conferir mais celeridade e eficiência ao certame. Além disso, unificou os procedimentos do pregão e da concorrência.

Conforme determina o art. 29 da Lei n. 14.133/2021, concorrência e pregão seguem o mesmo rito previsto no art. 17 da Lei, isto é: fase preparatória, divulgação do edital, fase de propostas antes da habilitação, etapa de lances, julgamento, fase recursal única e homologação, com a preferência da realização da licitação de forma eletrônica (art. 17, § 2º).

Para o pregão, a Lei de Licitações e Contratos em vigor manteve sua estrutura tradicional prevista na Lei n. 10.520/2002, com algumas variações, em especial, quanto ao modo de disputa e à possibilidade de orçamento sigiloso, de exigência de garantia e de inversão de fases. Já a concorrência

¹² Súmula 257 do TCU: O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n. 10.520/2002.

¹³ Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

[...]

VIII - serviço comum de engenharia - atividade ou conjunto de atividades que necessitam da participação e do acompanhamento de profissional engenheiro habilitado, nos termos do disposto na Lei n. 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela administração pública, mediante especificações usuais de mercado;

Art. 4º O pregão, na forma eletrônica, não se aplica a:

I - contratações de obras;

foi remodelada (ou “apregoadada”)¹⁴, abandonando-se a sistemática do art. 43 da Lei n. 8.666/1993 para adotar-se procedimento muito próximo ao do pregão.

Nos termos da Lei n. 14.133/2021 (art. 6º, XXXVIII e XLI, e art. 29, parágrafo único), a diferença entre essas modalidades reside apenas no objeto (comum/especial) que pode ser licitado e nos critérios de julgamento admitidos.

Quanto aos critérios de julgamento, no pregão, são admitidos apenas o menor preço ou o maior desconto. Consequentemente, no pregão, é vedada a adoção isolada do modo de disputa fechado, em razão do que dispõe o art. 56, § 1º, da Lei nº 14.133/2021. Já na concorrência, além daqueles dois critérios de julgamento, podem ser adotados a melhor técnica ou conteúdo artístico, a técnica e preço ou o maior retorno econômico, abrindo-se mais possibilidades quanto ao modo de disputa. Nas palavras de Rafael Sérgio de Oliveira:

Por isso, é lícito dizer que, nos termos da NLLCA, o pregão é uma concorrência cujo critério de julgamento é o de menor preço ou o de maior desconto. Ou, se visto por outro prisma, é também possível dizer que a concorrência é um pregão com a possibilidade do uso dos demais critérios de julgamento das propostas. Como já asseveramos nos comentários ao art. 28, esta última assertiva talvez seja a melhor opção para a compreensão da confusão identitária a que fizemos referência, pois a análise do rito imposto pela Lei nº 14.133/2021, para ambas as modalidades em estudo, faz saltar aos olhos que o legislador pátrio trouxe para a concorrência as características do pregão (apregoamento da concorrência).¹⁵

Fora essas diferenças quanto ao objeto e aos critérios de julgamento, não há outras relevantes entre concorrência e pregão na Lei n. 14.133/2021¹⁶, o que leva parte da doutrina¹⁷ a criticar a

¹⁴ Nos dizeres de Rafael Sérgio de Oliveira, “a concorrência foi ‘apregoadada’, já que incorporou a si as características do pregão. No fim das contas, na sistemática da nova lei nascente, a concorrência é um pregão com a possibilidade do uso dos demais critérios de julgamento das propostas.” Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/12/18/10-topicos-mais-relevantes-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacao-e-contrato/>>. Acesso em: 9 ago. 2024.

¹⁵ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana *et al.* *Comentários À Lei De Licitações E Contratos Administrativos* – Volume 1. 2.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2023. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L4367>>. Acesso em: 12 ago. 2024, p. 408.

¹⁶ Uma diferença pontual haveria na denominação do agente responsável pela condução do certame: agente de contratação na concorrência e pregoeiro no pregão (art. 8º, *caput* e § 5º, da Lei n. 14.133/2021).

¹⁷ A crítica é feita por Joel de Menezes Niebuhr na seguinte passagem:

“O que chama sobremaneira a atenção é o fato que a concorrência e o pregão seguem o mesmo procedimento, estabelecido no artigo 17 da Lei n. 14.133/2021, como reconhece o artigo 29 da mesma Lei n. 14.133/2021. E, diga-se de passagem, esse procedimento de licitação do artigo 17 da Lei n. 14.133/2021 segue a mesma base procedimental da modalidade pregão, basicamente, num quadro geral: julgamento antes da habilitação, possibilidade de etapa de lances e um recurso só no final. Ou seja, são duas modalidades, com dois nomes diferentes, porém com o mesmo procedimento. Não faz sentido algum prescrever duas modalidades diferentes se a licitação numa e noutra seguem as mesmas regras e o mesmo procedimento. São modalidades diferentes apenas no nome. A bem da verdade, a concorrência da Lei n. 14.133/2021 tem muito pouco da concorrência da revogada Lei n. 8.666/1993. Trata-se, na essência, da modalidade pregão, sabe-se lá por quais razões resolveram chamá-la de concorrência.” (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública E Contrato Administrativo*. 5.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 614. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1250>. Acesso em: 9 ago. 2024).

existência de duas modalidades com nomes diferentes mas com igual procedimento, causando complexidade na compreensão do sistema implantado pela Lei.

Note-se que nem mesmo os prazos mínimos entre as datas de divulgação do edital e de abertura do certame variam de acordo com a modalidade licitatória, já que, nos termos do art. 55 da Lei n. 14.133/2021, tais prazos são orientados por outros aspectos, como a natureza do objeto, o critério de julgamento e o regime de execução.

A par dessas semelhanças, Victor Aguiar Jardim de Amorim¹⁸ traça o seguinte “esqueleto” do procedimento comum a essas modalidades: 1) divulgação do edital e apreciação de eventuais impugnações e pedidos de esclarecimentos; 2) abertura da sessão pública com a apresentação das propostas; 3) “quando for o caso”, realização de fase de lances; 4) negociação a ser entabulada com o proponente da melhor oferta (art. 61); 5) julgamento da proposta mais bem classificada de acordo com os critérios explicitados no edital; 6) análise da habilitação do licitante provisoriamente vencedor; 7) fase recursal única (art. 165, § 1º); 8) adjudicação e homologação (art. 71, IV).

Assim, pode-se afirmar que, em se tratando de licitação que tenha por objeto serviço comum de engenharia, na qual seja adotado o critério de julgamento menor preço ou maior desconto, nenhuma distinção prática haveria entre concorrência e pregão.

Se diferenças não há no rito, por que admitir o pregão para serviços comuns de engenharia mas não para *obras comuns*?

A vedação está no parágrafo único do art. 29 da Lei n. 14.133/2021, o qual estabelece que o pregão não é a modalidade adequada para contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de *obras* e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do *caput* do art. 6º da Lei. Observe-se que a ressalva foi feita apenas para os serviços comuns de engenharia, e não para obras.

Ou seja, a única razão para que não seja possível utilizar o pregão para licitar obras reside na literalidade do parágrafo único do art. 29 da Lei n. 14.133/2021, que, diferentemente de outros dispositivos da Lei, não confere às *obras comuns* o mesmo tratamento dado aos serviços comuns de engenharia. E, por caber ao legislador definir as possibilidades de utilização de cada modalidade, de acordo com os parâmetros jurídicos preestabelecidos, não há margem para o gestor optar pelo pregão para a contratação de obras comuns, em sentido contrário ao que determina a Lei.

Nesse sentido, por expressa previsão legal, não é cabível o pregão para a contratação de obras, mesmo que se trate de obras de baixo grau de complexidade técnica, corriqueiramente executáveis pela Administração e que contenha especificações e métodos usuais no mercado. Ante a

¹⁸ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Manual de Licitações e Contratos Administrativos*. Edgar Guimarães..[et al.]; coordenação Maria Sylva Zanella Di Pietro – 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023., p. 165.

vedação expressa do parágrafo único do art. 29 da Lei n. 14.133/2021, a Administração deve adotar a modalidade concorrência para a contratação de obras comuns.

Ressalte-se que, mesmo que se trate de concorrência, em licitação de obras comuns, deve-se seguir os prazos definidos no art. 55, II, alínea “a”, da Lei nº 14.133/2021, isto é, no mínimo, 10 dias úteis para a publicidade do edital, evitando-se atrasos no certame que decorreriam da compreensão de que toda obra estaria sujeita ao prazo mínimo de 25 dias úteis, em razão da modalidade adotada.

Em síntese, em matéria de modalidades de licitação, nos estritos termos da Lei nº 14.133/2021, a contratação de obras e serviços de engenharia deve observar as seguintes diretrizes: i) obras não podem, ainda que consideradas comuns, ser licitadas por meio da modalidade pregão, devendo ser por meio da modalidade concorrência; ii) serviços de engenharia comuns podem ser licitados por meio da modalidade pregão ou concorrência; iii) serviços de engenharia não comuns, qualificados como especiais, devem ser licitados por meio da modalidade concorrência.¹⁹

Entretanto, e por tudo aqui dito, se a obra é de menor complexidade e pode ser técnica e objetivamente definida pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, parece não haver razão para a Lei não permitir que seja licitada por meio de pregão, como já o faz para outros objetos comuns. Relembre-se, ademais, que há uma linha muito tênue entre o que pode ser enquadrado como obra e como serviço de engenharia, considerando o caráter residual da definição deste último dada pela Lei nº 14.133/2021, o que reforça que seja dado às obras comuns o mesmo tratamento conferido aos serviços comuns de engenharia no que tange às modalidades de licitação.

A Nova Lei até avançou no sentido de admitir o registro de preços para a contratação de obras, desde que haja projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional; e seja caracterizada a necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado (arts. 6º, XLV, e 85 da Lei n. 14.133/2021²⁰. Mas, isso deve ocorrer por meio de concorrência, já que o pregão, nos estritos termos legais, é a modalidade destinada à aquisição de bens e serviços comuns, mas não para a contratação de obras.

A vedação da Lei n. 14.133/2021 ao uso da modalidade pregão em licitação de *obras comuns* parece inócua, além de não se compatibilizar com outros dispositivos da Lei, trazendo complexidades

¹⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública E Contrato Administrativo. 5.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 621. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1250>. Acesso em: 9 ago. 2024.

²⁰ Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XLV - sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras;

Art. 85. A Administração poderá contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:

I - existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;

II - necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

na compreensão do sistema das modalidades licitatórias. Isso porque, numa concorrência para licitação de *obras comuns*, com a adoção do critério de julgamento de menor preço ou maior desconto, o processo licitatório terá obrigatoriamente fase de lances, será preferencialmente eletrônico e seguirá rito idêntico ao do pregão. Na verdade, essa proibição legal mais confunde que orienta, gerando insegurança jurídica aos agentes públicos que atuam no processo de contratação.

Dessa forma, em matéria de modalidades licitatórias, seria mais coerente se a sistemática estabelecida pela Lei n. 14.133/2021 adotasse o pregão para objetos comuns (bens, serviços, serviços de engenharia e obras) e a concorrência para objetos especiais. Afinal, a *obra comum* não deixa de ser um bem comum.²¹

Por fim, os riscos existentes na escolha equivocada do pregão no regime anterior não parecem mais subsistir diante da nova concorrência da Lei n. 14.133/2021, quando se tratar de objeto comum, que não guarde complexidade técnica e seja licitado pelo critério do menor preço ou maior desconto, em razão, repita-se, da unicidade da estrutura procedimental básica estabelecida pela Lei para essas modalidades.

CONCLUSÃO

O termo “obras comuns” não se encontra definido no rol do art. 6º da Lei n. 14.133/2021. Tal ausência conceitual gera algumas incertezas quanto ao seu acolhimento, ou não, pela Lei de Licitações e Contratos, sobretudo quando nos deparamos com a expressão “obras e serviços comuns de engenharia” no art. 18, § 3º, e no art. 55, II, desse diploma legal, em um contexto que parece admitir a existência de *obras comuns*.

Em matéria de modalidades licitatórias, o legislador foi expresso ao vedar a utilização do pregão para a contratação de obras, ainda que possam ser caracterizadas como *obras comuns*. Não obstante, deu nova roupagem à concorrência, que passa a ter a mesma estrutura procedimental do pregão definida no art. 17 da Lei n. 14.133/2021. Uma licitação de obra de menor complexidade, que pode ser técnica e objetivamente padronizável, por meio de especificações usuais de mercado, na prática, teria o mesmo procedimento se adotado pregão ou concorrência, o que causa dificuldades na compreensão do sistema de modalidades licitatórias da Lei de Licitações.

A solução deve-se dar pela via legislativa, harmonizando-se as disposições da Lei n. 14.133/2021, a fim de que se introduza a definição de *obras comuns* e a possibilidade de que sejam

²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública E Contrato Administrativo. 5.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 627. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1250>. Acesso em: 9 ago. 2024.

licitadas por meio de pregão, tal como já se admite para os *serviços comuns de engenharia*, reservando-se a concorrência para as obras especiais e os serviços especiais de engenharia, além dos bens e serviços especiais.

Em síntese, pode-se concluir:

1) Embora não previsto no rol de definições do seu art. 6º, a Lei n. 14.133/2021 reconhece a existência de *obras comuns*, ao conferir a elas o mesmo tratamento dado aos serviços comuns de engenharia no que tange à dispensa de elaboração de projetos e aos prazos mínimos exigidos para a publicidade do edital (arts. 18, § 3º, e 55, II);

2) Diante da literalidade do art. 29, parágrafo único, da Lei n. 14.133/2021, em vigor, é inviável a licitação de obra, ainda que possa ser caracterizada como comum, por meio da modalidade pregão;

3) É necessário harmonizar as disposições da Lei n. 14.133/2021 no tocante a obras e serviços comuns de engenharia. Para tanto, propõe-se a inclusão da definição de *obras comuns* no rol do art. 6º da Lei, bem como a possibilidade de que possa ser licitada por meio do pregão, tal como se admite para os serviços comuns de engenharia.

4) Ainda que não haja alteração na Lei, em licitação de obras comuns, deve-se seguir os prazos definidos no art. 55, II, alínea “a”, da Lei nº 14.133/2021, isto é, no mínimo, 10 dias úteis para a publicidade do edital, evitando-se atrasos no certame que decorreriam da compreensão de que toda obra estaria sujeita ao prazo mínimo de 25 dias úteis, porque licitadas por concorrência.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 4 ed. Brasília: Senado Federal, 2021.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Manual de Licitações e Contratos Administrativos*. Edgar Guimarães..[et al.]; coordenação Maria Sylva Zanella Di Pietro – 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Definição da modalidade de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia na nova Lei de Licitações*. Observatório da Nova Lei de Licitações. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/05/21/definicao-damodalidade-de-licitacao-para-contratacao-de-obras-e-servicos-de-engenharia-na-nova-lei-delicitacoes/>>. Acesso em 12 ago. 2024.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana *et al.* *Comentários À Lei De Licitações E Contratos Administrativos – Volume 1. 2.ED.*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L4367>>. Acesso em: 12 ago. 2024.

GAROFANO, Rafael. *Obra pública agora pode ser licitada por pregão?* Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/385269/obra-publica-agora-pode-ser-licitada-por-pregao>>. Acesso em: 9 ago. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. *Nota Técnica IBR 001/2021*. Entendimento sobre obra comum e obra especial de engenharia previstos na Lei nº 14.133/2021. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2022/02/Nota-Tecnica-IBR-001_2021_obra-comum-e-especial-final.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. *Nota Técnica IBR 01/2024*. Sistema de Registro de Preços (SRP). Aplicações em contratações de obras e serviços de engenharia segundo a Lei nº 14.133/2021. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2024/05/Nota-Tecnica_IBR_SRP_obras2.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública E Contrato Administrativo*. 5.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1250>>. Acesso em: 9 ago. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. *10 tópicos mais relevantes do projeto da nova Lei de Licitação e Contrato*. Observatório da Nova Lei de Licitações. Disponível em:

<<https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/12/18/10-topicos-mais-relevantes-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacao-e-contrato/>>.