JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.002.510.02-84

Representação - Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado de São Paulo (SINDICON) - procedimento licitatório - Pregão - serviços incompatíveis com a modalidade - conhecida a representação

R E L A T Ó R I O

O presente TC tem origem na Representação emanada do **SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDICON**, apontando ilegalidades na instauração, pela SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE, de pregões objetivando a prestação de serviços de limpeza hospitalar em unidades integrantes da respectiva rede.

Em rigorosa síntese, a Entidade sustenta, em seu longo arrazoado, a inadequação dos pregões para contratação de serviços técnicos e especializados, como são os de limpeza hospitalar, bem assim a competência restrita da União para promover essa modalidade de licitação; a inadmissibilidade da participação de cooperativas em processos seletivos realizados com os poderes públicos, fora de seus fins institucionais; falhas dos editais, como ampliação do número de competidores na fase final de propostas, ilegalidades nas exigências de qualificação técnica, econômico-financeira e de certidões, irregularidades nos textos que admitem propostas retardatárias e o saneamento de falhas nos documentos de habilitação.

A Representação, devidamente instruída com documentos comprobatórios da existência legal do Sindicato e de cópias dos editais impugnados, recebeu a análise preliminar da Assessora de Gabinete, Dra. Gianna Borges de Carvalho, que, em face das razões oferecidas e das conclusões alcançadas pela Equipe Técnica Multidisciplinar formada na Secretaria de Fiscalização e Controle, no relatório apresentado no processo n.º 2002-0.122.197-3, relativo ao Pregão n.º 001/2002, propôs a suspensão dos pregões objetivando a contratação dos serviços de limpeza hospitalar (fls. 694/698).

Com apoio nesses estudos, a então Conselheira Interina desta Eg. Corte, Dra. MARIANA BARBOSA, sugeriu a suspensão dos pregões (fls. 699/700), o que foi acatado pelo Secretário da Pasta da Saúde, mediante Despachos publicados no DOM dos dias 25 e 26/06/2002 (fls. 704/705).

A Pasta interessada, manifestando-se através do Presidente da Comissão Especial de Licitação, constituída pela Portaria SMS 1.870/02, ofereceu as justificativas de fls. 706/718, onde, em alentadas razões, sustenta a legalidade dos pregões.

Não obstante os argumentos apresentados, o Eg. Plenário desta Corte referendou nossa proposta de manutenção da suspensão temporária dos pregões e de ratificação das providências até então tomadas, conforme certidão de fls. 790.

A Origem, em sua nova manifestação de fls. 903/905, ratificou os termos de sua defesa, o mesmo ocorrendo com a Equipe Multidisciplinar, que, entretanto, alertou para o

fato das dificuldades enfrentadas pela Secretaria para licitar serviços imprescindíveis à continuidade de suas atividades, obrigando-a a efetuar contratações de emergência (fls. 912/915).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, destacando a razoabilidade dos argumentos e das explicações da Origem e, ainda, o alerta da Equipe Técnica, opinou pela improcedência da Representação, na sua fala de fls. 917/918.

No parecer derradeiro de fls. 919/924, a Secretaria-Diretoria Geral, analisando as impugnações apresentadas pelo SINDICON, opinou pelo provimento parcial da Representação, tendo em conta que, à luz do art. 1.º, § único, da Lei Federal n.º 10.520/2002, os serviços de limpeza hospitalar não podem ser caracterizados como comuns.

A esse propósito, lembrou o precedente desta Corte, proferido na Representação do SINDICATO DE LAVANDERIA E SIMILARES DE SÃO PAULO - SINDILAV, que deu origem ao TC n.º 2.577.02-55, declarando, por maioria de votos, a nulidade dos pregões destinados à contratação dos serviços de lavanderia hospitalar, por não se enquadrarem no conceito de serviços comuns ou rotineiros.

É o relatório abreviado.

TCM, 05 de fevereiro de 2003

Maria do Carmo Prandini Dermenjian
Conselheira Substituta

V O T O

1. Cumpre ressaltar, desde logo, que não cabe, nos estreitos limites da Representação, a apreciação das matérias contidas no item 6 da inicial, porque entendo que os vícios formais do edital e os de cunho processual deverão ser deduzidos ou argüidos no pleito licitatório, pelas partes legitimamente qualificadas a licitar, sob pena de subverter ou desnaturar as próprias funções desta Corte de Contas, de resguardo do Erário Público Municipal e de tutela dos princípios fundamentais da Administração Pública Direta e Indireta desta URBE Paulistana.

Nada obstante, este Tribunal poderá agir de ofício ou mediante provocação, quando suspeitar de possível lesão ao Erário Público ou verificar a existência de cláusulas discriminatórias, que infrinjam os postulados consagrados no art. 37 da Constituição Federal e no art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93, com as modificações supervenientes.

Todavia, devem ser analisadas com a devida reserva, pretensões de tutela de interesses particulares de categorias econômicas, profissionais ou de qualquer outra natureza, que tenham por escopo a acolhida de instrumentos que visem, pura e simplesmente, à anulação ou revogação do certame no âmbito desta Corte em função do não-atendimento dos seus pleitos na esfera administrativa, consignando, porém, por oportuno, não ser este o caso vertente, senão o teria repelido liminarmente e decretado o prosseguimento dos pregões *"sub examinem"*.

2. Registro, na seqüência, que a presente Representação, deduzida pelo SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO – SINDICON, guarda bastante semelhança com a formulada pelo SINDICATO DE LAVANDERIA E SIMILARES DE SÃO PAULO - SINDILAV, de minha relatoria, questionando a legalidade do pregão para contratação dos serviços de lavanderia hospitalar, já julgada por este Eg. Tribunal, por Acórdão de 06/11/2002, pronunciado no TC n.º 2.577.02-55, de minha relatoria.

Como bem lembrado pelo Sr. Secretário-Diretor Geral, naquela oportunidade este Sodalício considerou os serviços de lavanderia hospitalar como não assimilados no conceito de serviços comuns do art. 1.º, § único, da Lei Federal n.º 10.520/2002, em razão de sua especificidade e condições técnicas de execução.

Essa conclusão baseou-se na própria interpretação do dispositivo citado, que conceitua os **"bens ou serviços comuns"**, para os efeitos de sua aplicação, **"aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado".**

Por isso, a questão que se coloca, na análise da Representação em exame, é saber se os serviços de limpeza hospitalar estão abrangidos no conceito legal, de redação não muito clara e feliz, gerando, por esse motivo, dificuldades na sua exegese e aplicação, como observou MARÇAL JUSTEN FILHO, no estudo desse assunto (Pregão, Editora Dialética, 2001, págs. 15/16).

Nada obstante, os serviços de limpeza hospitalar não diferem, sob certa ótica, dos serviços de lavanderia hospitalar, porque também possuem características próprias e específicas de execução e de aplicação de produtos destinados à desinfecção e descontaminação de áreas e dependências sujeitas a riscos de infecção.

Devido justamente à necessidade de cautelas e cuidados no processamento de artigos e superfícies em estabelecimentos de saúde, o Ministério da Saúde editou manual, elaborado pela Coordenadoria de Controle de Infecção Hospitalar da Secretaria de Assistência à Saúde, contendo normas técnicas de racionalização da escolha e do uso dos produtos e métodos no tratamento, asseio e higienização daquelas áreas.

Esse trabalho é de grande valia na utilização dos critérios de seleção, escolha, aquisição e uso dos produtos e na adoção dos métodos e procedimentos de execução de serviços em áreas e superfícies sujeitas a riscos de infecção ou contaminação.

O referido manual de orientação ainda define e detalha os procedimentos a serem seguidos na limpeza, desinfecção e descontaminização de artigos, materiais e ambientes hospitalares, recomendando o uso de equipamento de proteção individual, mormente em áreas de maior risco de infecção e contágio.

Sua adoção está recomendada no ANEXO V, item 2, da Portaria n. 2616, de 12.05.98, do Ministério da Saúde, que dispõe sobre as diretrizes e normas para a prevenção e o controle das infecções hospitalares, de observância obrigatória, em face das determinações contidas na Lei Federal n. 9.341, de 06.01.97.

A inobservância e o descumprimento das normas aprovadas por aquela Portaria sujeita, nos termos de seu art. 5º , os infratores ao processo e às penalidades previstas na

legislação própria, inclusive remessa dos casos ou ocorrências ao Ministério Público e órgãos de defesa do consumidor para os fins e efeitos da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Diante de tais regras de prevenção e controle das infecções hospitalares, os serviços de limpeza, em hospitais e outros estabelecimentos afins, não podem ser tratados e categorizados como serviços comuns ou rotineiros.

O próprio Edital-padrão dos procedimentos impugnados atesta, no item 7 de seu ANEXO I, a especificidade e características distintas dos serviços pretendidos, com exigências especiais ou de cunho eminentemente técnico.

O atendimento desse requisito demanda projeto básico, com descrição dos métodos e procedimentos a serem cumpridos, de apresentação obrigatória, conforme disposto no item 9.1 do mesmo Anexo I.

A tal respeito, o diagnóstico do insigne Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, Jessé Torres Pereira Jr. é bastante elucidativo:

> **"Será imprescindível a elaboração de projeto básico quando o objeto do pregão for serviço? Justifica-se a indagação. É que tal exigência figura, expressa, como condição para a instauração válida de licitação, no art. 7º, § 2º, da Lei n.º 8.666/93, que não distingue entre serviços de engenharia e serviços em geral.**
> **Conquanto a doutrina ponderasse, desde a edição daquela lei, que a exigência haveria de ser interpretada como dirigida apenas aos serviços de engenharia, o fato é que o texto legal não os extrema e as Cortes de Controle Externo, em especial o Tribunal de Contas da União, entendem que o projeto básico é de rigor para a instauração da licitação qualquer que seja a natureza do serviço.**
> **No caso do pregão para licitar-se a contratação de serviço, haverá incompatibilidade lógica entre as características da nova modalidade e o conteúdo do projeto básico, tal como enunciado no art. 6º , IX, da Lei nº 8.666/93. Se o serviço, em função de suas características técnicas, houver de ser especificado mediante projeto básico, com as minudências do mencionado inciso do art. 6º não pode ser classificado como "comum", descabendo licitá-lo na modalidade pregão.**
> **Em resumo, nos casos de licitação para compras e serviços, a opção da Administração em favor da modalidade pregão se fará em atenção ao fato de tratar-se de bem ou serviço "comum", qualquer que seja o seu valor estimado. Não se cuidando de bem ou serviço "comum", a modalidade de licitação adequada será a concorrência, a tomada de preços ou o convite, de acordo com o valor estimado do objeto."**
> **(Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Jessé Torres Pereira Jr., Editora Renovar, edição 2003, págs. 999 e seguintes).**

Em suma, as exigências do Edital afastam a possibilidade de conceituar-se os serviços de limpeza hospitalar como comuns, para os fins e efeitos da Lei Federal n. 10.520/2002.

Bem por isso, não se pode enquadrar tais atividades na compreensão de serviços comuns, descritos no artigo 1º, § único daquele Diploma Legal, a exemplo dos similares de lavanderia hospitalar.

Realmente, como disse o Prof. MARÇAL JUSTEN FILHO, com bastante propriedade:

> **"Sempre que a Administração necessitar de um bem ou serviço dotado de alguma especificidade, não poderá utilizar o pregão ainda quando o bem ou serviço estiver arrolado no anexo II". (Op. cit., pág. 28).**

Por esse raciocínio, procede a impugnação do Sindicato reclamante quanto à ilegalidade na adoção dos pregões para licitação dos contratos objetivando a prestação de serviços de limpeza hospitalar, pelo que declaro a nulidade dos procedimentos atacados, ressalvando à Pasta interessada licitar essa atividade através dos tipos tradicionais de Concorrência, Tomada de Preços e Convite, previstos nos artigos 22 e 23 da Lei Federal n. 8.666/93, respeitadas as faixas ou parâmetros legais.

3 - Concernentemente às demais objeções da Representação em exame, análogas ou similares a da Representação julgada no TC n. 2577.02-55, ficam elas rejeitadas pelos mesmos fundamentos do voto do v. Acórdão prolatado naquela sede processual.

3.1 - Com efeito, a questão sobre a competência do uso do pregão pelas demais entidades políticas do País, além da União, ficou superada com a edição da Lei Federal n. 10.520/02, que expressamente permite aos Estados, Distrito Federal e Municípios adotarem essa nova modalidade licitatória.

3.2 - Em outro ângulo, carece de amparo legal a impugnação do Representante sobre a participação de cooperativas nos pleitos licitatórios, como bem anotou a Equipe Técnica Multidisciplinar no TC antes mencionado, referindo-se à Orientação Normativa n. 01/2002-PREF, dispondo sobre a equalização das propostas comerciais formuladas pelos licitantes.

Realmente, não há restrições legais à participação de cooperativas, fora dos casos de contratação de locação única e exclusiva de mão-de-obra, até porque sua vedação na licitação da espécie importaria em reduzir o universo de participantes interessados, afrontando o princípio competitivo assegurado pelo artigo 3.º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Por esta razão filio-me à corrente que aceita esta participação, por mais controvertida que seja esta questão.

A Doutrina não destoa desse entendimento, embora alguns autores restrinjam sua participação em processos seletivos cujo objeto seja condizente ou compatível com os fins institucionais das cooperativas (SIDNEY BITTENCOURT, MARÇAL JUSTEN FILHO).

Todavia, afora as limitações legais expressas ou explícitas, não vejo razões para afastar as cooperativas das licitações pública, ainda que seu objeto não se enquadre dentro das finalidades para as quais foram elas criadas.

Realmente, na justa análise do Professor IVAN BARBOSA RIGOLIN:

"A lei permite que o edital estabeleça requisitos habilitatórios a serem atendidos por todos participantes, sob pena de eliminação do certame.

Se o edital os exigir, e se a cooperativa os atender – naturalmente dentro daquilo que jurídica e institucionalmente existe nas sociedades cooperativas, uma vez que a lei de licitações não permite, nas habilitações, exigir das empresas licitantes, algo que a sua legislação específica delas já não exija – então não se vislumbra em que, para esse efeito, difere uma cooperativa de uma S.A., ou S/C. (...)"
(IOB, n. 4/2000, págs. 27/28).

Nem há razões lógicas e jurídicas para vedar o acesso das cooperativas aos pleitos seletivos promovidos pelos entes públicos, sem expressa proibição ou restrição do Edital de convocação ou dos estatutos daquelas sociedades.

De resto, como advertiu o juiz federal RENATO LOPES BECHO, no estudo desse tema publicado na Revista de Direito Administrativo de abril/junho-2001:

"Alijar as cooperativas das licitações fere o princípio da igualdade. Se uma sociedade for excluída de uma licitação por ser cooperativa, estará havendo restrição ilegal, ou aplicação de um critério injusto (portanto desigual, na esteira do afirmado por Bobbio)."
(págs. 75/76)

No campo da jurisprudência administrativa, essa linha tem sido adotada, predominantemente, pelas Cortes de Contas do País, citando-se, entre outros, os v. julgados proferidos pelo Eg. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos processos ns. 9046/026/00 (DOE 15.09.00), 18126/026/97 (DOE 25.11.98) e 6448/026/92 (DOE 26.03.93); Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, pareceres ns. 309/97 e 21178/97, consulta n. 249384-5/95 (cf-se AMILCAR B.T. JUNIOR e LIVIO CIOTTI, Participação de Cooperativas em Procedimentos Licitatórios).

Por último, não se pode olvidar que a licitação tem como escopo fundamental a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, dentro de regras preestabelecidas, e respeito aos seus princípios informativos, e não o de favorecer particulares interessados em contratar com o Poder Público. Essa é a tônica do processo seletivo, que, lamentavelmente, muitos procuram ignorar, levantando objeções contra o próprio interesse público.

Com essas considerações, determino, para fins de conhecimento, a remessa de ofícios, instruídos de cópias deste voto e do v. Acórdão, ao Sindicato Representante, ao Secretário Municipal da Saúde, à Presidência da Câmara Municipal e à Chefia do Executivo Paulistano.

É como voto.

TCM, 11 de junho de 2003

ROBERTO BRAGUIM

Conselheiro

R E L A T Ó R I O

Egrégio Plenário

O presente TC originou de representação apresentada pelo Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado de São Paulo, apontando ilegalidades na instauração pela Secretaria Municipal de Saúde de licitações na modalidade PREGÃO para a contratação de serviço de limpeza hospitalar em unidades integrantes da rede municipal e entrou em pauta para julgamento na sessão 2078 ª , tendo como relatora a Conselheira Dra. Maria do Carmo Dermenjian.

Em face de análise preliminar do processo foi proposta pela então Conselheira Interina deste Tribunal de Contas, Dra. Mariana Barbosa, a suspensão dos Pregões, o que foi acatado pelo Secretário de Saúde do Município, conforme despacho publicado no DOM dos dias 25 e 26 de junho de 2002. A proposta de suspensão foi referendada pelo Egrégio Plenário desta Corte.

Manifestaram-se nos autos a Origem, a equipe multidisciplinar que alertou para as dificuldades enfrentadas pela Secretaria de Saúde do Município na contratação de serviços essenciais, situação que tem gerado contratações emergenciais, e a Procuradoria da Fazenda Municipal, que propugnou pela improcedência da representação. Opinou a SDG pelo provimento parcial da representação, considerando que à luz do artigo 1º parágrafo único da Lei Federal n.º 10.520/2002, o serviço de limpeza hospitalar não pode ser caracterizado como "serviço comum". Citou o precedente desta Corte, proferido nos autos do TC 2.577.01.55, que declarou por maioria de votos a nulidade dos Pregões destinados à contratação de serviços de lavanderia hospitalar por não se enquadrarem no conceito de serviços comuns.

Após relatado, foi objeto de pedido de vista por este Conselheiro em face da relevância dos argumentos apresentados pela Origem, no que diz respeito a aspectos de inegáveis vantagens decorrentes da modalidade do PREGÃO, sobretudo referentes a agilidade e ao menor preço final das compras públicas.

É o Relatório.

VOTO

As controvérsias relativas a esta modalidade de licitação, devidamente abordada no relatório sensibilizaram este Conselheiro, conhecedor das dificuldades enfrentadas pela Administração, dificuldades estas devidamente ressaltadas pelo órgão multidisciplinar e não desconhecidas deste Egrégio Tribunal, e que deram ensejo ao pedido de vistas, que inclusive foi objeto de pertinente observação do Excelentíssimo Conselheiro Presidente desta Corte de Contas, no sentido de que o assunto realmente é merecedor de maior atenção e aprofundamento.

Assim é que passei a analisar o conteúdo do processo e os aspectos apontados como irregulares no PREGÃO objeto da representação, publicado através dos editais

questionados visando a contratação de serviços de limpeza hospitalar. Analisei ainda o precedente referente a contratação de serviço de lavanderia hospitalar na modalidade PREGÃO, cuja decisão foi pela anulação dos editais por ter entendido esta Corte de Contas que o objeto não poderia ser considerado como "serviço comum", nos termos da lei que rege a matéria.

Peço vênia para concentrar meu voto na questão específica da natureza do objeto licitado e a discussão de sua compatibilidade com a modalidade licitatória do PREGÃO, deixando os demais aspectos considerados irregulares para breve manifestação ao final, posto que o aspecto primordial reside no entendimento esposado por este Egrégio Tribunal de Contas acerca das situações em que a modalidade licitatória do PREGÃO pode ser utilizada, em face do conteúdo e extensão do conceito de " BENS E SERVIÇOS COMUNS " inserido no artigo 1º da Lei Federal n.º 10.520 de 17 de julho de 2002, fruto do projeto de Conversão n 19/2002 da Medida Provisória 2.182-18/01.

Referida lei, como se sabe, instituiu no âmbito União, Estados, Distrito Federal e Municípios a modalidade de licitação denominada PREGÃO para a aquisição de bens e serviços comuns. No âmbito Federal a matéria foi regulamentada pelos Decretos 3.555/00, 3.693/00, 3.697/00 e 3.748/01.

Referida lei instituiu o PREGÃO nos seguintes moldes:

> *"Art. 1º – Para a aquisição de bens ou serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.*
>
> *§ único – Consideram-se bens e serviços comuns, para fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado"*

No município de São Paulo a matéria está disciplinada na Lei n.º 13.278/02 da seguinte forma:

> *Art. 20 – O Município poderá adotar a modalidade pregão, instituída pela União, para a aquisição de bens ou serviços comuns, que será regulamentada por decreto, observada a legislação federal pertinente".*

A lei municipal foi regulamentada pelo Decreto Municipal n.º 41.772/02, que em seu artigo 21 dispõe que: *" na forma da legislação federal, o pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação".*

O artigo 22 do decreto define bens e serviços comuns para fins de aplicação da lei como *"aqueles, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser, concisa e objetivamente, definidos em edital, com base em especificações usuais de mercado".*

Como se percebe, a lei municipal e o decreto regulamentador não foram além do que foi a lei federal ao procurar estabelecer quais bens e serviços seriam passíveis de enquadramento na nova modalidade de licitação, bastante inovadora.

Nesta questão auxilia e deve ser utilizado como parâmetro o rol exemplificativo do anexo II do Decreto Federal n.º 3555/00, que classifica os bens e serviços comuns no âmbito federal.

Antes mesmo de enfrentar a questão fundamental referente ao conceito legal e sua abrangência, cumpre consignar que a modalidade de licitação denominada PREGÃO vem sendo amplamente utilizada pelo governo federal, sobretudo pelas Agências Reguladoras, com resultados exemplares no que diz respeito à economia de tempo e dinheiro público.

É que referida modalidade viabilizou a alteração do procedimento de forma profunda, possibilitando que os participantes tenham por primeiro analisadas as propostas comerciais, inclusive com a possibilidade da apresentação de lances, que invariavelmente na disputa resultam na redução dos valores das propostas, e por vezes de forma significativa.

Conforme estabelece o inciso XII do artigo 4º, só após encerrada a etapa competitiva o pregoeiro abrirá os envelopes contendo os documentos de habilitação, e será aberto tão somente o envelope do licitante que ofereceu a menor proposta, para fins de verificação do atendimento das condições fixadas no edital. Se o licitante atendeu as condições fixadas no edital será declarado vencedor, caso contrário, ou seja, se desatendeu as condições de habilitação fixadas no edital, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes, na ordem de classificação.

O sistema adotado pela lei ao inverter as fases resulta em inegável economia de tempo, eis que, nas demais modalidades, os envelopes contendo os documentos de habilitação são examinados previamente à abertura dos envelopes contendo as propostas comerciais, o que acarreta na necessidade do exame de todos os documentos de habilitação contidos em todos os envelopes de todos os licitantes, e consequentemente, em face do princípio da ampla defesa, da abertura de prazo para impugnações quanto à decisão de habilitação.

Ainda que, como já se disse, em atendimento ao princípio da ampla defesa caiba recurso da decisão do pregoeiro que habilita o licitante vencedor, os recursos farão referência apenas ao licitante habilitado, não envolvendo, como nas demais modalidades, todos os documentos de todos os participantes, ainda que não venham a contratar porque não ofereceram a proposta de menor valor.

Neste sentido peço permissão para citar matéria recém veiculada no site comprasnet de 04.02.2003, informando que o Tribunal de Justiça de São Paulo está aderindo ao Pregão, modalidade já adotada por outros órgãos públicos, ressaltando a desburocratização e simplicidade do procedimento, bem como suas vantagens, nos seguintes termos: *“ Além da desburocratizarão e simplicidade do procedimento, a grande vantagem do pregão é o aumento da competitividade entre os fornecedores interessados e o menor preço final das compras públicas”.*

Não se trata de situação isolada, o que nos leva a inafastável necessidade de melhor aprofundar o assunto buscando a interpretação adequada da lei , viabilizando a utilização do instrumento legal colocado à disposição do Poder Público para o atendimento do interesse público, que se revela, sobretudo, na agilidade e economia que resulta do procedimento. Não há que se restringir sua aplicabilidade.

Seguindo tais premissas, cumpre primeiro destacar que este Egrégio Tribunal já firmou entendimento em caso semelhante, no sentido de que os serviços de lavanderia hospitalar não podem se enquadrar no conceito legal de bens e serviços comuns.

As razões que embasaram a decisão constam do alentado relatório apresentado pelo Conselheiro Roberto Braguim, que abordou de forma minuciosa todas as irregularidades apontadas e enfrentou a tormentosa discussão que volta à tona, acerca do objeto do PREGÃO em face do conceito insculpido no artigo 1º parágrafo único da Lei Federal 10.520/2002.

Em apertada síntese, referido relatório abordou as reais dificuldades na apreensão da formula utilizada pela lei que encontra indiscutível campo de debates doutrinários sendo fonte de constantes críticas. Destacou, acompanhando a doutrina de Marçal Justen Filho, que a avaliação da natureza do objeto para fins de adoção do pregão, depende de cada caso concreto, e concluiu por fim, que em face das exigências constantes do Manual de Lavanderia Hospitalar editado pelo Ministério da Saúde, com recomendações técnicas, bem como diante das especificidades do certame, inclusive decorrente da exigência de atestados de desempenho anterior em "serviços de lavanderia hospitalar", que os serviços não poderiam ser enquadrados no conceito de serviços comuns, eis que essa exigência já estabelece o *discrimen* em relação aos serviços comuns de lavanderia.

Trata-se sem dúvida alguma de campo fértil para discussões, sobretudo considerando-se a novidade da matéria. Por tal razão é que me disponho a aprofundá-la trazendo de volta a tormentosa discussão, ressaltando que deve a mesma partir da premissa da vantagem para a Administração Pública e em decorrência, para o interesse público.

Por primeiro quero congratular o nobre Conselheiro Relator do mencionado voto no processo citado como precedente, que enfrentou por primeiro e com sua habitual desenvoltura a questão tormentosa da natureza do objeto licitado em face da fórmula adotada pela lei, que de fato nada facilitou ao intérprete.

Mas acredito que outros precedentes e aspectos não menos relevantes podem e devem contribuir para a nova análise e decisão deste Conselho acerca do assunto em pauta, que quase nada difere do precedente. Senão vejamos:

Trata-se de licitação na modalidade de PREGÃO para a contratação de serviços de limpeza hospitalar, que segundo consta possui especificidades que naturalmente a diferenciam dos serviços de limpeza comum. Neste sentido é ampla a manifestação do autor da representação, que ressaltou os aspetos técnicos do serviço a ser contratado, suas especificidades e sofisticação incompatíveis com a modalidade PREGÃO. Consta que há rotinas consagradas fixadas em recomendações da Associação Paulista de Estudo e Controle da Infecção Hospitalar e em manual da Prefeitura em conformidade com o Ministério da Saúde (Portaria 2616/98 e Portaria 15 SVS de 23/08/98).

Como bem assevera o doutrinador sempre invocado, Marçal Justen Filho, o conceito da lei gera dificuldade, o que por ninguém foi negado, e o que exige cauteloso trato na interpretação.

Mas a questão que se coloca e que deve ser enfrentada é se especificidades na execução dos serviços ou a necessidade de capacitação técnica específica seriam de fato empecilhos para a não inclusão do objeto no conceito legal.

Há alguns aspectos que não podem deixar de ser observados, dentre eles o constante dos argumentos aduzidos pela municipalidade no recurso apresentado no processo TC 72.002.577.02-55 (precedente pendente de julgamento) relativo a princípios inafastáveis de hermenêutica jurídica lembrando a regra básica segundo a qual as normas legais não contêm palavras desnecessárias.

Tal princípio é invocado em vista do que consta no final do parágrafo único da norma insculpida no artigo 1º da Lei 10.520/02, que faz referência expressa ao mercado ou às especificações de mercado.

Não seria a complexidade do serviço a inseri-lo ou não no conceito de serviço ou bem comum, mas o domínio que as empresas atuantes no mercado possuem sobre o objeto licitado, de modo que possam oferecer suas propostas de forma segura em face das definições objetivas do edital. Segundo o argumento utilizado, se a lei não utiliza palavras vãs e o mercado faz parte da conceituação de bem e serviço comum, o qualificativo comum refere-se ao mercado.

Por sua vez, o Plenário do Tribunal de Contas da União, em representação[1] ofertada por licitante que se insurgiu contra o emprego da modalidade pregão para a contratação de empresa de locação de mão de obra, alegando dentre outros argumentos que a exigência de capacitação técnica seria incompatível com a modalidade de licitação, decidiu pela improcedência da representação não só pelo fato de os serviços não se configurarem como serviços de engenharia, vedação que a lei faz de forma expressa para a contratação na modalidade pregão, mas ainda pelo fato de não considerar o rol do decreto federal 3.555/2000 exaustivo, entendimento compartilhado pela doutrina de Marçal Justen Filho[2] e Carlos Pinto Coelho Mota[3] com a qual partilhamos em face da impossibilidade de se relacionar todos os bens e serviços comuns utilizados pela Administração.

Referida decisão deixou patente o entendimento segundo o qual a necessidade da comprovação de qualificação técnica para o desempenho de determinado serviço não afasta a possibilidade da realização da licitação na modalidade de PREGÃO, como aliás não poderia deixar de ser já que a própria lei que instituiu o PREGÃO permite tal exigência no artigo 4º, XIII que trata da habilitação.

Nesse sentido transcrevemos ementa de acórdão do plenário do TCU[4] no seguinte sentido:

> " TC 013.749/01-5 – Representação
> *Ementa: Representação com fulcro no art. 113,§1º, da Lei 8.666/93. Conhecimento. Alegação de ilegalidade do teor da exigência de comprovação de capacidade técnica e de incompatibilidade entre o objeto licitado e a modalidade de licitação "pregão". Improcedência."*

Marçal Justen Filho na obra já citada ao tratar dos requisitos de habilitação no pregão, assevera que a qualificação técnica será desnecessária, como regra, para a contratação

---

de bens e serviços comuns, mas destaca que poderão ser estabelecidas distinções conforme se trate de compra de bens ou prestação de serviços, pois por mais comuns que sejam os serviços sempre comportam maior complexidade. (grifo nosso).

Comenta o autor que *" na maior parte dos casos não haverá obrigatoriedade de inscrição em entidades profissionais. Mas a afirmativa não pode ser generalizada.*

Se for o caso é possível exigir comprovação de experiência anterior..." [5]

Considero oportuno mencionar e deixar consignado fato que atesta e confirma exatamente estas assertivas.

Por ocasião da tramitação do projeto de conversão n.º 19/2002 da medida provisória 2.182-18, o Executivo Federal através da mensagem n.º 638 de 17 de julho de 2002 apresentou veto ao artigo 2º do Projeto cuja redação consistia no seguinte:

> *Art. 2º - Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto em regulamento, qualquer que seja o valor estimado da contratação, na qual a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública, vedada sua utilização na contratação de serviços de transportes de valores e de segurança privada e bancária". (grifo nosso)*
>
> Foram as seguintes as razões de veto:
>
> *" A redação adotada implicará na proibição da contratação de serviços de vigilância por meio do pregão, com impacto indesejável sobre os custos e a agilidade de procedimentos que estão atualmente em plena disseminação. Com efeito, a utilização do pregão na contratação desses serviços é praticada com sucesso desde sua criação, por Medida Provisória, em agosto de 2000.*
>
> *Ressalte-se que os serviços de vigilância são item de expressiva importância nas despesas de custeio da Administração Federal, o que impõe a busca de procedimentos que intensifiquem a competição e possibilitem a redução de custos. No âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, avultam a R$ 295,95 milhões anualmente, conforme dados de 2001.*
>
> *Não existe impedimento de ordem técnica à aplicação do pregão, uma vez que há larga experiência de normatização e fixação de padrões de especificação do serviço e de acompanhamento de seu desempenho. A Administração federal tem regulamentação específica a respeito, por meio de Instrução Normativa MARE n.º 18/97, que orienta as licitações de serviços de vigilância. O decreto n.º 3.555/00, que regulamentou o pregão, incluiu no rol de bens e serviços comuns, os serviços de vigilância ostensiva.*
>
> *Dessa forma, o pregão tem sido opção adotada cada vez mais pelos gestores de compras. Já foram realizados 103 pregões para contratação de serviços de vigilância em 30 órgãos, representando valores de R$ 37,86 milhões.*

Mesmo a forma mais avançada do pregão eletrônico, que pressupõe o encaminhamento de planilhas e de documentação por meio eletrônico, já tem sido adotada para a contratação de vigilância, registrando-se até esta data a realização de 4 certames, pela Advocacia Geral da União – AGU, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Ministério dos Transportes e Instituto Nacional do seguro Social – INSS. Estes dados são consistente evidência da conveniência e viabilidade de aplicação da nova modalidade de licitação aos serviços de vigilância.

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram.....”

As razões que justificaram o veto são bastante esclarecedoras e pertinentes para a análise em enfoque. Os serviços de segurança bancária certamente se diferenciam em aspectos específicos dos serviços de vigilância ostensiva, comportando técnicas, equipamentos e normas próprias, o que não afasta a existência de um segmento de mercado apto à prestação do serviço, com pleno domínio porque atuante no específico mercado, com capacidade de apreender as definições objetivas do edital, e formular suas propostas com absoluta segurança.

Assim, tendo a concluir que a fórmula adotada pela lei não pretendeu contrapor os serviços simples aos serviços complexos, mais sofisticados ou mesmo regulamentados de forma específica, mas deu como parâmetro ao intérprete a necessária verificação da viabilidade de inserção no conceito diante das circunstâncias reais da situação concreta.

De fato, por classificar-se a expressão “bens e serviços comuns” dentre o conceitos denominados indeterminados, e este nos parece um dos aspectos mais relevantes a ser considerado, seu conteúdo deve revelar-se diante das situações concretas.

Isto porque o caráter “comum” de determinado serviço dependerá da realidade de mercado em determinado momento e lugar. Um serviço poderá revelar-se comum em dado universo e em outro não, devido às configurações da realidade do respectivo segmento de mercado, sob a presença de normas técnicas reconhecidas que estabelecem os padrões e procedimentos para a prestação daquele serviço, compondo assim o domínio que as empresas atuantes nesse mercado têm sobre as correspondentes especificações previstas no edital, possibilitando uma avaliação objetiva das propostas.

Como bem ponderou o recorrente no precedente retro mencionado, o fato de ter o legislador utilizado de conceito do tipo indeterminado não deve ser um fator de crítica, eis que tais conceitos vêm sendo empregados cada vez com mais freqüência nos diplomas modernos, de tal forma que a concretização do conceito deve se dar em face do caso concreto, ou das circunstâncias reais em que se encontra o aplicador do direito.

É pois, neste sentido, que salientamos a necessidade de perseguir o real significado da proposição normativa e o conteúdo semântico da expressão “bens e serviços comuns”, visando interpretar e – também – integrar o comando inserido nos termos do artigo 1º. da Lei n. 10520, de 17 de julho de 2002, como regra de hermenêutica.

Assim, qualquer postura que afaste sumariamente a possibilidade de o aplicador do direito avaliar a concretização do conceito indeterminado diante do caso específico tenderá a ser contrária à lógica da lei, uma vez que a concretização dos conceitos indeterminados reclama a integração pelo intérprete diante da realidade colocada.

Marçal Justen Filho na obra tantas vezes aqui citada, diz que *" ... há casos em que a Administração necessita de bens que estão disponíveis no mercado, configurados em termos mais ou menos invariáveis. São hipóteses em que é público o domínio das técnicas para a produção do objeto e seu fornecimento ao adquirente (inclusive à Administração), de tal modo que não existe dificuldade em localizar um universo de fornecedores em condições de satisfazer plenamente o interesse público."*[6]

Entendemos que exatamente a mesma lógica se aplica a um serviço, qual seja: 1) disponibilidade no mercado; 2) sua configuração em termos mais ou menos invariáveis; 3) público domínio das técnicas para a produção do objeto e seu fornecimento; 4) facilidade em localizar um universo de fornecedores aptos.

Por tais razões e considerando os benefícios que já foram explicitados que a modalidade pregão traz, acredito que o intérprete não deve restringir a interpretação da lei à sua literalidade, mas deve buscar, sobretudo, a sua finalidade. O interesse público deve nortear a interpretação, considerando-se que a finalidade da lei sempre é o atendimento do interesse público. Trata-se da possibilidade de o Poder Público adquirir bens e contratar serviços disponíveis no mercado de forma menos burocratizada e portanto, mais ágil, e como muito já se demonstrou, com economia de recursos.

Como bem asseverou o Órgão multidisciplinar desta Corte de Contas no TC 72.002.577.02-55 (serviços de lavanderia hospitalar), as especificações previstas no edital permitem avaliação objetiva das propostas, de modo a revestirem-se os serviços de lavanderia hospitalar da natureza comum. O mesmo ocorre com os serviços de limpeza hospitalar.

O fato de serem executados com cuidados especiais, cautela e até mesmo de exigirem processos mais sofisticados e específicos, sob condições especiais, não afasta sua natureza de "serviços comuns" em face do domínio público dessas técnicas que possibilitam o acesso em igualdade de condições aos fornecedores disponíveis no mercado.

Com relação aos demais aspectos, não foram superados apenas três itens, sendo que, na verdade, dois deles foram afastados pelo senhor Secretário da Diretoria Geral. São eles:

a) insuficiência de atestados de capacidade técnica e econômico financeira: Neste aspecto consta a análise apresentada por SDG no sentido de que tais impropriedades não são suficientes para macular o procedimento (fls. 919), já que as exigências do edital devem ser mínimas para atender ao disposto no artigo 37,XXI da Carta Magna; e

b) critério de julgamento pelo preço global: ATJ invoca precedente deste Tribunal (fls. 913) no sentido de ser o critério de julgamento de menor preço por item licitado o que melhor se coaduna com os princípios básicos e informativos do processo licitatório oferecendo menos riscos à Administração em caso de eventual e futuro comprometimento dos ajustes celebrados.

A lei não fixa o critério, mas dá contornos e limites para a atuação da Administração Pública, sendo que o critério a ser eleito em cada caso está na esfera de atuação

discricionária do Administrador, conforme entender mais adequado em face das especificidades do certame, tratando-se de questão de gestão.

Em face de todo o exposto, voto pelo improvimento da representação apresentada pelo SINDICON, para considerar regulares as licitações publicadas na modalidade de pregão para contratação de serviços especializados de limpeza hospitalar.

Plenário Cons. **PAULO PLANET BUARQUE**, 11 de junho de 2003.

MAURICIO FARIA
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Sobre as irregularidades consubstanciadas na **REPRESENTAÇÃO** oferecida pelo Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado de São Paulo – **SINDICON**, à exceção daquela pertinente à contratação de serviços de limpeza hospitalar, que considero a questão central do **PREGÃO** promovido pela Secretaria Municipal da Saúde, por envolver discussão sobre os fins e objetos de sua aplicação à luz do fixado pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal 10.520/2002, acompanho as razões e fundamentos contidos no voto do Relator quanto à **IMPROCEDÊNCIA** das demais, ou seja, a incompetência do Município para licitar pregões; falhas dos Editais referentes à abertura para participação de Cooperativas e ampliação do número de competidores na fase final de propostas; exigências de qualificação técnica e econômico-financeira e omissão do fator de reajuste, as quais, por se constituírem em vícios do edital e de cunho processual, deverão ser argüidos por ocasião do pleito licitatório.

Detenho-me, agora, no exame da questão nevrálgica supra-referida, ou seja, se os serviços de limpeza hospitalar se classificam como de natureza especial e, nessa situação se sujeitam às modalidades tradicionais de licitação, ou entendidos como serviços comuns, os quais na forma do fixado pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal número 10.520/2002, se prestam à prática geral, podendo ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações de uso no mercado, de modo a possibilitar o acesso, em igualdade de condições, aos fornecedores disponíveis.

Sobre discutida matéria, tenho para mim que os textos legais que instituíram o pregão não deixam margem a dúvidas ao definir que referida modalidade se deve à aquisição de bens e serviços comuns. Assim, tanto no âmbito federal (primeiramente, na Medida Provisória 2.026/2000, posteriormente, na Lei 10.520/2002) como na esfera Municipal, através da Lei 13.278/2002 (artigo 20), regulamentada pelo Decreto 41.772/02, os diplomas legais se referiram a serviços comuns, ou seja, aqueles rotineiros, que não englobam o "incomum". Caso contrário, não teria utilizado a espécie "comum", mas, sim o gênero "serviços".

No caso da limpeza hospitalar, vale destacar, faz líquida e inquestionável a sua dimensão ante os termos da lei, porquanto se ocupa de serviço dotado de alguma especificidade, ou seja, além de exigir qualificação incomum, também requer determinados cuidados na aplicação de produtos químicos que devem ser registrados e acompanhados pelo Ministério da Saúde, tal o grau de possibilidade de contaminação para com a saúde pública.

Nesse particular, também acompanho o Relator, por entender que tais serviços não podem ser equiparados à limpeza comum, e, devem ser licitados, através dos tipos tradicionais de licitação, na forma do previsto nos artigos 22 e 23 da Lei 8.666/93.

Todavia, considerando-se que dentre as espécies de normas jurídicas se destacam as regras e os princípios, estes caracterizados pelas informações sobre as mais variadas e amplas situações, tal como ocorre com a própria eficiência, a dignidade humana, a justiça social e, na espécie, a intenção do legislador em não contrapor os serviços simples aos serviços complexos, entendo que foi demonstrado pelo Revisor que a modalidade PREGÃO, à luz da interpretação legal, buscou servir o interesse público, posto que menos burocratizado e com economia de recursos, além de se tratar de casos já consolidados.

Por esse motivo, **VOTO**, em **CARÁTER EXCEPCIONAL**, pela **IMPROCEDÊNCIA** da **REPRESENTAÇÃO** em exame.

Faço, no entanto, enérgica determinação à Origem para que, doravante, nos casos de contratação de serviços de limpeza hospitalar, promova o procedimento licitatório adequado, na forma e efeitos estipulados pelos artigos 22 e 23 da Lei Federal 8.666/93.

Adoto também a determinação contida no voto do Relator, para que se expeçam as comunicações às autoridades lá consignadas.

Plenário Paulo Planet Buarque, 11 de junho de 2003.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, após vista que lhe fora concedida na 2.095ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação proposta pelo Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado de São Paulo – Sindicon, por atender aos pressupostos para sua admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor e EDSON SIMÕES – em caráter excepcional -, apresentados em separado, bem assim EURÍPEDES SALES, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, quanto à inadequação da modalidade de pregão para se contratar serviços especializados de limpeza hospitalar, em julgar improcedente a representação, considerando regulares as licitações publicadas. Vencido, neste particular, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM - Relator, nos termos do voto apresentado.

ACORDAM, outrossim, a unanimidade, no que concerne às demais objeções apresentadas pelo Sindicato representante, em julgá-las improcedente.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar a remessa de ofícios, acompanhados de cópias do relatório e dos votos apresentados, bem como do V. Acórdão, ao Sindicato representante, ao Secretário Municipal da Saúde, à Presidência da Câmara Municipal de São Paulo e à Chefia do Executivo Paulistano, para fins de conhecimento.

Vencido, em parte, o Conselheiro EDSON SIMÕES, que, nos termos do voto apresentado em separado, deu determinação à Origem.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Relator, EDSON SIMÕES e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de junho de 2003.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte