## *LICITAÇÃO — DISPENSA — NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO*

*— Não se aplica a dispensa de licitação prevista na alínea d do § 2º do art. 126 do Decreto-lei nº 200/67 à contratação de serviços de atendimento médico-dentário-hospitalar e laboratorial.*

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Processo nº 14.364/85

*Anexo II da Ata nº 20/86*

Relatório e voto do Ministro Carlos Átila, cujas conclusões, de acordo com o parecer do procurador-geral, Dr. Francisco de Salles Mourão Branco, foram acolhidas pelo Tribunal, na sessão ordinária realizada em 15 de abril de 1986, ao conhecer — para, ante as razões expostas, dar-lhe resposta negativa — da consulta formulada, por intermédio da Ciset/MME, pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN).

RELATÓRIO

Trata-se de contratação de serviços de atendimento médico-dentário-hospitalar e laboratorial celebrada pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), com base na alínea *d* do art. 126, § 2º, do Decreto-lei nº 200/67.

A CNEN solicitou à Ciset/MME a ratificação desse procedimento ou a formalização da consulta a este Tribunal (fls. 2-3), o que está sendo feito pelo Sr. Secretário de Controle Interno do Ministério das Minas e Energia, em face da controvérsia existente em torno do assunto, submetendo, desta forma, a matéria à consideração desta Corte de Contas, com vistas à obtenção de seu pronunciamento sobre a aplicabilidade ou não da norma ao caso em referência (fls. 1).

A consulente informa, às fls. 2, que "a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), autarquia federal criada pela Lei nº 4.118/62, de 27.8.62, prevê em suas normas de pessoal baixadas pelo Decreto nº 62.661/68, de 7.5.68, art. 123, a concessão de serviço médico-hospitalar-dentário a seus servidores.

A escolha do médico, do hospital, do dentista e do laboratório, para a prestação dos serviços, é muito subjetiva. A escolha, por processo licitatório, além de ferir a ética médica, não surte o efeito desejado em uma licitação, isto é, o preço aliado à qualidade do serviço desejado."

Afirma o Sr. Diretor de Administração da CNEN que, para se obterem preços correntes, "existem tabelas apropriadas, estabelecidas por entidades de classe", conforme indicação de fls. 3, oferecendo, assim, meios para ser verificada sua adequação "além da natural fiscalização do usuário do sistema, a quem cabe pagamento de parcela substancial do tratamento, variando entre 5% até 95% de acordo com o vencimento do servidor" (fls. 2), o que tornaria, a seu ver, justificável a prestação de serviços por profissionais ou firmas de notória especialização, considerando, também, que os mencionados serviços serão sempre formalizados em contratos administrativos.

Ao concluir sua análise, a instrução salienta, às fls. 4-5, que os serviços demandados, em face de sua generalidade, não justificam a escolha discricionária de profissionais ou empresas, a pretexto de suposta e notória especialização, não encontrando, conseqüentemente, amparo nos dispositivos que regem a matéria, ou seja, na Súmula nº 39 deste Tribunal e no Parecer nº L-135 da Consultoria-Geral da República (fls. 6-9). Refere-se ainda à decisão desta Corte no TC-788/84-8 (Ata 11/85, anexo VII), em que foi recomendada à Embratur (Empresa

Brasileira de Turismo) a observância dos princípios básicos da licitação (Súmula nº 158), na "contratação dos serviços médico-hospitalares, funerários e judiciários, prestados pela empresa Rio Clínicas Previdência Médico Social Ltda.", em face do que propõe que se conheça da consulta, mas para que seja respondida negativamente (fls. 5).

No parecer de fls. 10-1, a Sra. Diretora da 2ª Divisão da 3ª IGCE, em consonância com a conclusão de fls. 5 da instrução, ressalta que "no caso presente não se justifica a utilização do princípio da exclusividade e notória especialização, devendo a contratação dos serviços mencionados, objeto desta consulta, ser precedida de licitação, na forma da legislação vigente", concluindo, igualmente, pelo conhecimento da referida consulta, porém, para respondê-la no sentido negativo, por falta de amparo legal.

A Sra. Inspetora-Geral considera, inicialmente, em seu pronunciamento de fls. 30-1, "coerente a proposta da 2ª Divisão no sentido de ser dada resposta negativa à consulta em causa". Entretanto, a ilustre inspetora acrescenta que é bastante delicado o procedimento da escolha de profissionais para os serviços de atendimento médico-dentário-hospitalar. No caso dos serviços laboratoriais, em sua opinião, não paira dúvida acerca da necessidade de processo licitatório, tendo em vista, inclusive, o que já se vem fazendo nesta parte, como se vê, com as publicações de fls. 12-5.

Na conclusão de seu parecer, às fls. 31, considerando que os serviços dentários são exercidos "sobre precioso bem, o ser humano, em sua interação corpo-mente, desqualificando portanto os critérios de quantificação, no que diz respeito a preços, (...) tendo o serviço como indiscutivelmente incomum", a Sra. Inspetora propõe "seja acolhida a consulta, formulada nos termos do expediente de fls. 1, para responder de modo afirmativo, no que diz respeito à contratação do serviço médico-dentário-hospitalar, pela entidade".

Durante o exame desta consulta, baixei o processo em diligência (fls. 33) para que fosse o mesmo instruído também com o parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente (art. 123, § 1º, do Regimento Interno).

Em atendimento à referida diligência, formalizada às fls. 34, foi presente o parecer de fls. 38-9, no qual a Comissão Permanente de Licitação profere seu entendimento, com a conclusão de que os serviços de atendimento médico-dentário-hospitalar e laboratorial "podem ser aceitos e enquadrados na alínea *d* do art. 126, § 2º do Decreto-lei nº 200/67: 'prestação de serviços por profissionais ou firma de notória especialização'; sem ferir o princípio da isonomia e da regra geral que é o de licitar".

Em face das questões de direito suscitadas na presente consulta, encaminhei o processo à douta Procuradoria, nos termos do Regimento Interno, com vistas à obtenção de seu judicioso pronunciamento (fls. 41).

O processo está acompanhado, agora, do brilhante parecer de fls. 42-5, da lavra do eminente procurador-geral, Dr. Francisco de Salles Mourão Branco, o qual recorda que a dispensa de licitação para a contratação de serviços foi objeto de acurado exame do então titular daquela Procuradoria, insigne jurista Luiz Octávio Gallotti, hoje pontificando no egrégio Supremo Tribunal Federal. Em sua argumentação, no TC-10.362/73, acolhida na v. decisão deste plenário, proferida em 17.5.73, S. Exa. discorreu sobre a matéria, elucidando-a com as informações transcritas pelo Sr. Procurador-Geral, às fls. 43-4, cujas considerações, relativas à Súmula nº 39 desta corte e ao art. 126 do Decreto-lei nº 200/67, asseveram o verdadeiro sentido dos citados dispositivos (fls. 44, tópico V), o qual "deve ser buscado não só na qualificação do prestador, mas na índole do contrato que, para demandar notória especialização em seu desempenho, deve ser necessariamente inédito ou incomum (...) Restringe-se a faculdade do administrador ao tipo de serviço capaz de exigir, na seleção do executor de confiança,

em grau de subjetividade que se não possa medir pelos critérios de qualificação, inerentes ao processo de licitação".

O Sr. Procurador-Geral se refere, de igual modo, em seu parecer (fls. 44), às judiciosas considerações que o eminente Ministro Ivan Luz teve ensejo de expender, no Processo TC nº 788/84-8, em sessão de 14.3.85. S. Exa. advertia, naquela assentada, quanto à necessidade de conciliar-se "a liberdade contratual do direito privado, por que se orienta a empresa pública, e o rigor do regime de direito administrativo que a alcança".

Ressalta o Sr. Procurador-Geral, "em conformidade com a jurisprudência sumulada deste Tribunal, que a obediência, pelas empresas públicas, aos princípios básicos da licitação, advém, dentre outros fatores, de operarem elas com recursos públicos e de nelas se presumir um interesse, também público. Daí a necessidade de editais, por óbvio válidos, e de contratos que, deles resultando, aos mesmos estejam adequados" para que o princípio da isonomia seja convenientemente resguardado, e acrescenta: "se semelhante argüição é válida, oportuna e, até, imperiosa, para as empresas públicas, o será, com mais forte razão, para as autarquias, sujeitas que estão às normas de fiscalização financeira e orçamentária, *ex vi* de expresso comando constitucional (cf. Emenda Constitucional nº 1/69, § 5º do art. 70)".

Outra oportuna transcrição feita pelo Sr. Procurador-Geral refere-se à decisão proferida por este Tribunal, em sessão de 31.10.85, nas contas do Departamento do Pessoal do Ministério das Minas e Energia, acompanhadas dos resultados de inspeção ordinária e de consulta (TC nº 26.606/83, anexo III da Ata nº 79/85), em que foi determinado, de acordo com as conclusões do eminente Ministro Ivan Luz:

"1. (...)

2. Que seja recomendado ao órgão que as avenças com entidades prestadoras de serviços de assistência *médico-odontológica* revistam forma contratual, precedidos, os contratos, de licitação, atendidas as regras estabelecidas no Decreto-lei nº 200, de 1967."

Após elucidativas referências, assim conclui o eminente procurador-geral, Dr. Francisco de Salles Mourão Branco, às fls. 45, itens 20 e 21:

"Em virtude das razões que informam os precedentes que consagram a prevalecente orientação deste Tribunal sobre a matéria, objeto da presente consulta, pedimos vênia para dissentir da proposição da Sra. Inspetora-Geral, pois que não vemos na hipótese dos autos motivo bastante para seguir-se rumo diverso daquele ditado pela jurisprudência da egrégia corte.

Ante o exposto, manifestamo-nos por que, conhecendo da consulta formulada às fls., o colendo plenário lhe responda negativamente quanto à incidência dos dispositivos ali argüidos na hipótese em questão."

É o relatório.

VOTO

No Parecer nº L-135, de 28 de fevereiro de 1977, o então consultor-geral da República, Luiz Rafael Mayer, definiu de maneira clara e objetiva os casos em que se admite a dispensa de licitação nos termos da alínea *d* do § 2º do art. 126 do Decreto-lei nº 200, de 1967.

Diz a ementa do referido parecer:

"I — A dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização (art. 126, § 2º, *d*, do Decreto-lei nº 200/67) supõe características de notável singularidade no modo da prestação ou no resultado a obter, não-suscetíveis de execução senão por determinado profissional ou firma especializada, em grau incomparável com os demais, portanto em circunstância materialmente impossibilitante do confronto licitatório."

O Parecer nº L-135 foi aprovado pelo Sr. Presidente da República, conforme despacho publicado nos *DOU* de 27 e 29 de abril de 1977, constituindo, portanto, à falta de diferente determinação, norma a ser obedecida pelos órgãos da administração federal na matéria.

No caso específico objeto da presente consulta, entendo que a qualidade e a quantidade de profissionais especializados existentes nas diversas áreas da medicina e da odontologia, bem como a diversidade de centros radiológicos e laboratoriais aptos a prestarem, da melhor forma, os serviços desejados, impedem que se caracterize o "atendimento médico-dentário-hospitalar e laboratorial" de rotina — como o é aquele que as instituições públicas e particulares contratam para assistir seus empregados — como "serviço inédito e incomum", na feliz expressão do eminente Ministro Luís Octávio Gallotti, citada no referido parecer pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da República e acolhida no Enunciado nº 39 da Súmula de Jurisprudência desta corte. Se é de rotina, não é inédito nem incomum.

Na verdade, ao determinar os vários tipos de atendimento médico assegurados aos seus beneficiários, tais contratos sequer individualizam o profissional que prestará tal ou qual atendimento. O contrato, de norma, é celebrado com a instituição médico-hospitalar ou clínica, e não personaliza médicos ou dentistas. Não se reveste, portanto, tampouco das "características de notável singularidade no modo de prestação ou no resultado a obter, não-suscetíveis de execução senão por determinado profissional ou firma especializada, em grau incomparável com os demais", como reza a ementa, antes transcrita, do Parecer nº L-135.

É sabido que mais de uma, senão muitas instituições de assistência médica, hospitalar e odontológica estão em condições de, igualmente, prestar seus serviços em grau equivalente de qualidade. Impõe-se, portanto, o processo licitatório, não se justificando a dispensa por notória especialização, que no caso inexiste, com aquele grau de individualização que os eminentes juristas, que anteriormente examinaram a questão, estabelecem como requisito para a dispensa admitida pela letra *d* do § 2º do art. 126 do Decreto-lei nº 200/67.

A garantia do nível de qualidade mínima desejada para os serviços a serem contratados pode adequadamente ser obtida por meio de um rigoroso processo de qualificação dos licitantes, tudo e sempre nos termos do Decreto-lei nº 200/67, especialmente do item II do seu art. 131.

Assim, de acordo com as conclusões do Sr. Procurador-Geral, voto por que se conheça da consulta, para, dando-lhe resposta negativa, informar à Comissão Nacional de Energia Nuclear de que não se aplica a dispensa prevista na alínea *d*, § 2º do art. 126, do Decreto-lei nº 200/67, na contratação de serviços de atendimento médico-dentário-hospitalar e laboratorial.

TCU, Sala das Sessões, 15 de abril de 1986. — *Carlos Átila Álvares da Silva*, Ministro-Relator.

PARECER

Cogitam os autos de pedido de manifestação da egrégia corte, formulado pela Ciset/MME (cf. fls. 1), sobre a aplicabilidade do disposto na alínea *d* do § 2º do art. 126, do Decreto-lei nº 200/67, às contratações de serviços de atendimento médico-dentário-hospitalar e laboratorial, celebradas pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN).

2. A questão fora suscitada pela CNEN perante a Ciset/MME, quando pleiteava fosse ratificado o procedimento que vem sendo adotado na autarquia.

3. Alega a CNEN que "a escolha do médico, do hospital, do dentista e do laboratório para a prestação dos citados serviços é muito subjetiva e que o processo licitatório vem ferir a ética médica, além de não surtir o efeito desejado em licitação, tendo em vista a qualidade do serviço". Esclarece-se, ademais disso, que se observa, na entidade, a "contribuição gradativa do servidor, que vai de 5 a 95% do valor do tratamento, de acordo com o seu nível salarial".

II

4. A instrução do processo, a cargo da 3ª IGCE, não se mostra uniforme nas proposições que oferece ao propósito.

III

5. De um lado, o informante de fls. 4-5 e a Sra. Diretora da 2ª Divisão no parecer de fls. 10-1 estão concordes em que se conheça da consulta, para que se lhe dê resposta negativa, por falta de amparo legal. Entende-se, em síntese, que, sendo grande a oferta dos serviços em causa na cidade do Rio de Janeiro, não se justifica "a escolha discricionária de determinados profissionais ou empresa prestadora de serviços, a pretexto de suposta e notória especialização".

6. Invoca-se, a propósito, o memorável Parecer nº L-135, de 28.2.77, da douta Consultoria-Geral da República, da lavra do eminente jurista, hoje pontificando no pretório excelso, Dr. Luiz Rafael Mayer, em que se fere objetivamente a questão da dispensa de licitação por motivo de notória especialização na elaboração de projetos.

7. Arrima-se, outrossim, a instrução do processo à diretriz traçada por este Tribunal no Enunciado nº 39 de suas *Súmulas*.

8. Vale-se, afinal, para a resposta negativa à consulta em apreço, da orientação imprimida pelo colendo plenário na recomendação constante do v. *decisum* proferido no Processo TC nº 788/84 (cf. sessão de 14 de março de 1985, anexo VII da Ata nº 11/85), em que se alertava a Embratur para a estrita observância dos princípios básicos da licitação no concernente à contratação de "serviços médico-hospitalares, funerários e judiciários, prestados pela empresa Rio Clínicas Previdência Médico Social Ltda.".

IV

9. De modo diverso pensa a Sra. Inspetora-Geral, que, em seu parecer de fls. 30-1, vislumbra no Enunciado nº 39 das *Súmulas* deste Tribunal fundamento bastante para ser respondida a consulta "de modo afirmativo". Não sem reconhecer o elevado número de profissionais em cada área especializada, tem a Sra. Inspetora-Geral como "indiscutivelmente incomum" o serviço de atendimento médico-dentário-hospitalar e laboratorial, além do que, a seu ver, a relação e a escolha devem recair sobre "executor de confiança".

10. Com este raciocínio, conclui a digna titular da 3ª IGCE por que são atendidos os pressupostos que excepcionam o procedimento licitatório e caracterizam a denominada "notória especialização" de profissionais ou firmas prestadoras de tais serviços.

V

11. Os autos são presentes a esta Procuradoria, mediante a honrosa audiência do eminente Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, relator do processo, "em face das questões de direito suscitadas na presente consulta".

VI

12. Cobra relevo, para o exato enfoque da questão submetida à apreciação da egrégia corte, o fundamento jurídico que informa o precedente argüido como referência da Súmula TCU nº 39, que dispõe sobre o assunto.

13. Com efeito, na v. decisão de 17 de maio de 1973, proferida no Processo nº 10.362/73, o colendo plenário acolhia a argumentação que sustentava o então e eminente titular desta Procuradoria, o sempre insigne jurista Luiz Octávio Gallotti, que hoje empresta à mais alta corte de justiça do país o fulgor de sua inteligência e o acervo invejável de sua cultura jurídica. Temos por oportuno transcrever, neste passo, algumas lições ali hauridas, pois que as mesmas contribuem para tornar mais preciso o alcance da referida Súmula nº 39.

14. Ponderava, então, S. Exa., versando dúvida sobre dispensa de licitação para a contratação de serviços de processamento de dados relativos aos chamados "borderôs-padronizados", *verbis*:

"Forçoso é, de início, reconhecer que a contratação de serviços, diversamente do que sucede com a aquisição de bens, não está clausulada à existência de fornecedor exclusivo, como se depreende da leitura de alínea transcrita e está salientado no douto pronunciamento do saudoso Procurador Heribaldo Vieira, anexado por cópia a fls. 68-9.

IV

Mas isso não significa que se possa dar à norma permissiva da adjudicação direta do serviço a profissionais ou firmas de notória especialização uma latitude capaz de subverter a regra geral inscrita no art. 126 do Decreto-lei nº 200, segundo o qual as 'compras, obras ou serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação'.

Realmente, se bastasse a conceituação de uma empresa como de notória especialização para dispensar-se o pregão, tornar-se-ia este uma exceção e regra seria a dispensa, em favor, *v.g.*, de companhias especializadas em construções e outras atividades que comprometem o grosso das despesas públicas em serviços, como acentuado no item 6 do já aludido parecer da Assessoria Jurídica (fls. 3).

V

Assim, o verdadeiro sentido do dispositivo deve ser buscado não só na qualificação do prestador, mas na índole do contrato que, para demandar notória especialização em seu desempenho, deve ser necessariamente inédito ou incomum, o que não nos parece ocorrer, na espécie dos autos.

Não se inclui, no permissivo, a tarefa, mesmo especializada, que se tenha generalizado pelo uso, como sucede na hipótese vertente. Restringe-se a faculdade do administrador ao tipo de serviço capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade que se não possa medir pelos critérios objetivos de qualificação, inerentes ao processo de licitação.

VI

É o que inferimos da lição de Hely Lopes Meirelles, ao examinar, em notável estudo sobre licitações e contratos administrativos, a hipótese precisa da contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização:

'A dispensa, neste caso, é justificada pela subjetividade que caracteriza esses serviços e pela confiança que deve existir entre contratante e contratado' (*Revista de Direito Administrativo, 105*:19, grifo nosso."

VII

15. Não bastasse essa vertente que desaguou no Enunciado nº 39 das *Súmulas* deste Tribunal, ganham particular relevo, de igual modo, as judiciosas considerações que o eminente Ministro Ivan Luz — outro jurista que tanto dignificou esta Procuradoria, em longa e brilhante titularidade! — teve ensejo de expender no precedente invocado pela instrução do processo (cf. Processo TC nº 788/84-8, sessão de 14.3.85). Se bem que — e, talvez, por mais forte razão, por isso mesmo — se versasse, ali, hipótese de *empresa pública,* em que justificado se faz o apelo a certos "temperos" para *conciliar-se* — conforme adverte S. Exa., com a argúcia que lhe é habitual — "a liberdade contratual do direito privado por que se orienta a empresa pública e o rigor do regime de direito administrativo que a alcança", o precedente se impõe pela ênfase dada ao princípio básico da competição, "que se abre através dum edital, em que se oferecem objeto e condições várias propostos pela administração com interesse na realização de obras, serviços e compras".

16. Salientava, naquela assentada, S. Exa., em conformidade com a jurisprudência sumulada deste Tribunal, que a obediência, pelas empresas públicas, aos princípios básicos da licitação, advém, dentre outros fatores, de operarem elas com recursos públicos e de nelas se presumir um interesse, também público. Daí a necessidade de edi-

tais, por óbvio válidos, e de contratos que, deles resultando, aos mesmos estejam adequados, "para que o princípio da isonomia seja convenientemente resguardado".

17. Repetimos: se semelhante argüição é válida, oportuna e, até, imperiosa, para as empresas públicas, o será, com mais forte razão, para as autarquias, sujeitas que estão às normas de fiscalização financeira e orçamentária, *ex-vi* de expresso comando constitucional (cf. Emenda Constitucional nº 1, de 1969, § 5º do art. 70).

VIII

18. Por derradeiro, vale anotar que em recente julgado sobre as contas do Departamento de Pessoal do Ministério das Minas e Energia, relativas ao exercício de 1982, acompanhadas dos resultados de inspeção ordinária e de consulta (cf. Processo TC nº 26.606/83, sessão de 31.10.85, anexo III da Ata nº 79/85), houve por bem o colendo plenário acolher o luminoso voto do já citado e eminente Ministro Ivan Luz, que, na qualidade de relator do feito, proferia a respeito.

19. S. Exa., depois de situar, com a percuciência que todos lhe reconhecemos, a ação fiscalizatória deste Tribunal, através de auditoria operacional, com objetivos de "correição cooperativa", mas sem deixar de atentar para os aspectos que comprometem o *bom emprego* dos dinheiros públicos, a ponto de caracterizar o *uso abusivo,* "com os conectários legais decorrentes", arrematava seu lúcido e judicioso voto, com *recomendação* que merece aqui transcrita, em face da vinculação do tema e da orientação com a hipótese *sub judice*:

"1. (...)

2. Que seja recomendado ao órgão que as avenças com entidades prestadoras de serviços de assistência *médico-odontológica* revistam forma contratual, precedidos os contratos de licitação, atendidas as regras estabelecidas no Decreto-lei nº 200, de 1967."

IX

20. Em virtude das razões que informam os precedentes que consagram a prevalecente orientação deste Tribunal sobre a matéria, objeto da presente consulta, pedimos vênia para dissentir da proposição da Sra. Inspetora-Geral, pois que não vemos na hipótese dos autos motivos bastante para seguir-se rumo diverso daquele ditado pela jurisprudência da egrégia corte.

X

21. Ante o exposto, manifestamo-nos por que, conhecendo da consulta formulada às fls., o colendo plenário lhe responda negativamente quanto à incidência dos dispositivos ali argüidos na hipótese em questão.

Procuradoria, 26 de novembro de 1985. — *Francisco de Salles Mourão Branco,* Procurador-Geral.

**Reembolso Postal:**
**uma livraria em cada cidade**
**prático, rápido, seguro**