

## SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO: (IM)POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVAS HIPÓTESES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

*Por: Ana Carolina Coura Vicente Machado*

*Advogada em Curitiba. Consultora da JML Consultoria & Eventos Ltda. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada pela Universidade Federal do Paraná. Atuou na área de licitações e contratos administrativos, pelo período de cinco anos, na administração indireta do Município de Curitiba.*

Como é cediço, os Serviços Sociais Autônomos são dotados de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e não integram a Administração Pública direta ou indireta. Não obstante, essas entidades são incentivadas e subvencionadas pelo Estado mediante o repasse de contribuições parafiscais, cobradas de forma compulsória dos integrantes das categorias profissionais que representam, tendo em vista o exercício de atividades reconhecidamente de interesse público, voltadas à assistência social e à formação profissional no âmbito do setor econômico ao qual se vinculam.

Em que pese a controvertida questão acerca da natureza dos recursos recebidos por essas entidades e sua submissão a princípios e normas gerais norteadores da atividade administrativa – cujo debate foi reacendido com as recentes decisões do STF e do TCU a respeito<sup>1</sup>, o entendimento que prevalece é que as entidades integrantes do denominado Sistema “S” estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União<sup>2</sup> e devem, ao menos, observar em suas contratações um padrão de objetividade e eficiência<sup>3</sup>.

Nesse contexto, sabe-se que para contratar obras, serviços, alienar e adquirir bens essas entidades realizam, em regra, processo licitatório, como meio de obter

<sup>1</sup> Sobre o tema, confira-se: Acórdão 3554/2014/Plenário/TCU; RE 789.874/DF/STF e MS 33442 MC/DF/STF. E ainda: “O CONTROVERTIDO REGIME JURÍDICO DO SISTEMA “S” E AS RECENTES ORIENTAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL” – artigo de Julieta Mendes Lopes Vareschini, veiculado na Edição nº22 do Newsletter do Sistema “S”, disponível em [http://news.jmleventos.com.br/newsletter\\_sistema\\_s/lista.php](http://news.jmleventos.com.br/newsletter_sistema_s/lista.php).

<sup>2</sup> Por força do previsto no art. 70 da Constituição Federal/1988: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (...).”

<sup>3</sup> Consoante reconheceu a Suprema Corte no RE 789874/DF: “Por outro lado, não procede a alegação de que o só fato de serem os serviços sociais autônomos subvencionados por recursos públicos seria circunstância determinante da submissão das entidades do Sistema ‘S’ aos princípios previstos no art. 37, caput, da Constituição, notadamente no que se refere à contratação de seu pessoal. (...) Cumprir enfatizar, finalmente, que a não obrigatoriedade de submissão das entidades do Sistema “S” aos ditames do art. 37, notadamente ao seu inciso II, da Constituição, não exige dessas entidades de manter um padrão de objetividade e eficiência na contratação e nos gastos com seu pessoal. Essa exigência constitui requisito de legitimidade da aplicação dos recursos que arrecadam para a manutenção de sua finalidade social. Justamente em virtude disso, cumpre ao Tribunal de Contas da União, no exercício da sua atividade fiscalizatória, exercer controle sobre a manutenção desse padrão de legitimidade, determinando, se for o caso, as providências necessárias para coibir eventuais distorções ou irregularidades”.

propostas vantajosas e, assim, aplicar de forma econômica e eficiente os recursos recebidos, cujo procedimento, pautado, dentre outros, no princípio da isonomia, impessoalidade e legalidade, é regulamentado por normativa própria<sup>4</sup>, não se submetendo aos ditames da Lei 8.666/93, que estabelece normas gerais de licitação, aplicáveis à Administração Pública<sup>5</sup>.

Em situações excepcionais, no entanto, a realização da licitação pode ser afastada, conforme admite a própria Constituição Federal, que assim dispõe:

“Art. 37 (...)

XXI - **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifou-se)

As chamadas “contratações diretas” são legítimas, portanto, quando fundamentadas nas hipóteses de dispensa de licitação taxativamente previstas no ordenamento ou quando for impossível instaurar o processo licitatório, ante a inviabilidade fática de competição.

No que concerne às situações de dispensa de licitação, muito embora o TCU reconheça que as entidades do Sistema “S” não se submetem aos estritos termos da Lei 8.666, a Corte Federal de Contas entende que os Serviços Sociais Autônomos não podem, em seus Regulamentos próprios de licitações e contratos, estabelecer novas hipóteses de contratação direta, sem correspondência às já estabelecidas por norma geral, de competência privativa da União:

**“3. As entidades do Sistema S não podem instituir em seus regulamentos novas hipóteses de contratação direta, haja vista que a matéria deve ser disciplinada por norma geral, de competência privativa da União.**

Pedido de Reexame interposto pela Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex- Brasil) requerera, dentre outras demandas, a insubsistência de determinação do TCU que a obrigara a promover alteração de dispositivo constante em seu regulamento de licitações e contratos para adequá-lo aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da igualdade. O dispositivo em questão permite a dispensa

<sup>4</sup> Nesse sentido, estabelecem os Regulamentos de Licitações e Contratos dessas Entidades, que em sua grande maioria possuem redação bastante similar: “Art. 1º As contratações de obras, serviços, compras e alienações do S... serão necessariamente precedidas de licitação obedecidas as disposições deste Regulamento. Art. 2º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o S... e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.”

<sup>5</sup> Que, segundo o pacífico entendimento do TCU, é aplicada apenas de forma subsidiária a essas Entidades, quando seu Regulamento for omissivo ou contrariar princípios gerais aplicáveis à Administração Pública: “A exigência de que o Estatuto das Licitações e Contratos seja observado por entidades do Sistema ‘S’ pode ser justificada em duas hipóteses: ausência de regra específica no regulamento próprio da entidade ou dispositivo, do mesmo regulamento, que contrarie os princípios gerais da Administração Pública e os específicos relativos às licitações e os que norteiam a execução da despesa pública.” Acórdão 3454/2007-Primeira Câmara. No entanto, registra-se que recentemente o STF suspendeu, liminarmente, os efeitos de Acórdão da Corte Federal de Contas que determinava a aplicabilidade ao SESC da Lei nº. 8.666/93, de forma subsidiária (MS 33442 MC/DF).

de licitação ‘para a participação da Apex-Brasil em feiras, exposições, congressos, seminários e eventos em geral, relacionados com sua atividade-fim’. Contrapondo os argumentos do relator, e em consonância com o posicionamento da unidade técnica, o revisor destacou que a redação do dispositivo ‘abre ampla margem para que a entidade contrate, por dispensa de licitação, quaisquer serviços necessários a sua participação em eventos’, em afronta aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da moralidade e da publicidade. **Mencionando que a jurisprudência do TCU, de um lado, reconhece que as entidades do Sistema S não se submetem aos exatos termos da Lei 8.666/93, o revisor afirmou que, de outro lado, é pacífico que essas entidades devem obediência aos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal e no caput do art. 3º do Estatuto das Licitações, bem como ‘não podem inovar na ordem jurídica e instituir, por meio de normas infralegais, novas hipóteses de contratação direta (Acórdão 2.790/2013-TCU-2ª Câmara)’.** Voltando a atenção ao caso concreto, o revisor assinalou que a liberalidade prevista no regulamento da Apex-Brasil ‘tanto infringe os princípios que regem as contratações realizadas com recursos públicos como constitui inovação que extrapola as hipóteses de dispensa de licitação hoje já existentes’. Por fim, o revisor asseverou que a atual redação do dispositivo tem grande potencial de repercussão sobre as demais integrantes do Sistema S e sob ‘suposto argumento de que se trata de prática mais célere e eficiente, a disposição pode passar a respaldar contratações relacionadas à atividade fim de tais entidades, prejudicando a obtenção de contratações mais vantajosas e violando os princípios da impessoalidade, da moralidade e da igualdade’. Acolhendo os argumentos do revisor, o Colegiado manteve intacto o item da deliberação recorrida. Acórdão 3195/2014-Plenário, TC 005.708/2013-3, revisor Ministro Bruno Dantas, 19.11.2014.”<sup>6</sup> (grifou-se)

“3. As entidades do Sistema S não podem inovar na ordem jurídica, por meio de seus regulamentos próprios, instituindo novas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, haja vista que a matéria deve ser disciplinada por norma geral, de competência privativa da União.

Auditoria com o objetivo de analisar processos licitatórios e contratos de aquisição de bens e prestação de serviços na Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex-Brasil) – decorrente de Solicitação do Congresso Nacional para que o TCU realizasse auditoria nas despesas das entidades do Sistema S – apontou, dentre outras falhas, a existência, no Regulamento de Licitações e Contratos da entidade, de hipótese de dispensa de licitação ‘para a participação em feiras, exposições, congressos, seminários e eventos em geral, relacionados à atividade-fim’. Sobre o assunto, anotou o relator que ‘não obstante o fato de os serviços sociais autônomos não se sujeitarem aos ditames da Lei n. 8.666/1993, devem seus regulamentos próprios atender aos princípios básicos que regem a Administração Pública, dispostos no art. 37 da Constituição Federal, em especial os da impessoalidade, da moralidade e da igualdade’. Relembrou voto revisor vitorioso na prolação do Acórdão 2790/2013 – Segunda Câmara, oportunidade em que ficou assente que ‘embora não se exija a plena submissão dos entes integrantes do Sistema S à Lei n. 8.666/1993, eles não detêm competência para legislar sobre este assunto, por se tratar de matéria de lei ordinária (reserva legal segundo a vontade do legislador constituinte), de competência privativa da União, consoante o art. 22, XXVII, da Lei Maior’. Nesse passo, caracterizada a ilegalidade da inovação normativa, o relator perfilou a proposta da unidade instrutiva no sentido de se determinar à Apex-Brasil alteração em seu regulamento próprio de licitações e contratos. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, determinou à entidade que ‘promova a devida alteração no Regulamento de Licitações e de Contratos, aprovado pela Resolução/Apex-Brasil

<sup>6</sup> TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 224/2014.

n. 07/2011, de 25/10/2011, no que concerne ao permissivo constante do inciso XVIII do art. 9º, para adequá-lo aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da igualdade, ínsitos no art. 37, caput, e inciso XXI, da Constituição Federal/1988'. Acórdão 1785/2013-Plenário, TC 005.708/2013-3, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 10.7.2013".<sup>7</sup>

O TCU, sob o prisma dos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal, entende que o Sistema "S" não pode inovar na ordem jurídica, estabelecendo novas hipóteses de dispensa de licitação, tendo em vista o disposto no art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual somente a União tem competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, o que inclui as situações de dispensa.

Como bem ponderou o E. Ministro José Jorge, relator do Acórdão 3195/2014-Plenário, "(...) a licitação homenageia sobremaneira o princípio da isonomia ao assegurar igualdade de condições a todos que desejam contratar com o poder público, daí porque o legislador constituinte determinou que as exceções ao dever de licitar fossem contempladas em legislação específica (lei em sentido formal, editada pelo Congresso Nacional). Trata-se, pois, de exceção ao princípio da igualdade, exceção essa que foi legitimada pelo próprio constituinte. Em apertada síntese, o constituinte determinou que fosse observado o princípio da isonomia nas contratações envolvendo recursos públicos e ele mesmo admitiu exceções a essa regra, as quais, segundo ele, deveriam ser objeto de lei em sentido formal".

Desse modo, entende-se que a situação merece cautela por parte dos Serviços Sociais Autônomos ao pretenderem alterar seus regulamentos, no que concerne às situações de dispensa de licitação, posto que segundo o entendimento majoritário da Corte Federal de Contas estes devem guardar correspondência com o já estabelecido em lei de caráter geral sobre licitações e contratos, de competência privativa da União, ainda que os recentes debates travados no âmbito da Suprema Corte e do TCU pareçam colocar em xeque as orientações até então expendidas.

De qualquer forma, defende-se que cabe às entidades do Sistema "S", em atenção aos princípios previstos em seus próprios Regulamentos, notadamente o da isonomia, privilegiar a competitividade através da instauração, sempre que possível, de regular procedimento licitatório, a fim de assegurar igualdade de condições a todos os potenciais interessados, utilizando-se das contratações diretas apenas em situações excepcionais e em estrita consonância ao estabelecido no ordenamento.

<sup>7</sup> TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 159/2013.