



ASPECTOS POLÊMICOS DO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SISTEMA “S”

Por Julieta Mendes Lopes Vareschini¹

1. Introdução.

O regime jurídico peculiar a que estão submetidas as Entidades do Sistema “S” desperta muitas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Com efeito, basta uma rápida pesquisa no site do Tribunal de Contas da União para se constatar decisões conflitantes sobre o mesmo tema, além de serem recorrentes acórdãos que afrontam expressamente os Regulamentos de Licitações e Contratos dessas entidades.

Este artigo tem por escopo analisar alguns pontos polêmicos do Regulamento à luz das orientações do Tribunal de Contas da União, colacionando decisões tanto contrárias quanto favoráveis ao Sistema “S”, almejando-se ao final demonstrar até que ponto o respectivo órgão de controle tem cumprido seu papel na fiscalização perante os Serviços Sociais Autônomos.

2. Natureza Jurídica das Entidades do Sistema “S”.

Os Serviços Sociais Autônomos integram o denominado Sistema “S” e são conceituados por Hely Lopes Meirelles como:

¹ Sócia Fundadora do Grupo JML Consultoria & Eventos, empresa especializada no regime jurídico do Sistema S e que já capacitou mais de 30.000 profissionais na área de Licitações e Contratos. Mestre em Direito. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Ambiental. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Advogada e Consultora na área do Direito Administrativo, com ênfase em Licitações e Contratos Administrativos. Coordenadora técnica da JML Consultoria. Coordenadora e Professora do Curso de Especialização em Licitações e Contratos da UNIBRASIL. Professora do curso de Graduação em Direito da UNIBRASIL. Palestrante na área de Licitações e Contratos perante entidades da Administração Pública e Sistema S, com atuação em todo território nacional, tendo como atuação principal cursos voltados às entidades do Sistema S. Autora da obra *Licitações e Contratos no Sistema S*. 5. ed. Curitiba: Paraná, 2012. Organizadora da obra *Repercussões da Lei Complementar 123/06 nas Licitações Públicas: de acordo com o Decreto 6.204/07*. Curitiba: JML Editora, 2008. Autora de diversos artigos jurídicos, dentre os quais: *Gestão Planejada do Sistema de Registro de Preços*. In: *Diálogos de Gestão: novos ângulos e várias perspectivas*. Curitiba: JML Editora, 2013.



“Todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de **Direito Privado**, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, **sem fins lucrativos**, mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para-fiscais.

São **entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público**, com administração e patrimônios próprios (...). Embora oficializadas pelo Estado, **não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado**, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por serem considerados de interesse específico de determinados beneficiários.”² (grifos nossos).

Como se pode observar do conceito doutrinário supracitado, os serviços sociais autônomos são instituídos por lei, possuem personalidade de direito privado e não têm fins lucrativos. São paraestatais, no sentido de que atuam ao lado do Estado, mediante o desempenho de atividades não lucrativas, não integrando a Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), nem tampouco a Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas).

Infere-se, portanto, que referidas entidades não se confundem com o Estado, nem tampouco integram a estrutura deste, atuando em cooperação com o Poder Público para o desempenho de atividades de relevante interesse público.

Não se pode olvidar que tais entidades desempenham atividades de grande relevância à sociedade, atuando em áreas como educação, cultura, aprendizagem industrial, comercial e rural, cooperativismo, no fomento às microempresas e empresas de pequeno porte, dentre outras, contribuindo de forma salutar para o desenvolvimento de vários setores e para a concretização, inclusive, de direitos fundamentais sociais.

Acerca da importante atuação dos serviços sociais autônomos, cumpre colacionar doutrina de Thiago Bueno de Oliveira:

“Em apertada síntese, podemos afirmar que os serviços sociais autônomos (concepção antiga) já tiveram sua justificação fundada no dever assistencial genérico do Estado. Hoje, em sua faceta moderna (como entidades de colaboração governamental), mais do que uma atividade meramente educacional e assistencial, elas se justificam como atividades de fomento público, em que o Estado tenta promover e desenvolver uma plena aptidão técnica, física ou mental do homem para progredir no trabalho.

A lógica está na efetivação dos direitos econômicos e sociais, que ganham evidência e reforço pela instauração de um processo hermenêutico legitimado pelos princípios fundamentais e pelos direitos fundamentais, voltado à sua própria concretização. Com isto

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 346.



resguardam-se os valores juridicizados no texto constitucional, que consubstanciam o aspecto teleológico do Estado Democrático de Direito, e que se confundem com a realização da própria Constituição.

(...)

Nestes termos, os entes de colaboração governamental impactam de sobremaneira na busca do pleno emprego, na medida em que maximizam, por meio de ações concretas estabelecidas em seus objetivos institucionais, as oportunidades de emprego produtivo, seja por meio do comércio, indústria, cooperativismo, micro e pequenas empresas, transporte, agricultura e exportação, visando a justiça social e o desenvolvimento nacional.

Com efeito, verifica-se que as ações das entidades de colaboração governamental revestem-se, indubitavelmente, de elevados objetivos de ordem pública, podendo ser qualificadas como sendo benemerentes e de assistência social, na medida em que materializam a consecução do ideário consagrado no art. 203, inciso III, da Constituição Federal, ou seja, a promoção da integração ao mercado de trabalho”.³

Conforme destacado pela Controladoria Geral da União, “essas entidades, embora oficializadas pelo Estado, não integram a administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, consideradas de interesse público de determinados beneficiados. Recebem, por isso, oficialização do poder público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem, na sua manutenção, as contribuições parafiscais”.⁴

Dessa feita, por gerirem recursos decorrentes de contribuições parafiscais, de desempenharem atividades de natureza pública no interesse das categorias profissionais que representam e de possuírem inúmeros privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, tais entidades submetem-se a algumas normas públicas como, por exemplo, o dever de licitar e de prestar contas ao respectivo Tribunal.

Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal de Contas da União:

“11. Obviamente que isso não implica descuidar de regras balizadoras da ação institucional, pois embora as entidades do “Sistema S” sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado, são entes que prestam serviço de interesse público ou social, beneficiadas com recursos oriundos de contribuições parafiscais pelas quais não de prestar contas à sociedade.”⁵

³ OLIVEIRA, Thiago Bueno de. Os serviços sociais autônomos e a vedação ao retrocesso social. Revista JML de Licitações e Contratos nº. 25, dezembro de 2012, Seção Coluna Jurídica do Sistema S, p. 45.

⁴ Coletânea de Entendimentos da SFC/CGU Sobre os Principais Temas de Gestão do Sistema “S”, Brasília, 2004, p. 06.

⁵ TCU. Acórdão 7/2002 – Plenário. Min. Rel. Lincoln Magalhães da Rocha.



O dever de licitar dos Serviços Sociais Autônomos decorre do fato de administrarem verbas oriundas de contribuições parafiscais. Dessa forma, a fim de aplicar da melhor maneira possível tais recursos, devem buscar a proposta mais vantajosa e possibilitar a todos os interessados que atuam no ramo do objeto e que atendam às exigências estipuladas, igualdade de condições, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

“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”.

Em face desse comando constitucional, sobreveio a Lei nº 8.666/93 para estabelecer normas gerais de licitações e contratos administrativos. Embora as entidades integrantes do Sistema “S” estejam obrigadas a licitar, conforme já destacado, não se submetem aos estritos termos da Lei nº 8.666/93, em face da inexistência de previsão expressa no artigo 1º, parágrafo único, que elencou todas as entidades submetidas aos seus termos:

“Art. 1º – Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

Verifica-se, portanto, que a Lei não contemplou os Serviços Sociais Autônomos, o que levou o Tribunal de Contas da União a proferir a Decisão nº. 907/97, sedimentando o entendimento de que tais entidades sujeitam-se aos seus Regulamentos próprios, nos seguintes termos:

“1.1 – improcedente, tanto no que se refere à questão da “adoção” pelo SENAC/RS, da praça pública Daltro Filho, em Porto Alegre – RS, quanto no que tange aos processos licitatórios, **visto que, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.666/93, os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos na referida lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados;**” (TCU, Decisão 907/1997 – Plenário, Min. Rel. Lincoln Magalhães da Rocha).⁶ (grifos nossos)

⁶ Acerca do tema, recomenda-se a leitura da Revista JML de Licitações e Contratos: *Sistema “S” – Dever de Licitar – Não Aplicação Direta da Lei 8.666/93 – Observância de seus regulamentos*. Comentários às Decisões Paradigmas. 83/01/dez/2006.



Nessa perspectiva, as obras, serviços, compras e alienações realizadas pelos Serviços Sociais Autônomos subordinam-se aos Regulamentos dessas entidades e devem ser precedidas de licitação, conforme preceitua o artigo 1º dos respectivos Regulamentos, excetuadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas nos artigos 9º e 10 da mesma norma.

Importa destacar que ditos Regulamentos possuem regras próprias e simplificadas, sendo assim, se, num caso concreto, elas não forem suficientes para resolver dúvidas ou conflitos, deverão servir como parâmetro os princípios esculpidos no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos, e as normas gerais aplicáveis à licitação, respeitando-se, dessa maneira, o ordenamento jurídico vigente.

Tendo em vista o peculiar regime jurídico das entidades do Sistema “S”, deve o Tribunal de Contas preocupar-se em verificar mais a concretização das finalidades e dos objetivos desses Serviços Sociais do que a observância dos *estritos* procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93, aos quais não estão vinculados, conforme já asseverado.

Porém, nunca é demais frisar, o fato de não se submeterem à citada Lei não as exime do dever de respeitar os princípios constitucionais e legais atinentes às despesas públicas e ao próprio exercício da função administrativa⁷, conforme decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União:

“4. Em julgados recentes (Decisão nº 907/97 – Plenário, Decisão nº 080/98 – 2ª Câmara, Acórdão nº 023/98 – 1ª Câmara, entre outros), tem-se solidificado no TCU o entendimento, do qual compartilho, de que a fiscalização a ser exercida sobre esses entes deve-se ater mais à efetividade na concretização de seus objetivos e metas do que à observância dos estritos procedimentos da Lei nº 8.666/93, sendo permitida a elaboração de regulamentos internos de licitações e contratos com procedimentos simplificados e adequados às especificidades daquelas entidades, **obviamente respeitados os princípios constitucionais e legais aplicáveis à despesa pública.**”⁸ (grifos nossos)

Conclui-se, portanto, que os problemas relacionados à licitação e aos contratos devem ser colmatados à luz do Regulamento de Licitações e Contratos

⁷ Daniel Ferreira define função administrativa nos seguintes moldes: “o ‘dever-poder’ operativo, exercitado em nome da coletividade e concretizador dos comandos primários, gerais e abstratos contidos na norma legislativa ou, excepcionalmente, na norma constitucional”. FERREIRA, Daniel. *A função administrativa e seu regime jurídico*. Cadernos de direito nº. 6. Faculdade de Direito de Curitiba, 1999, p. 19.

⁸ TCU. Acórdão 139/1999 - Primeira Câmara. Min. Rel. Marcos Vilaça.



dos Serviços Sociais Autônomos. Não sendo este suficiente, deve-se buscar a solução nos princípios aplicáveis à matéria.

Não se pode olvidar, porém, que tem sido recorrente a interpretação do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S” à luz da Lei 8.666/93 pelo Tribunal de Contas da União, determinando a Corte, muitas vezes, a alteração de tais Regulamentos.

Assim, em que pese o próprio Tribunal de Contas da União reconhecer, em vários julgados, que os Serviços Sociais Autônomos não estão vinculados à integralidade da Lei 8.666/93 e que sua função fiscalizadora deve ser no sentido de constatar a aplicação das contribuições parafiscais para atendimento das atividades finalísticas de tais entidades, na prática, muita vezes, a Corte de Contas ultrapassa sua competência, proferindo Acórdãos passíveis de críticas.

Sob outro viés, é possível vislumbrar um amadurecimento do trabalho realizado pelo TCU em relação a alguns temas, reconhecendo-se a prevalência dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sistema “S”.

Dessa feita, o presente artigo tem por intuito analisar Acórdãos paradigmas da Corte de Contas e contribuir para reflexão acerca de temas de salutar importância para todos que militam na área.

3. Uso facultativo da modalidade pregão.

Tema que tem despertado controvérsia no âmbito do Tribunal de Contas da União diz respeito à obrigatoriedade, ou não, da adoção da modalidade pregão pelas Entidades do Sistema “S”.

Os critérios para adoção desta modalidade estão previstos no art. 5º, inciso V, do Regulamento:

“V. PREGÃO: modalidade de licitação entre quaisquer interessados para aquisição de bens e serviços, qualquer que seja o valor estimado da contratação, realizada em sessão pública, podendo ser presencial, com propostas impressas e lances verbais, ou no ambiente Internet, com propostas e lances eletrônicos, vedada a sua utilização para contratação de obras e serviços de engenharia”.

Inferese que a norma em nenhum momento estabeleceu tal modalidade como obrigatória, deixando margem de discricionariedade para que o gestor opte pela modalidade que julgar mais vantajosa em face do caso concreto.



Não obstante, em diversos julgados o TCU se manifestou pela obrigatoriedade desta modalidade para bens e serviços comuns, recomendando, inclusive, a alteração do Regulamento:

TCU - Acórdão 2244/08 – Plenário

REPRESENTAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. LICITAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. QUESTÃO SUPERVENIENTE. PREGÃO. BENS E SERVIÇOS COMUNS. OBRIGATORIEDADE. DETERMINAÇÃO.

1. As Entidades do sistema S estão obrigadas a observar os princípios gerais nos seus procedimentos licitatórios, de acordo com a Decisão 907/1997-TCU-Plenário.
2. O princípio da eficiência encontra previsão expressa na Constituição Federal.
3. A modalidade de pregão confere eficiência aos procedimentos licitatórios, traduzida em valores como economia, celeridade e transparência.
4. As Entidades do sistema "S" devem observar o princípio da eficiência; estão obrigadas, por conseguinte, a utilizar essa modalidade licitatória nas aquisições de bens e serviços comuns".
- 9.2. determinar ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte que promova a adequação do seu regulamento de licitação, no prazo de 60 (sessenta) dias, de forma a tornar obrigatória, sempre que possível, a utilização da modalidade de pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e de qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, podendo, todavia, adotar outra modalidade, mas, neste caso, desde que a escolha seja devidamente justificada;"

(...)

TCU – Acórdão 768/13 – Plenário.

9.2. recomendar ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - Administração Central que inclua, em seu Regulamento de Licitações e Contratos, dispositivos referentes:

9.2.2. à obrigatoriedade da utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e de qualidade possam ser objetivamente definidos em edital, por meio de especificações usuais no mercado, dando preferência para a forma eletrônica, exceto mediante justificativa;

Recentemente, porém, no Informativo de Licitações e Contratos de nº. 154, o Tribunal de Contas da União proferiu Acórdão (1392/2013 – Plenário) reconhecendo que os Serviços Sociais Autônomos não estão obrigados a utilizar a modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, por ausência de previsão em seus Regulamentos de Licitações e Contratos acerca da obrigatoriedade. O novo julgado foi resultado de Embargos de Declaração interpostos pelo Conselho Nacional do SESC contra o Acórdão 1751/2012-Plenário, prolatado em sede de Recurso de Revisão, que havia determinado a



adequação do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S” de sorte a tornar obrigatória a modalidade pregão para bens e serviços comuns.

Esta nova orientação do TCU, por meio do Acórdão 1392/2013 – Plenário, consubstancia, salvo melhor juízo, tese mais adequada e consentânea com o Regime Jurídico aplicável ao Sistema “S”.

Isto porque, consoante destacado, não há previsão no Regulamento acerca da obrigatoriedade da modalidade pregão. Ademais, nem mesmo as normas gerais aplicáveis ao pregão – Lei 10.520/02 – consignam tal obrigatoriedade.

A obrigatoriedade do pregão, para bens e serviços comuns, foi regulamentada pelo Decreto Federal 5.450/05, em seu art. 4º: “nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica”. Ocorre que este Decreto, à luz do disposto em seu art. 1º, parágrafo único, aplica-se tão somente “aos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União”.

Considerando que os Serviços Sociais Autônomos não integram a Administração Pública Direta, nem tampouco a Indireta e que não são controlados pela União, não estão submetidos ao Decreto Federal 5.450/05, razão pela qual não há que se falar em obrigatoriedade do pregão. Ademais, sob outro prisma, os preceitos do Decreto Federal não se enquadram no conceito de norma geral, não vinculando tais entidades.

De qualquer sorte, mesmo não sendo obrigatória, não se pode perder de vista que a modalidade pregão tem propiciado consideráveis vantagens, mormente em face da possibilidade de diminuição dos valores das propostas comerciais na etapa de lances, cabendo ao gestor sempre buscar a solução mais vantajosa à luz do caso concreto.

Nessa linha é a tese defendida em nossa obra *Licitações e Contratos no Sistema “S”*:

Não há no Regulamento nenhum dispositivo que obrigue a utilização dessa modalidade de licitação, em detrimento das demais cabíveis (concorrência e convite).



(...)

Ainda que inexistente tal obrigatoriedade, considerando a celeridade do referido procedimento, bem como a possibilidade de seleção de proposta mais econômica, em vista da fase de lances, sugere-se a preferência pela adoção dessa modalidade, sempre que possível, ou seja, sempre que se estiver diante de bens e serviços comuns.⁹

Também sobre o tema já se manifestou Edgar Guimarães:

“De uma interpretação sistemática do regulamento, denota-se inexistir qualquer dispositivo que obrigue a adoção desta modalidade de licitação em detrimento de outra qualquer, havendo, assim, uma liberdade no que diz respeito à sua utilização. Todavia, não se pode olvidar que em razão dos resultados benéficos apresentados pelo pregão, como por exemplo, celeridade, agilidade, economicidade e eficiência, é de todo recomendável a sua adoção quando o objeto a ser licitado não demandar uma análise mais detida acerca de suas eventuais especificidades técnicas”.¹⁰

Em face do exposto, é possível concluir que a posição da Corte de Contas, proferida no Acórdão 1392/13 – Plenário, corrobora tese defendida pela doutrina, por ser mais compatível com a legislação aplicável ao Sistema “S”.

4. Cautelas na realização de pesquisa de mercado.

O artigo 13 do Regulamento informa que, na fase interna da licitação, deve ser realizada uma estimativa do valor da contratação, a fim de se aferir a existência de recursos para atender à despesa, bem como a exequibilidade das ofertas apresentadas.

A correta estimativa de preços será obtida através de pesquisa de mercado. Portanto, para que se possa definir com precisão o valor da contratação; averiguar a existência de recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas; e para possuir um valor de balizamento para a análise das propostas dos licitantes é que se faz pertinente a pesquisa de mercado.

Os critérios a serem utilizados na pesquisa devem ser previamente estudados e estabelecidos, levando-se em conta as especificações do objeto, a fim de evitar a utilização de um preço que, na verdade, refere-se a objeto com especificações diversas.

⁹ Vareschini, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e Contratos no Sistema “S”*. 5. Ed. JML: Curitiba, 2012, p. 44/45.

¹⁰ Revista JML de Licitações e Contratos. A disciplina jurídica do pregão no âmbito do Sistema “S” – breves anotações. Doutrina, dezembro/2006, p. 03.



Ademais, ao realizar a pesquisa de mercado, a entidade deve considerar também a variação que ocorre em razão da qualidade do produto, do local da prestação do serviço ou entrega do bem, e o volume a ser adquirido, uma vez que quanto maior a quantidade, em regra, menor é o preço.

Sobre o tema, cumpre colacionar julgado do TCU:

“9.2.1. realize ampla pesquisa de preços de mercado, previamente às contratações efetuadas por meio de processo licitatório, dispensa ou inexigibilidade de licitação, de tal forma que essa pesquisa seja utilizada na estimativa do custo do objeto a ser contratado, na definição dos recursos necessários para a cobertura das despesas contratuais e na análise da adequabilidade das propostas ofertadas, consoante o disposto nos artigos 11 e 13 do Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema Sebrae, anexando aos processos correspondentes a documentação que comprove essa providência”¹¹;

Muito embora o Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S” não estabeleça o procedimento para a realização de pesquisa de preços, algumas entidades possuem normas internas e o próprio Tribunal de Contas da União tem exigido a consulta a, no mínimo, três empresas do ramo do objeto, anexando-se ao processo referidos orçamentos. Caso a entidade não consiga alcançar este número, diante do mercado, deve apresentar as devidas justificativas.

Deve-se constatar, também, a existência de eventual tabela oficial que regulamente os preços aplicáveis a determinados segmentos, a exemplo da tabela SINAPI, para obras e serviços de engenharia. Cumpre alertar, porém, que tais tabelas devem ser utilizadas apenas como referenciais, não afastando a necessidade de pesquisa de mercado junto às empresas do ramo.

Por fim, não se pode olvidar que, muitas empresas, quando são demandadas a apresentarem orçamentos, acabam superfaturando os valores, justamente por saberem que tal orçamento servirá de parâmetro para o preço estimado da licitação. Dessa feita, a fim de evitar falhas na estimativa do valor, é recomendável que a entidade busque também outros parâmetros em suas pesquisas (extratos de contratos publicados na imprensa oficial, atas de registro de preços, tabelas oficiais, dentre outros).

Ademais, nessa linha foi a recente orientação do Tribunal de Contas da União em Acórdão proferido para o SESCOOP:

¹¹ Acórdão 2519/05 - Primeira Câmara.



“6. A deflagração de procedimentos licitatórios exige estimativa de preços que pode ser realizada a partir de consultas a fontes variadas, como fornecedores, licitações similares, atas de registros de preço, contratações realizadas por entes privados em condições semelhantes, entre outras. No entanto, os valores obtidos por meio dessas consultas que sejam incapazes de refletir a realidade de mercado devem ser desprezados.

Auditoria no Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo –avaliou processos licitatórios e os respectivos contratos de aquisição de bens e prestação de serviços. (...) Isso porque a estimativa de preços teve como base apenas contrato semelhante firmado com outra entidade do serviço social autônomo e o valor apresentado pela contratada.

Em face dessa ocorrência, a unidade técnica sugere dar ciência ao Sescop da irregularidade apontada, por afrontar o disposto no art. 13, **caput**, do Regulamento de Licitações e Contratos daquela entidade, que exige a estimativa de valor do objeto licitado. O relator, por sua vez, endossou a conclusão adotada no âmbito da unidade técnica, visto que se deixou de observar a mencionada norma regulamentar, assim como a jurisprudência do TCU. Acentuou que descuidos na fase de planejamento da licitação podem “*comprometer a seleção de proposta vantajosa para a entidade contratante*”. E mais: “*Para a estimativa do preço a ser contratado, é necessário consultar as fontes de pesquisa que sejam capazes de representar o mercado*”.

Invocou, então, o voto condutor do Acórdão 2.170/2007 - Plenário, citado pela equipe de auditoria, que aponta fontes que podem ser adotadas: “... *pesquisas junto a fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos – inclusive aqueles constantes no Comprasnet –, valores registrados em atas de SRP, entre outras fontes disponíveis tanto para os gestores como para os órgãos de controle – a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública –, desde que, com relação a qualquer das fontes utilizadas, sejam expurgados os valores que, manifestamente, não representem a realidade do mercado*”. E também que não se identificou dano à entidade no caso examinado, nem repetição de falha desse gênero em outros processos analisados. **Acórdão 868/2013-Plenário, TC 002.989/2013-1, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 10.4.2013”.**

Infere-se que, além de exigir a consulta a fontes variadas, determinou a Corte de Contas que os orçamentos muito discrepantes, que possam comprometer a média (conduzindo à inexecuibilidade ou ao superfaturamento, conforme o caso) devem ser desconsiderados.

5. Exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta.

A habilitação é a fase do procedimento em que se verifica se o licitante possui condições para executar o objeto licitado. Quando da elaboração do instrumento convocatório, deve a entidade observar o disposto no artigo 12 do Regulamento.

Esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que estipula que somente poderão ser solicitadas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.



Portanto, deve-se verificar, em face das características do objeto, quais das exigências prescritas no artigo 12 são imprescindíveis para que a entidade avalie a capacidade e idoneidade dos licitantes em atender de modo satisfatório o interesse público almejado com a instauração do certame.

As exigências devem, assim, guardar estrita pertinência com o objeto licitado. Em razão do princípio da competitividade, somente as condições que sejam imprescindíveis para o atendimento do interesse público é que poderão estar previstas no edital.

Dentre os requisitos de habilitação, constam no art. 12 as exigências de qualificação econômico-financeira, as quais têm por escopo aferir a real saúde financeira da empresa para suportar os encargos advindos da execução do objeto. Para tanto, poderão ser solicitados:

“Art. 12. (...)

III) qualificação econômico-financeira:

- a) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, ou balanço de abertura no caso de empresa recém-constituída, que comprovem a situação financeira da empresa, através do cálculo de índices contábeis previstos no instrumento convocatório;
- b) certidão negativa de falência expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
- c) garantia de proposta, nas mesmas modalidades e critérios previstos no art. 27 deste Regulamento, que para o licitante vencedor será devolvida quando da assinatura do contrato;
- d) capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo”.

Sempre foi objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial a exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta. Com efeito, para o TCU a exigência simultânea pode restringir indevidamente a competitividade, além de afrontar o disposto no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93, que expressamente contemplou tais exigências como alternativas e não cumulativas, consoante esposado na Súmula 275:

“Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração **pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido**



mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.”¹² (grifou-se)

A interpretação dada ao artigo 31, § 2º, da Lei 8.666/93, que culminou na Súmula 275 antes reproduzida de certa forma cogente à Administração Pública, em face do controle exercido pela Corte de Contas nunca foi partilhada pela JML Consultoria, pelos seguintes argumentos:

“A interpretação sistemática que se faz desse preceito é no sentido de que a Administração pode, na contratação de objetos complexos e vultuosos e/ou que gerem obrigações futuras, exigir em instrumento convocatório como requisito de habilitação/qualificação econômico-financeira, dentre outros admitidos, capital social ou patrimônio líquido mínimo de valor equivalente a, no máximo, 10% do valor estimado da licitação; bem como a garantia da proposta prevista no inciso III do art. 31 da Lei, que é limitada a 1% do valor estimado da contratação.

(...)

Tem-se que cada uma dessas exigências possui uma finalidade específica, que todas elas possuem amparo legal e visam resguardar, cada qual a seu modo e a seu turno, à satisfação do interesse público envolvido (a obtenção de proposta vantajosa e a execução do objeto da contratação).

Assim é que o capital social ou patrimônio líquido mínimo permite aferir se os licitantes possuem saúde financeira para executar a integralidade e em bom termos o objeto; a garantia da proposta destina-se a assegurar a apresentação de ofertas sérias e a manutenção das mesmas enquanto vigentes; e a garantia contratual visa assegurar a execução do objeto em si e reparar eventuais prejuízos advindos de inadimplemento do contratado. Ademais, cada qual tem seu limite próprio.

Inconfundíveis, portanto, as exigências em exame, razão pela qual se entende crível a requisição de todas as três (capital social ou patrimônio líquido mínimos; garantia da proposta; e garantia contratual), quando necessárias em face do objeto da licitação.¹³

Nesse compasso, se para a Administração Pública o entendimento exarado pela Corte de Contas foi o da não exigência cumulativa de capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias, para as entidades do Sistema “S” foi em sentido oposto, ou seja, pela possibilidade de se exigir dos licitantes cumulativamente tanto a garantia da proposta como a exigência de capital social integralizado para fins de habilitação nas licitações.

O argumento que sustenta tal entendimento é da seguinte ordem, consoante se extrai da leitura do voto do Ministro Relator do Acórdão 2605/2012 – Plenário: o enunciado do art. 12, inc. III do Regulamento, de modo distinto da Lei 8.666/93, permite a acumulação das exigências para fins de habilitação.

¹² TCU. Súmula 275.

¹³ RJML 53/24/SET/2012.



Assim, tendo em vista que as normas gerais previstas na Lei 8.666/93 apenas são aplicadas nas licitações promovidas pelas entidades integrantes do Sistema “S” de modo subsidiário, especialmente nos casos de lacuna normativa dos seus Regulamentos, não há porque neste caso a lei federal incidir, visto que o texto normativo do Regulamento é claro ao vislumbrar tal possibilidade da cumulação das exigências para fins de qualificação econômico-financeira:

(...) 11. No tocante à exigência de prestação de garantia cumulativamente com a apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimos, a jurisprudência desta Corte firmou-se, à luz da Lei n. 8.666/1993, que a primeira providência é suficiente para assegurar o cumprimento do contrato, e de que a combinação desses requisitos cria obstáculo à participação de interessados no certame.

12. Não obstante, pondero que a exigência de capital mínimo verificada nos casos em exame encontra abrigo na alínea c do inciso III do art. 12 acima transcrito, prevalecendo sobre o estatuto das licitações, de aplicação subsidiária. Preservando o que dispõe o Regulamento, há de se verificar, em cada caso concreto, se o capital mínimo exigido guarda proporcionalidade com a totalidade do objeto licitado, ou com suas parcelas, caso prevista a adjudicação por itens. (...) ¹⁴

Pode-se dizer, então, que o TCU, deixando de lado a interpretação dada a Lei 8.666/93, de que a combinação das exigências estipuladas no § 2º do art. 31 restringiria a competição, entendeu que para as entidades do Sistema “S” é possível tal exigência de modo cumulativo, pautando-se, em uma interpretação literal do inc. III do art. 12 do Regulamento. Não obstante, nunca é demais frisar que a exigência cumulativa de capital mínimo e garantia da proposta deve ser proporcional ao vulto e/ou complexidade do objeto, tendo-se o condão de aferir se, no caso concreto, não ensejará restrição indevida à competitividade, na medida em que a Constituição Federal é clara ao somente permitir exigências que sejam necessárias à execução satisfatória do objeto.

6. Delimitação da pontuação da proposta técnica.

Em preliminar, cumpre destacar que os tipos de licitação consubstanciam-se nos critérios que serão utilizados para se constatar a vantajosidade de uma proposta em cotejo com as demais. Em outras palavras, é o critério de seleção da proposta mais vantajosa.

¹⁴ Acórdão 2605/2012 – Plenário



Nesse sentido, é o tipo de licitação que estipula o que deverá preponderar no julgamento do certame, se o preço, a técnica ou a conjugação de ambos.

Conforme prevê o artigo 8º do Regulamento, os tipos de licitação são: menor preço, técnica e preço e maior lance ou oferta. A regra é que a licitação seja processada pelo critério de menor preço, cogitando-se a utilização da técnica e preço apenas nas hipóteses prescritas no § 1º: “O tipo de licitação técnica e preço será utilizado preferencialmente para contratações que envolvam natureza intelectual ou nas quais o fator preço não seja exclusivamente relevante, e, neste caso, desde que justificado tecnicamente”.

Infere-se que o tipo técnica e preço deve ser utilizado para contratações que envolvam natureza intelectual ou nas quais o fator preço não seja exclusivamente relevante. Saliente-se que a adoção deste tipo de licitação requer justificativa técnica, consignada no processo administrativo respectivo.

Sobre o tema, cumpre colacionar Acórdão do TCU:

“12. Impõe-se, portanto, investigar o alcance desses comandos normativos. Entendo, inicialmente, incorreto o possível argumento de que o termo “preferencialmente” pode servir para justificar a extensão desse tipo de licitação a qualquer objeto, pois tal entendimento implicaria o reconhecimento de ineficácia da norma sob exame. Também há de ser mitigado, restringido, o alcance da expressão “nas quais o fator preço não seja exclusivamente relevante”, visto que o aspecto qualitativo, mesmo nas hipóteses clássicas de licitação do tipo menor preço, sempre é considerado. Todo e qualquer objeto deve ser prestado com qualidade mínima.

13. Considero, portanto, possível depreender desses comandos normativos que **as licitações do tipo técnica e preço conduzidas pelo SEBRAE são direcionadas às hipóteses em que haja envolvimento de questões de evidente natureza intelectual.** Exemplos dessas atividades são a prestação de consultoria e a realização de projetos.”¹⁵

Portanto, a entidade utilizará este tipo de licitação quando as análises da técnica e do preço forem imprescindíveis para a escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público.

Nessa hipótese, faz-se necessária a fixação no instrumento convocatório dos pesos e critérios que serão considerados para a pontuação da proposta técnica e da proposta comercial.

Os critérios de julgamento são especificados em função de determinados fatores, ou seja, são considerados como os pontos e pesos atribuídos aos quesitos

¹⁵ Acórdão 2032/05 – Plenário.



a serem auferidos, como preço, experiência anterior, rendimento, metodologia, recursos e materiais utilizados, entre outros. O administrador possui discricionariedade para escolher estes fatores a serem adotados, mas essa escolha deve ser justificada.

Com efeito, o Regulamento não determina quais são os fatores técnicos a serem considerados, cabendo, portanto, ao edital regulamentar a questão. Apenas a título exemplificativo, cumpre citar os parâmetros relacionados pela Lei 8.666/93, em seu art. 46, § 1º: “a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução”, os quais devem ser estipulados de acordo com o objeto da licitação.

Nesse tipo, deve o edital informar os critérios pontuáveis e a fórmula matemática para a aferição da média ponderada dos licitantes, considerando-se as propostas técnicas e de preços apresentadas, proferindo-se a ordem de classificação de acordo com o resultado da conjugação desses fatores.

Em face dos princípios preconizados no art. 2º do Regulamento, as propostas técnicas devem ser julgadas a partir de parâmetros objetivos, sendo, muitas vezes, difícil delimitar no edital tais critérios objetivos para se aferir a qualidades dos serviços intelectuais. Ainda que se reconheça essa dificuldade, o Tribunal de Contas da União tem sido rigoroso acerca desta questão, proibindo que a Comissão de Licitação tenha margem de liberdade na atribuição da respectiva pontuação. Assim, é vedado o estabelecimento de margem de pontuação, por exemplo, entre 0 e 10, sem delimitar os critérios que serão utilizados para se atribuir 1, 3 ou 10, por exemplo. Sobre o tema, manifestou-se o Tribunal de Contas da União:

“4. A falta de estipulação de critérios para a gradação das notas de propostas técnicas, em licitações do tipo técnica e preço promovidas pelo Sesc e Senac, viola os princípios da igualdade e do julgamento objetivo das propostas

Auditoria no Serviço Social do Comércio – Sesc e no Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac avaliou a regularidade de processos licitatórios e de contratos de aquisição de bens e prestação de serviços. Entre as supostas irregularidades identificadas pela equipe de auditoria, destaque-se a falta de explicitação da maneira pela qual se daria a gradação das notas dos quesitos que integram as propostas técnicas, em editais de



licitação do tipo técnica e preço. O edital da Concorrência Senac 01/2010, que teve por objeto a contratação de serviços de programa de rádio, estipulou os seguintes quesitos de avaliação das propostas técnicas: 'Capacitação', de 0 a 3 pontos; 'Experiência', de 0 a 3 pontos; 'Recursos Técnicos', de 0 a 1 ponto; e 'Produção de Programa', de 0 a 3 pontos. Observou a equipe, porém, que o edital não fixou a gradação de pontos que permitisse identificar os motivos que levariam dada licitante a obter, por exemplo, no quesito 'Experiência', a pontuação 0, 1, 2 ou 3. Não foram estabelecidas, no edital, regras *"para o aumento ou diminuição gradual da pontuação"*. Ressaltou a relevância de tal omissão, em face especialmente da possibilidade de desclassificação da proposta, por insuficiência técnica, se a licitante obtivesse nota inferior a 0,5 ponto em qualquer dos quesitos. E concluiu: a fixação deficiente de regras nos editais desses certames, dada a ausência de critérios para a gradação das notas das propostas técnicas, conferiu *"elevada carga de subjetividade aos avaliadores, colocando em risco a lisura do procedimento e possibilitando eventual direcionamento na contratação e a não seleção da proposta mais vantajosa"*. Contrariou, também, *"o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal/88 e os princípios da igualdade e do julgamento objetivo, mencionados no art. 2º do Regulamento Senac 845/2006"*. O relator endossou a análise empreendida pela unidade técnica. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu determinar ao Sesc e ao Senac que: *"estabeleçam critérios específicos para a gradação das notas técnicas em certames do tipo técnica e preço, de forma a evitar a ocorrência de subjetividade no julgamento das propostas, eis que tal circunstância atenta contra o princípio da isonomia e da igualdade"*. **Acórdão 769/2013-Plenário, TC 032.966/2012-1, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 3.4.2013**".

Em face do exposto, é possível concluir que o edital deverá estabelecer os critérios pontuáveis da proposta técnica, deixando claro os fatores que serão analisados pela Comissão de Licitação para atribuição de cada ponto, vedando-se o julgamento subjetivo, por força dos princípios esculpidos no art. 2º do Regulamento (mormente os da isonomia, impessoalidade e do próprio julgamento objetivo).

7. Vedação no edital de participação de empresas com sócios em comum.

Em importante Acórdão (526/2013 - Plenário) o TCU discorreu acerca de cláusulas editalícias que restringiriam a competitividade dos certames realizados pelos Serviços Sociais Autônomos, dentre elas destaca-se a vedação à participação de empresas que possuem sócios em comum. Desde já, deixa-se assente que o Tribunal de Contas considerou irregular tal exigência nos instrumentos convocatórios relativos às licitações na modalidade concorrência e fixou as hipóteses de seu cabimento, conforme se verá adiante.



De plano, convém esclarecer que não há no ordenamento jurídico vigente, tanto nos Regulamentos do Sistema “S” como na própria Lei nº 8.666/93¹⁶, dispositivo legal que estabeleça regras específicas acerca da participação de empresas que possuem sócios comuns nas licitações públicas. Em virtude disso, mais do que salutar o entendimento exarado pelo TCU no Acórdão em comento.

Além disso, não se pode olvidar que a personalidade das pessoas jurídicas não se confunde com a de seus sócios, de sorte que, possuindo personalidade própria e autônoma, a sociedade empresária (pessoa jurídica) é titular de direitos e obrigações independentemente das pessoas de seus sócios.

A rigor, portanto, o fato de empresas diversas possuírem sócios comuns, não tem o condão de inviabilizar a participação destas nos certames licitatórios. Isso porque, sob o ponto de vista jurídico, os deveres e as obrigações assumidos pelas pessoas jurídicas são a elas cabíveis, independentemente das pessoas dos sócios que as comandam.

Ao examinar a questão em análise, Marçal Justen Filho estabelece que:

“Uma questão que tem merecido discussão acentuada relaciona-se com a participação numa mesma licitação, por meio de consórcios distintos, de empresas integrantes de um mesmo grupo de fato. A hipótese verifica-se quando existirem vínculos de natureza societária entre empresas participantes de consórcios diversos disputam uma mesma licitação.

Adota-se o entendimento de que essa solução não deriva diretamente do texto legislativo. Se essa fosse a intenção legislativa, outra teria sido a redação adotada para o dispositivo. Somente se pode adotar essa solução por meio da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, superando-se a distinção subjetiva inerente à titularidade de personalidades jurídicas próprias e autônomas.

Não se contraponha que a existência de vínculos de controle acarretaria a atuação concertada das duas empresas para frustrar a competitividade. Esse raciocínio é improcedente, eis que se funda num pressuposto defeituoso. O problema fundamental exposto no argumento consiste na atuação concertada entre duas empresas. Ora, esse tipo de conduta não está adstrita à existência de vínculos societários entre duas sociedades. Trata-se de uma questão de fato, não de direito. Duas empresas não vinculadas entre si por relações societárias podem compor-se de modo reprovável para frustrar a competitividade de uma licitação. Isso deverá ser reprimido. Não existe qualquer fundamento para presumir que duas empresas atuariam de modo reprovável simplesmente pela existência de vínculo societário entre elas. É evidente que o vínculo societário pode incrementar o risco, mas também é perfeitamente cabível que sejam adotadas providências destinadas a evitar riscos dessa ordem.

¹⁶ A Lei 8.666/93 aplica-se subsidiariamente às Entidades do Sistema “S”, nos casos em que o Regulamento da Entidade é omissivo ou diverge das disposições daquela Lei.



Também não caberá afirmar que as empresas vinculadas societariamente adotariam condutas destinadas a beneficiar uma dentre elas. Essa prática é expressamente reprimida pela Lei das S.A, tanto na dimensão do exercício do poder de controle como no tocante ao desempenho da atividade dos administradores (art. 245), que apenas admite a solução quando houver um grupo chamado 'de direito' – aquele que se estrutura mediante uma convenção grupal, hipótese extremamente rara na prática brasileira (art. 265)" (Grifou-se).¹⁷

Infere-se, de vários julgados do TCU, que o principal argumento para não estabelecer restrições à participação na modalidade concorrência nos instrumentos convocatórios é a falta de norma disciplinando o tema, combinado com o fato de que o art. 37, da Constituição de 1988, no seu inciso XXI, fixa expressamente a proibição de quaisquer exigências não previstas em lei que possam frustrar a competitividade do certame.

No Acórdão 2.528/2011 – do Plenário, ratificou-se o entendimento do TCU no sentido de ser possível a participação de empresas com sócios em comum nas licitações realizadas sob **a modalidade concorrência**:

"VOTO. (...). 21. No que se refere a não observância, na Concorrência nº 02/2008, da composição societária nos documentos de habilitação das empresas MHC Construtora e Planel-Lorenzoni Construtora, considerando que o exame dos citados documentos comprova que ambas pertencem à sócia Norma Aparecida Abucater Lorenzoni, **há que se registrar que em recente deliberação esta Corte ratificou entendimento de que não há vedação legal para a participação, em concorrências, de empresas com sócios em comum, devendo, entretanto, tal informação ser confrontada com outras no decorrer do processo licitatório.**" (Grifou-se).¹⁸

Já na modalidade pregão a situação é um pouco diversa, de acordo com o TCU, deve-se ter mais cautela, visto que a participação de empresas de um mesmo grupo econômico pode frustrar a oferta de lances entre os licitantes. Assim, diante do caso concreto, pode ocorrer prejuízo aos princípios da competitividade e isonomia da licitação.

No caso abaixo, a Corte de Contas manifestou-se pela ilegalidade da participação de sócios em comum, visto que no pregão as empresas têm a possibilidade de alterarem suas propostas e, por isso, é possível que empresas com sócios comuns possam atuar em conluio na etapa de lances com o escopo de

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 576-577.

¹⁸ TCU. Acórdão 2528/2011. Plenário.



afrontar a competitividade, hipótese que não se vislumbra, a princípio, na modalidade concorrência.

“(…) 3.2. Empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de determinada licitação. (…). 68. Em tese, não há motivo aparente que justifique esse tipo de ocorrência. Na realidade, o que há é uma **possibilidade de favorecimento mútuo entre as empresas envolvidas**. Ora, se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação. Nesse sentido, a prática de conluio entre licitantes tem sido amplamente condenada por este Tribunal, a exemplo dos julgados consignados nos Acórdãos 2.143/2007-TCU-Plenário e 1.433/2010-TCU-Plenário, que declararam a inidoneidade das empresas envolvidas e aplicaram multas aos gestores coniventes com a situação.

69. Como consequência desse tipo de comportamento, é possível que existam empresas atuando como "coelho", ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração.”¹⁹ (Grifou-se).

Em outra oportunidade, o Tribunal de Contas explicitou aquelas situações nas quais julgou irregular a participação de empresas com sócios comuns:

“3.5. Do exposto, temos que a legislação que regula a realização de procedimentos licitatórios não veda explicitamente a participação de empresas com sócios em comum. Todavia, este Tribunal já considerou irregular a participação de empresas com sócios comuns em licitações nos seguintes casos:

- a) quando da realização de convites;**
- b) quando da contratação por dispensa de licitação;**
- c) quando existe relação entre as licitantes e a empresa Responsável pela elaboração do projeto executivo;**
- d) quando uma empresa é contratada para fiscalizar o serviço prestado por outra, cujos sócios sejam os mesmos.**

61. Assim, o argumento apresentado pelo MP/TCU de que o registro de recebimento de arquivos que, embora assinados por licitantes distintas, indicam terem sido salvos no mesmo diretório de um mesmo computador, fazendo concluir que a participação dessas empresas no certame, por terem sócios em comum, indicaria fraude ao procedimento licitatório, não deve ser acolhido, propondo-se o acatamento das razões de justificativa do Sr. Josemar Salviano da Silva quanto a este tópico”²⁰. (Grifou-se).

Importa destacar que a proibição à participação de empresas com sócios comuns na modalidade convite, em que pese não haver vedação legal, se deve ao fato de que nessa modalidade não há ampla publicidade, sendo que nas demais “os requisitos de publicação e qualificação destas últimas asseguram maior

¹⁹ TCU. Acórdão 1793/2011. Plenário.

²⁰ TCU. Acórdão 3.772/2012. Segunda Câmara. No mesmo sentido é o Acórdão paradigma 297/2009.



competitividade. Basta lembrar que o convite admite o endereçamento da carta-convite a possíveis interessados, no mínimo de três²¹, e afixação no quadro de avisos para conhecimento de demais interessados. Assim, a remessa de convite apenas a empresas do mesmo grupo, ou apenas àquelas que têm potencial capacidade de se habilitarem, fere de morte o princípio da competitividade, bem como os demais inseridos no art. 3º da Lei nº 8.666/93”.²²

Na mesma linha foi a orientação do TCU em Acórdão específico ao Sistema “S”:

“21. A respeito da participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação, vale frisar que nem os regulamentos próprios das entidades nem a Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação. A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes.

22. De acordo com o precedente do Acórdão n. 297/2009 - Plenário, a participação simultânea de empresas com sócios comuns num mesmo certame configuraria irregularidade nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

23. Nos Processos ns. 10.491/2009 e 10.702/2011, cujos editais continham cláusula de vedação de participação simultânea, não constou o enquadramento em nenhum dos quatro casos indicados no item anterior tampouco foram apontados indícios de conluio ou fraude.

24. Conquanto haja notícias nos autos de que Sesi e Senai não mais incluam em seus editais cláusula com tal conteúdo restritivo, vale lembrar que, no voto condutor do Acórdão n. 2.341/2011, ao tratar dessa matéria, restou consignado que a vedação a priori, carente de fundamento na legislação aplicável, para impedir, sem uma exposição de motivos esclarecedora ou outros indícios de irregularidades, que empresas participassem do certame, fere, sem sombra de dúvidas, os princípios da legalidade e da competitividade, a que estão sujeitas as entidades do Sistema S. (Acórdão 526/2013 – Plenário do TCU)

Portanto, em face da lacuna normativa existente nos Regulamentos de Licitações e Contratos das entidades do Sistema “S”, compreende o TCU que deve ser feita uma interpretação teleológica do princípio da igualdade de condições dos participantes do certame, e por isso, a restrição à participação de empresas que tenham sócios em comum apenas deve ocorrer nas hipóteses expressamente mencionadas no referido julgado ou, ainda, quando restar comprovado conluio ou afronta à competitividade e sigilo das propostas.

²¹ Sendo esse número de cinco para as Entidades do Sistema “S”.

²² TCU. Acórdão 266/2006. Plenário.



Nessa esteira, segundo o voto do relator a proibição da participação simultânea de empresas com sócios em comum pode ocorrer nas hipóteses de a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

Veja, portanto, que as circunstâncias de cada caso concreto é que justificarão a legalidade/viabilidade de empresas com sócios em comum participarem de um mesmo processo licitatório. Nas hipóteses não abarcadas pela vedação prevista no Acórdão, a exemplo da concorrência e do pregão, deve-se, no entanto, ter a cautela de constatar se não houve conluio ou fraude por parte das empresas, situação que deverá ensejar a instauração de processo administrativo para exclusão das empresas do certame e aplicação de penalidades.

8. Conclusões.

Conforme destacado no início deste trabalho, considerando o Regime Jurídico peculiar dos Serviços Sociais Autônomos, e por adotarem regulamentos próprios de Licitações e Contratos, a interpretação de tais normas, muitas vezes, induz a divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

O próprio Tribunal de Contas da União possui diversos Acórdãos conflitantes sobre o mesmo tema, além de, reiteradamente, interpretar os Regulamentos de Licitações e Contratos do Sistema “S” à luz da Lei 8.666/93.

Dessa feita, o objetivo deste estudo foi sinalizar alguns julgados pertinentes à interpretação do Regulamento pelo TCU, com o escopo de auxiliar aqueles que diariamente se deparam com as controvérsias advindas da aplicação de tais normas.