

Proc. TC-016.691/2007-6
PRESTAÇÃO DE CONTAS SIMPLIFICADA

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator

Estando o presente processo na pauta de julgamento do Plenário do dia 25 de maio, solicitei vista na forma do art. 112 do Regimento Interno.

O que me motivou a requerer vista do feito foi a necessidade de melhor refletir sobre o impacto de recentes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do próprio Tribunal de Contas da União na atual compreensão da legislação vigente, à luz da mutação da interpretação das normas constitucionais aplicáveis às entidades que integram o chamado Sistema S, nos termos emanado da Corte Constitucional do país.

Aliás, essa mesma fonte de reflexão me impulsionou a oferecer representação junto ao Tribunal de Contas da União no intuito de incitar a Corte de Contas a determinar às instâncias técnicas e consultivas da Secretaria do Tribunal a realização de estudos aprofundados acerca do papel do Controle Externo sobre os Serviços Sociais Autônomos, de modo a prevenir a ocorrência de decisões conflitantes, em prol da segurança jurídica e da busca da máxima eficiência na atuação do controle sobre as entidades do referido sistema.

E, por sua vez, a matéria de fundo que embasa a representação (autuada sob o nº TC-016.022/2016-5) que dirigi ao TCU foi exemplificada pela discussão que ora vem sendo travada no âmbito deste TC-016.691/2007-6, atualmente em fase de apreciação de recurso de revisão.

Após debruçar-me com maior acuidade sobre o tema e pedindo vênias à unidade técnica, considero que novas luzes devem iluminar o encaminhamento a ser conferido ao recurso de revisão intentado pelo Serviço Social do Comércio – Administração Regional no Estado de São Paulo (Sesc/SP), no sentido do conhecimento e provimento do recurso extremo.

Insurge-se o recorrente contra o item 9.3.1 do Acórdão nº 3871/2011-2ª Câmara, com a redação dada pelo Acórdão nº 2790/2013-2ª Câmara (proferido em sede de recurso de reconsideração), com o seguinte teor:

“9.3.1. proceda à realização de procedimento licitatório para a contratação de serviços advocatícios, abstendo-se de prorrogar a vigência dos contratos de prestação de serviços advocatícios nºs 1379, 1416 e 1484;”

A Serur, em instrução de peça 57 propõe o não conhecimento do recurso de revisão, tendo em conta que a documentação nova apresentada pelo recorrente a título de preenchimento do requisito específico de admissibilidade consistiu em acórdão do próprio TCU.

Até concordo que a existência de um posterior julgado do Tribunal que adote entendimento diverso do julgado contra o qual se recorre não se mostra viável para justificar a

admissibilidade de recurso de revisão, sob pena de tornar infundável a discussão do caso concreto anteriormente julgado.

Todavia, precedente da Corte de Contas que admitiu a apresentação de decisões judiciais como documento novo e eficaz para admitir recurso de revisão pode ser aplicado ao presente caso. Refiro-me ao Acórdão nº 536/2016-Plenário, em que, apesar da independência das instâncias judicial e de controle externo, recurso de revisão foi conhecido e provido para desconstituir acórdão do TCU que se revelou incompatível com o deliberado em sede judicial.

Voltando ao presente processo, embora o recorrente não tenha expressamente se referido à decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 789.874 para qualificá-la como documento novo com eficácia sobre os elementos que guiaram a decisão recorrida, ele juntou outro acórdão do TCU (Acórdão nº 3554/2014-Plenário) que se vale da decisão do STF como elemento de convicção e de fundamentação para asseverar a não submissão das entidades do Sistema S aos ditames do regime jurídico de direito público.

A relevância e a densidade da discussão acerca da natureza das entidades que integram o Sistema S e os limites da atuação do controle sobre elas – ponto que será mais aprofundando no decorrer deste parecer – legitimam, a meu ver, o aproveitamento dessa recente jurisprudência do STF (citado expressamente no acórdão do TCU trazido pelo recorrente) como elemento novo apto a amparar o conhecimento do recurso em causa, ainda que em caráter excepcional.

Embora uma maior amplitude das reflexões que entendo deva o TCU empreender quanto à forma de se conferir maior segurança jurídica e efetividade do controle sobre a gestão das entidades do Sistema S esteja sendo levada a cabo no âmbito da representação que consubstancia o TC-016.022/2016-5, considero que, no que tange ao presente processo, a adequação da determinação veiculada pelo item 9.3.1 do Acórdão nº 3871/2011-2ª Câmara (com a redação dada pelo Acórdão nº 2790/2013-2ª Câmara) ainda merece ser discutida, comportando adentrar-se no mérito do recurso de revisão.

Passo, portanto, a comentar as jurisprudências do STF e do TCU aludidas no início deste parecer, a título de prolegômenos ao desfecho que pretendo sugerir para a apreciação do recurso sob exame.

Refiro-me inicialmente ao acórdão proferido pelo STF no RE 789.874-DF (Sessão de 20.08.2014), com repercussão geral, assim ementado:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA ‘S’. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE. NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF).

1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema ‘S’, vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho –SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (Grifos e sublinhados acrescidos).

Destaquei da ementa acima os elementos que, no meu entendimento, são os vetores que devem conduzir a discussão acerca da obrigatoriedade dos órgãos do Sistema S sindical submeterem-se aos regramentos da licitação pública.

É certo que o próprio Tribunal de Contas da União já espousa o entendimento de que nessas matérias, o Sistema S deve seguir seus regulamentos próprios para a realização de suas compras e serviços, bem como deve realizar seleção pública de seus quadros, observando os princípios gerais definidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Uma primeira observação do entendimento do TCU a respeito do tema e do deliberado pelo STF no julgado acima permitiria, a princípio, a conclusão de que as posições da Corte de Contas e da Corte Constitucional não são colidentes.

No entanto, vislumbro nessa recente decisão do STF e, notadamente no voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Teori Zavascki, uma inclinação a conferir aos Serviços Sociais Autônomos **um maior arejamento em sua gestão**, desembaraçando-os de um controle de rigidez regulamentar que o TCU estaria propenso a realizar, e conferindo especial ênfase à autonomia desses entes, **cabendo ao controle externo passar a exercer um controle essencialmente finalístico sobre seus resultados institucionais**.

Ressalto a seguir alguns trechos do voto que conduzem a essa minha reflexão:

“Atendidos os demais requisitos formais de admissibilidade e tendo sido reconhecida a repercussão geral da matéria, não há óbice ao exame do mérito recursal, que consiste, em essência, em saber se procede a alegação do recorrente de que, ao defender a aplicação do art. 37, II, da Constituição às entidades do chamado Sistema ‘S’, ‘somente o fato de ser subvencionado por verbas públicas é suficiente para exigir a contratação de empregados por meio de processo seletivo, com critérios objetivos’.

[...]

Presentes no cenário brasileiro desde a década de 1940, as entidades integrantes do denominado Sistema ‘S’ resultaram de iniciativa estatal destinada a desenvolver a prestação de certos serviços de elevado valor social. Conferiu-se a entidades sindicais dos setores econômicos a responsabilidade de criar, organizar e administrar entidades com natureza jurídica de direito privado destinadas a executar serviços de amparo aos trabalhadores. Como fonte financiadora desses serviços, atribuiu-se às empresas vinculadas a cada um dos setores econômicos envolvidos a obrigação de recolher uma contribuição compulsória, incidente sobre suas folhas de pagamento.

[...]

Presente esse quadro normativo, pode-se afirmar que os serviços sociais do Sistema ‘S’, vinculados às entidades patronais de grau superior e patrocinados, basicamente, por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, receberam, tanto da Constituição Federal de 1988, como das legislações que os criaram, inegável autonomia administrativa, limitada, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, de aplicação dos recursos recebidos.

As características gerais básicas desses entes autônomos podem ser assim enunciadas: (a) dedicam-se a atividades privadas de interesse coletivo cuja execução não é atribuída de maneira privativa ao Estado; (b) atuam em regime de mera colaboração com o poder público; (c) possuem patrimônio e receita próprios, constituídos, majoritariamente, pelo produto das contribuições compulsórias que a própria lei de criação institui em seu favor; e (d) possuem a prerrogativa de autogerir seus recursos, inclusive no que se refere à elaboração de seus orçamentos, ao estabelecimento de prioridades e à definição de seus quadros de cargos e salários, segundo orientação política própria.” (Grifei).

Cumpre aqui destacar a ênfase que o relator confere, em seu voto, à natureza e origem dos recursos que mantêm os serviços sociais autônomos do sistema S sindical, fazendo a distinção

entre esses e outros serviços sociais que auferem seus recursos não das contribuições de determinado grupo econômico, mas sim, diretamente do orçamento da União:

“Bem se vê, portanto, que ao contrário dos serviços autônomos do primeiro grupo, vinculados às entidades sindicais (SENAC, SENAI, SEST, SENAT e SENAR), os do segundo grupo (APS, APEX e ABDI) não são propriamente autônomos, pois sua gestão está sujeita a consideráveis restrições impostas pelo poder público, restrições que se justificam, sobretudo, porque são financiadas por recursos do próprio orçamento federal.”

Avançando em sua argumentação, o Ministro Teori Zavascki – e aqui se encontra a resposta à indagação dos efeitos do julgado do STF na questão da obrigatoriedade ou não dos órgãos do Sistema S realizarem procedimentos licitatórios – utiliza-se de um precedente da Corte Suprema em que se concluiu pela não aplicabilidade da regra do inciso XXI do art. 37 da CF, para estender o mesmo entendimento quanto à não obrigatoriedade dessas entidades também se sujeitarem ao inciso II do mesmo artigo:

“Estabelecido que o SEST, assim como as demais entidades do Sistema ‘S’, tem natureza privada e não integra a Administração Pública, direta ou indireta, a ele não se aplica o inciso II do artigo 37 da Constituição. No julgamento da ADI 1864, Min. Joaquim Barbosa, DJe 2/5/2008, tratando sobre lei do Estado do Paraná que criou o serviço social Paranaeducação, o Tribunal decidiu o seguinte, a propósito da aplicação do art. 37, II, da CF:

‘A Constituição Federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO.’

[...]

Mutatis mutandis, esse mesmo entendimento deve ser adotado em relação ao SEST e às demais entidades do Sistema ‘S’, que, conforme já enfatizado, são entes autônomos privados, não vinculados à Administração Pública.

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. Tal relação de causa e efeito, além de não prevista em lei e nem ser decorrência de norma ou princípio constitucional, jamais foi cogitada para outras entidades de direito privado que usufruem de recursos públicos, como as de utilidade pública declarada, as entidades beneficentes de assistência social e mesmo as entidades sindicais, também financiadas por contribuições compulsórias.

[...]

***Cumprе 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 exime essas 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.”** (Grifos meus).*

Vê-se, da parte final do parágrafo acima, que embora Sua Excelência – seguida da unanimidade do Plenário do STF – tenha enfaticamente afastado a aplicabilidade do art. 37 da Carta Magna ao Sistema S, não deixou de registrar que eles devem manter um padrão de objetividade e eficiência em seus gastos, o que deve ser fiscalizado pelo TCU.

Efetivamente, novos ventos sopram sobre o que se deve entender como a forma de atuação do Tribunal de Contas da União sobre as entidades aqui em discussão.

Parece-me que o STF está a sinalizar para um modelo de maior flexibilidade das instituições que compõem o Sistema S e a exigir não um controle de mero procedimento, mas sim de fiscalização da eficiência institucional das relevantes atividades por ele desenvolvidas. Autoriza-se assim, um maior grau de liberdade nas ações dos serviços sociais autônomos, livrando-os de um engessamento administrativo, e, em contrapartida, enfatiza-se um aprofundamento da avaliação da efetividade dos resultados obtidos.

Nessa quadra, merece continuidade o exame de outros julgados em que é questionada a própria natureza dos recursos que irrigam as entidades em questão.

Refiro-me ao ACO 1953 AGR/ES (agravo regimental na ação civil originária), Relator o Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 18/12/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe de 19/02/2014:

“Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - SUPOSTA IRREGULARIDADE NA APLICAÇÃO DE RECURSOS POR ENTE SINDICAL E SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DIRIMIR O CONFLITO – SÚMULA 516 DO STF - ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. I - O SENAI, a exemplo do Serviço Social da Indústria – SESI, está sujeito à jurisdição da Justiça estadual, nos termos da Súmula 516 do Supremo Tribunal Federal. Os serviços sociais autônomos do denominado sistema “S”, embora compreendidos na expressão de entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, definidos como entes de colaboração, mas não integrantes da Administração Pública. II - Quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos perde o caráter de recurso público. Precedentes. III - Seja em razão da pessoa, seja em razão da natureza dos recursos objeto dos autos, não se tem por justificada a atuação do Ministério Público Federal, posto que não se vislumbra na hipótese a incidência do art. 109 da Constituição Federal. IV- Agravo regimental a que se nega provimento.”

E, outra decisão que posso citar, dessa feita não mais do STF, mas do próprio TCU, é o Acórdão nº 3.554/2014-TCU-Plenário, trazido pelo recorrente como argumento central de seu recurso de revisão, em que a Corte de Contas, aferindo a aplicação da Lei 10.101/2000 (participação dos trabalhadores nos lucros e resultados) ao Sistema S sindical, concluiu que é possível a esses entes a possibilidade de aplicação da referida lei aos seus empregados, respeitados os princípios postos no Acórdão 519/2014-Plenário.

Entre outros lúcidos e eruditos argumentos, o Relator da deliberação mencionada, Ministro Aroldo Cedraz, fez instigante estudo de cunho constitucional a respeito da natureza dos recursos auferidos pelo Sistema S sindical, asseverando que o art. 240 da Constituição Federal, ao afastar a incidência do art. 195 (regramento da seguridade social e das fontes que a mantém), estabelece de um só lance que as entidades abrangidas por esse sistema são entidades privadas e não são financiadas pela sociedade através de contribuições sociais dos empregadores. Conclui, então, Sua Excelência, que se não são contribuições sociais dos empregadores, só podem ser contribuições sindicais, cuja natureza é aquela de que cuida o art. 8º, inciso IV, da Carta Maior.

Assim dispõe o art. 240 da CF:

“Art. 240. Ficam ressaltadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.”

Para concluir, e em apoio à minha tese de que o TCU necessita repensar seu papel no controle dos Serviços Sociais Autônomos, recupero ainda do Voto condutor do Acórdão nº 3.554/2014-Plenário, as seguintes e incisivas passagens:

“17. Relembro de passagem de meu Voto, no qual falei de nossa tentação publicista de declarar a autonomia e a liberdade de auto-gestão do Sistema, falando da inaplicabilidade de normas como a Lei 8.666/1993, averbando, contraditoriamente, que o Sistema só está submetido aos princípios da administração pública. Ora, se são privados não estão regidos por princípios da administração pública. Prova é que eles não se submetem ao princípio da legalidade administrativa. Ao contrário, quando falamos em princípios da moralidade, da legitimidade, da eficiência, estamos a falar de meta-princípios, aplicáveis a todos indistintamente. Aos incrédulos dou um exemplo: quando a lei fundamental declara o direito fundamental à propriedade, ao mesmo tempo declara a função social da mesma, dizendo desapropriáveis as propriedades improdutivas. Nada mais está a falar o texto constitucional do que a produtividade (eficácia e eficiência) na iniciativa privada. O mesmo se pode dizer do instituto da encampação de empresas.

18. E por vezes declaramos solenemente a autonomia e a auto-gestão dos integrantes do Sistema S Sindical, associada à inaplicabilidade da lei de licitações, mas quando analisamos as normas internas de licitações, parece que só entendemos como lícito o que for similar à Lei 8.666. Em síntese, serão livres se editarem regulamentos quase-idênticos à Lei de Licitações e Contratos.

[...]

21. Afirmo, sem qualquer hesitação, que ao Sistema S Sindical não se aplica o art. 37 da Constituição Federal, pois de Administração Pública não se trata. Também não lhe incide o § 1º do art. 173 da Carta da República, pois não há estatuto jurídico especial do Sistema S Sindical. São entidades de direito privado.

[...].

24. Os arroubos em defesa da moralidade em nada mudam minha convicção. Lembro da memorável decisão do Supremo Tribunal Federal quando da declaração da inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, quando fez o arrastamento teleológico, ou declaração de inseparabilidade tal como posto na doutrina francesa por Dominique Rousseau e Guillaume Drago, afastando as inocentes, mas sempre arbitrárias, permissões da atuação estatal quando as coisas da imprensa “ofenderem a moral pública e os bons costumes”.

[...]

26. Quero com isso dizer que é chegada a hora, ainda que tardia, de a sociedade tomar as rédeas em suas mãos. No Sistema S Sindical o controle deve ser, por excelência, dos integrantes do Sistema, ou seja, dos empresários dele contribuintes.”

Diante de todo o quadro até aqui exposto, em que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o próprio TCU fazem uma leitura em que prepondera a flexibilização da autonomia gerencial e administrativa do Sistema S e em que se aponta um horizonte em que os controles devem ser menos procedimentais e mais finalísticos das atribuições institucionais e dos resultados efetivos das entidades que integram esse sistema, não tenho dúvidas de que a Corte de Contas deve orientar suas deliberações dirigidas a essa entidade guiada pela atual compreensão das normas vigentes à luz da mutação da interpretação das normas constitucionais aplicáveis às organizações dessa natureza, consoante a jurisprudência acima comentada.

Em reforço ao até aqui argumentado em sede de reflexão exegética de normas constitucionais, passo a ponderar razões de ordem concreta sob o caso específico sob análise que também amparam a reforma da deliberação recorrida.

Importa lembrar que, ainda de acordo com a jurisprudência tradicional do TCU, os serviços sociais autônomos não integram a Administração Pública e, por isso, não se submetem às

exigências da Lei 8.666/1993, mas sim aos princípios gerais que regem a matéria e que devem ser contemplados em seus regulamentos.

Especificamente em relação às regras para contratação por inexigibilidade, verifico que o art. 10 da Resolução Sesc 1.102/2006 prevê como requisitos apenas a inviabilidade de competição e a notória especialização da empresa ou profissional a ser contratado.

Assim, a menos que o TCU declare a inconstitucionalidade do referido dispositivo, não se deve exigir a comprovação da singularidade do objeto, pois, diferentemente do que ocorre no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, a Resolução condiciona a contratação por inexigibilidade à mera comprovação de notória especialização.

Anoto, por pertinente, que, mediante o Acórdão 1.210/2008-2ª Câmara, o TCU exarou determinação ao Sebrae/PR para que adotasse o prazo máximo de 180 dias nos casos de contratação emergencial. Todavia, em grau de recurso, o Tribunal reformou a decisão para, ao em vez de determinar, apenas, recomendar que a entidade seguisse, por analogia, o prazo fixado no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 (Acórdão 2.522/2009-2ª Câmara).

Sustentou-se, naquela assentada, que o TCU somente deve determinar a modificação das normas próprias sobre licitações e contratos das entidades do Sistema S nos casos em que, efetivamente, verificar afronta aos princípios regentes da administração pública, exigência essa que, inclusive, resta mitigada em face da jurisprudência mais recente do STF e do próprio TCU analisadas em linhas anteriores deste parecer.

Já tive a oportunidade de ressaltar meu entendimento acerca do caso concreto versado neste feito na oportunidade em que me manifestei em sede de recurso de reconsideração (peça 35). Reproduzo, a seguir, trecho daquele parecer, que reitero integralmente neste momento:

“Na peça recursal, o Sesc/SP aduz a necessidade em contratar os três escritórios de advocacia por deterem notória especialização, haja vista as peculiaridades decorrentes da natureza jurídica da entidade que, por si só, justificam a inviabilidade de competição. Em relação a um dos escritórios, salienta que a contratação se deu em razão de uma demanda pontual relacionada à liberação dos direitos autorais de alguns projetos desenvolvidos pelo Sesc. Desta forma, entendo satisfeito o requisito da notoriedade das empresas ou profissionais contratados.

Por todas essas razões e, ainda, considerando a ausência de apontamentos de sobrepreço ou superfaturamento que pudessem acarretar dano ao erário, discordo da unidade técnica, manifestando-me pela procedência do pedido relativo ao item 9.3.1.”

Ante todo o exposto, renovando vênias por dissentir do posicionamento da Serur, este Representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União manifesta-se no sentido de se conhecer o presente recurso de revisão e, no mérito, julgá-lo procedente, tornando-se insubsistente o item 9.3.1 do Acórdão 3.871/2011-2ª Câmara e dando-se ciência da deliberação que vier a ser proferida ao recorrente.

Ministério Público, em 01/06/2016.

(Assinado eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Subprocurador-Geral