

GRUPO II– CLASSE I – Primeira Câmara.**TC-009.462/2005-7.****Natureza:** Recurso de Reconsideração (Prestação de Contas/Exercício de 2004).**Entidade:** Serviço Social do Comércio – Administração Regional no Estado de São Paulo - SESC/SP.**Recorrente:** Serviço Social do Comércio – Administração Regional no Estado de São Paulo - SESC/SP.**Advogado:** Antônio Perilo Teixeira Netto (OAB/DF 21.359).**Sumário:** RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - ADM. REG./SP – EXERCÍCIO/2004. ACÓRDÃO Nº 2.324/2009-TCU-PRIMEIRA CÂMARA. CONTAS REGULARES E REGULARES COM RESSALVA. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. CIÊNCIA AO RECORRENTE.

RELATÓRIO

De início, em se tratando de recurso, impõe-se seja reproduzida integralmente neste relatório a parte dispositiva da deliberação recorrida, nos termos do art. 69 do Regimento Interno da Corte de Contas:

Acórdão nº 2.324/2009-TCU-1ª Câmara

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. julgar regulares com ressalva as contas dos Srs. Abram Abe Szajman, Danilo Santos de Miranda e Arnaldo de Oliveira, dando-lhes quitação, com fundamento nos arts. 16, inciso II, e 18 da Lei n. 8.443/1992;

9.2. julgar regulares as contas dos demais responsáveis arrolados nos autos, indicados no item 3 acima, dando-lhes quitação plena, com fundamento nos arts. 16, inciso I, e 17 da Lei n. 8.443/1992;

9.3. determinar ao Sesc/SP que:

9.3.1. em observância ao art. 25 do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesc, abstenha-se de realizar ajustes verbais com terceiros e de permitir o início da prestação dos serviços sem a existência de acordos formais;

9.3.2. regularize as contratações diretas de empresas ou profissionais e demonstre o cumprimento da Resolução Sesc n. 1.102/2006 mediante comprovação inequívoca da singularidade dos serviços prestados e da notória especialização, deixando de renovar os contratos que tenham sido celebrados sem a observância desses requisitos;

9.3.3. nas situações de dispensa e de inexigibilidade de licitação, envolvendo objetos complexos ou não, apresente justificativa de preço fundada em planilhas em que constem a composição de todos os custos unitários de serviços e materiais, com levantamento de preços (propostas) entre as diversas empresas do ramo, como parte integrante dos processos, com vistas a obter a proposta mais vantajosa para a Administração.”

2. Feito isso, adoto como parte do relatório, com fundamento no art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, a instrução de fls. 24/31 – Anexo 4, lavrada no âmbito da Secretaria de Recursos:

“Cuida-se de Recurso de Reconsideração (fls. 1/14, anexo 4) interposto pelo Serviço Social do Comércio - Administração Regional de São Paulo (SESC/SP) em face do Acórdão 2.324/2009 - 1ª Câmara, que julgou as contas dos gestores referentes ao exercício de 2004 e determinou à entidade que adotasse algumas medidas corretivas (fls. 272/273, vol. 1).

HISTÓRICO

2. Foram constatadas as seguintes ocorrências nas contas dos gestores do SESC/SP relativas ao exercício de 2004 (fl. 270, vol. 1):

2.1. na área contábil:

2.1.1. limitação dos sistemas de informações contábeis no atendimento ao regime de competência;

2.1.2. contabilização, na rubrica 'Saldos de Exercícios Anteriores', de itens do ativo financeiro/transitório com restrições de realização;

2.1.3. registro, na coluna de execução do balanço orçamentário, de saldos de exercícios anteriores não realizados;

2.2. na área contratual:

2.2.1. celebração de contrato mediante pedido ao fornecedor, em processos licitatórios de concorrência, sem formalização do respectivo termo;

2.2.2. prestação de serviços sem cobertura contratual, dada a assinatura do instrumento após a data inicial de vigência do ajuste;

2.2.3. contratação indevida, por inexigibilidade de licitação, uma vez que a singularidade dos serviços técnicos prestados não foi caracterizada nos processos ns. IL 1, 4, 11 e 22/2004 e que a notória especialização do contratado não se fez presente no processo n. IL 4/2004, com ofensa ao art. 10, inciso II, do Regulamento de Licitações e Contratos, aprovado pela Resolução n. 1.012/2001 e alterado pela Resolução n. 1.032/2002, ambas do Sesc.

2.2.4. ausência de pesquisa de preços nos processos de dispensa de licitação.

3. O Exmo. Ministro Relator divergiu das análises da Unidade Técnica e do MP/TCU que sugeriram a irregularidade das contas dos Senhores Abram Abe Szajman, presidente, e Danilo Santos de Miranda, gestor financeiro, e a aplicação de multa a referidos gestores, em função da irregularidade descrita no item 2.2.3 supra (fl. 270, vol. 1).

4. Explicou que referida irregularidade foi a única que motivou suas audiências. Ademais, as contratações questionadas tinham pouca materialidade em relação à parte do orçamento da entidade despendida mediante licitações e baixa gravidade se comparadas a outros apontamentos da Controladoria Geral da União (CGU) e constatações registradas nas contas de outras entidades do 'Sistema S'. Assim, no entender do Exmo. Ministro-Relator, o julgamento pela irregularidade, nesse caso, constituiria medida de excessivo rigor (fls. 270/271, vol. 1).

5. Dessa forma, propôs que as contas de referidos gestores fossem julgadas regulares com ressalvas, assim como as do Senhor Arnaldo de Oliveira, contador (fl. 271, vol. 1).

6. Por fim, entendeu pertinente efetuar desde logo as determinações descritas no item 9 do Relatório referentes às falhas descritas nos itens 2.2.1 a 2.2.4 supra (fl. 271, vol. 1), medidas adotadas quando da prolação do Acórdão 2.324/2009 - 1ª Câmara (fls. 272/273, vol. 1).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

7. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (fls. 15/16, anexo 4), ratificado à fl.18, anexo 4, pelo Exmo. Ministro-Relator Valmir Campelo, que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos do item 9.3 do Acórdão 2.324/2009 - 1ª Câmara, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

EXAME TÉCNICO

Argumento 1: É pessoa jurídica de direito privado, não integra a Administração Pública e seus recursos são privados

8. De início, o SESC/SP ressalta que possui natureza jurídica de direito privado e que não integra a Administração Pública Direta ou Indireta. Suas atividades, ademais, não se confundiriam com 'serviço público' já que os destinatários principais de sua atuação são os empregados do ramo dos serviços e comércio, não se revestindo, portanto, de universalidade e igualdade (fls. 1/3, anexo 4).

9. Além disso, aduz que seus recursos são privados. Tais recursos não seriam da União, do INSS ou da Receita Federal do Brasil (fls. 3/4, anexo 4).

Análise

10. O SESC é uma das entidades do chamado 'sistema S', possui natureza jurídica de direito privado e não integra a Administração Pública, sendo classificada pela doutrina como entidade paraestatal (ao lado do Estado). Realiza atividades de interesse público que não são exclusivas do Estado.

11. Quanto à natureza de seus recursos, ao contrário do que defende a entidade, verifica-se que é pública. Nesse sentido, leciona José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*, 22ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 511):

Os recursos carreados às pessoas de cooperação governamental são oriundos de contribuições parafiscais, recolhidas compulsoriamente pelos contribuintes que as diversas leis estabelecem, para enfrentarem os custos decorrentes de seu desempenho, sendo vinculadas aos objetivos da entidade. A Constituição Federal, aliás, refere-se expressamente a tais contribuições no art. 240, nesse caso pagas por empregadores sobre a folha de salários.

Esses recursos não provêm do erário, sendo normalmente arrecadados pela autarquia previdenciária (o INSS) e repassados diretamente às entidades. Nem por isso deixam de caracterizar-se como dinheiro público. E isso por mais de uma razão: primeiramente, pela expressa previsão legal das contribuições; além disso, essas contribuições não são facultativas, mas, ao revés, compulsórias, com inegável similitude com os tributos; por fim, esses recursos estão vinculados aos objetivos institucionais definidos na lei, constituindo desvio de finalidade quaisquer dispêndios voltados para ins outros que não aqueles. (original com grifos).

12. No mesmo sentido, já se pronunciou o TCU, no julgamento de recurso de reconsideração interposto pelo ex-Presidente da Administração Regional de Rondônia do Serviço Social do Comércio - SESC/RO. No Relatório do Acórdão 2469/2008 - Primeira Câmara, asseverou-se que:

14. O SESC é entidade abrangida pela jurisdição do TCU, já que arrecada e administra recursos públicos (contribuições parafiscais), não se podendo afastar a competência do Tribunal sobre a entidade, em favor de simples intervenção do Conselho Nacional do SESC para corrigir as práticas inaceitáveis. Diante das irregularidades, é competência desta Corte aplicar multas e fazer as determinações cabíveis ao caso, conforme o artigo 71, incisos VIII e IX, da CF/88 e o artigo 1º, inciso IX, da Lei nº 8.443/92.

15. É pacífico o entendimento desta Corte de que os serviços sociais autônomos devem obedecer aos princípios da Administração Pública, principalmente pelo fato de arrecadarem e utilizarem recursos públicos, sob a forma de contribuições sociais, que têm natureza de tributos (Decisão nº 907/19970-TCU-Plenário).

13. Dessa forma, por força do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, resta demonstrada a competência do Tribunal para apreciar as contas dos gestores da entidade.

14. Em adição, por gerir recursos de natureza pública, o SESC, apesar de ser pessoa jurídica de direito privado, deve se submeter também a certas normas de direito público.

Argumento 2: No que tange à determinação contida no item 9.3.1 do acórdão recorrido, a situação emergencial possibilitava a contratação por meio de fax, conforme artigo 24, da Resolução SESC 1.012/2001

15. Registra que a situação que deu causa à determinação foi exceção, não sendo prática rotineira da entidade, que sempre formaliza adequadamente seus ajustes (fl. 4, anexo 4).

16. Ocorre que, de acordo com o SESC, foi rescindido o contrato de serviços de segurança que havia sido firmado com a empresa SEPTM, o que acarretou a necessidade de contratação emergencial da empresa Estrela Azul. Assim, para evitar a exposição de pessoas e do patrimônio da entidade a riscos, o início da prestação dos serviços por parte da nova empresa foi antecedido apenas por um fax. Assegura, em adição, que posteriormente as condições contidas no fax foram ratificadas em um instrumento de contrato firmado pelas partes (fls. 4/5, anexo 4).

17. Ressalta ainda que a Resolução SESC 1.012/2001, em seu artigo 24, dispositivo mantido pela Resolução SESC 1.102/2006, previa a possibilidade de substituição do instrumento de contrato por outro documento no caso de dispensa de licitação (fl. 5, anexo 4).

18. Argumenta então que o início da prestação dos serviços pela nova empresa, após o recebimento do fax enviado pelo SESC, representa o aceite da empresa em relação à proposta ali contida. Seria, aliás, um contrato perfeito e acabado, ainda que não tenha sido assinado pela sociedade empresária, conforme os artigos 427 e 432 do Código Civil (fls. 5/6, anexo 4).

19. Por fim, afirma que não houve prejuízo ao SESC, o que ocorreria caso não fossem adotadas as providências ora questionadas. Requer, então, que referida determinação seja excluída do acórdão (fls. 6/7, anexo 4).

Análise

20. Verifica-se que a contratação retratada pelo SESC/SP neste recurso não está entre as apontadas no Relatório de Auditoria da Controladoria Geral da União (CGU), que fundamentaram a determinação do Tribunal (fls. 157/162, v.p.). Isto é, o SESC justifica a contratação de serviço de segurança de forma verbal, sem a existência de acordos formais, quando o que se questionou foram as contratações descritas às fls. 157/162 (v.p.), que apresentam objeto diverso.

21. Ademais, deve ser ressaltado que situações emergenciais e urgentes não justificam, por si só, a ausência de assinatura do instrumento de contrato. A própria Lei 8.666/1993 não dispensa referido documento nessas situações, mas somente se for o caso de pequenos valores (artigo 62, **caput**, Lei de Licitações).

22. A citada Resolução SESC 1.102/2006 (que o recorrente afirma ter mantido a redação do artigo 24 da Resolução SESC 1.012/2001) prevê situações nas quais o instrumento não é obrigatório:

Art. 25. O instrumento de contrato é obrigatório no caso de concorrência, salvo quando se tratar de bens para entrega imediata, e facultativo nas demais modalidades de licitação, caso em que poderá ser substituído por outro documento, como proposta com aceite, carta-contrato, autorização de fornecimento ou documento equivalente.

Parágrafo único. Nos casos de dispensas e inexigibilidades o documento que substituir o contrato a que se refere o caput deste artigo deverá conter os requisitos mínimos do objeto e os direitos e obrigações básicas das partes.

23. Constata-se, assim, que mesmo nos casos em que o instrumento de contrato não é obrigatório, deve haver outro documento. Não foi prevista a possibilidade de realização de ajustes verbais com terceiros nem de início da prestação dos serviços sem a existência de acordos formais.

24. Dessa forma, como o recorrente não atacou as constatações da CGU, não foi demonstrado que a entidade seguia adequadamente seu regulamento de licitações e os princípios gerais que devem ser seguidos nos certames que realiza.

25. Não conseguiu, portanto, afastar a necessidade da determinação feita pelo Tribunal.

Argumento 3: No que se refere à determinação contida no item 9.3.2 do acórdão, não seria necessária a demonstração da singularidade do serviço para sua contratação por inexigibilidade de licitação, conforme a Resolução SESC 1.102/2006

26. Ressalta que o artigo 10, inciso II, da Resolução SESC 1.102/2006 não menciona a singularidade do serviço como requisito para a contratação por inexigibilidade de licitação. Referido requisito é mencionado no artigo 25, inciso II, da Lei de Licitações, mas o SESC não seria alcançado por esta lei. Esse entendimento, inclusive, seria adotado pelo próprio TCU, que entende que referida entidade não está sujeita à Lei 8.666/1993, mas sim a seus próprios regulamentos de licitações e contratos (fls. 7/8, anexo 4).

27. Aduz que mencionado dispositivo da Resolução do SESC teria previsto apenas a 'notória especialização' como requisito para justificar a inexigibilidade de licitação, motivo pelo qual não deve prosperar o entendimento de que também seria necessária a singularidade do serviço (fls. 8/9, anexo 4).

28. Ademais, o referido normativo não exige a necessidade de haver apenas um único profissional capaz de executar o serviço (assim como não exige que o serviço seja singular), para a hipótese de inexigibilidade. Só é exigida a notória especialização do profissional ou da empresa, ou seja, que seja o mais adequado para a execução do serviço (fls. 9/10, anexo 4).

29. Distingue então os conceitos de 'inviabilidade de competição' e de 'inexistência de competição'. No segundo caso, não há mais de uma alternativa para o contratante, enquanto que no primeiro podem existir alternativas, mas haveria uma dificuldade de obtenção por meio de licitação de um resultado útil e satisfatório aos objetivos pretendidos (fl. 10, anexo 4).

30. Após transcrever trecho de voto que seria do Ministro Eros Grau (fls. 10/12, anexo 4), ressalta a importância da confiança que tinha nos contratados no âmbito dos processos questionados (IL 004/2004, 022/2004, IL 001/2004 e IL 011/2004) para a plena satisfação dos objetivos da entidade (fl. 12, anexo 4).

31. Conclui sua argumentação defendendo que o Supremo Tribunal Federal já entendeu que serviços técnicos profissionais especializados devem ser contratados sem licitação, recaindo a escolha do contratado naquele no qual a Administração deposite maior confiança a respeito de sua especialização (fl. 12, anexo 4).

32. Considerando esse entendimento, afirma que as contratações questionadas estariam de acordo com o artigo 10, inciso II, da Resolução SESC 1.102/2006, devendo a determinação constante do item 9.3.2 do acórdão recorrido ser reconsiderada (fl. 12, anexo 4).

Análise

33.A Constituição Federal de 1988 previu, em seu artigo 37, inciso XXI, que para a realização de contratações públicas a regra é a licitação. São exceção, portanto, os casos de dispensa e de inexigibilidade previstos na legislação.

34.Ressalte-se que apesar de a jurisprudência do Tribunal permitir que o SESC siga seu regulamento próprio de licitações e contratos, seus certames devem obediência também aos princípios da licitação, dentre os quais o da isonomia.

35.O artigo 10, da Resolução SESC 1102/2006, que trata das hipóteses de inexigibilidade de licitação, dispõe:

Art. 10. A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros diretamente de produtor ou fornecedor exclusivo;

II - na contratação de serviços com empresa ou profissional de notória especialização, assim entendido aqueles cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com sua atividade, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado;

III - na contratação de profissional de qualquer setor artístico;

IV - na permuta ou dação em pagamento de bens, observada a avaliação atualizada;

V - na doação de bens.

36.Verifica-se que o próprio **caput** da norma disciplina que será inexigível a licitação quando houver ‘inviabilidade de competição’. O significado atribuído a este termo pelo recorrente, dizendo que seria uma situação na qual podem existir alternativas, mas que haveria uma dificuldade de obtenção, por meio de licitação, de um resultado útil e satisfatório aos objetivos pretendidos, nada mais é do que a inexistência de competição.

37.Ora, se não há a possibilidade de se explorar a competição por meio de procedimento licitatório, na verdade não há competição e é caso de inexigibilidade.

38.Ressalte-se que o termo ‘inviabilidade de competição’ é o mesmo utilizado pela Lei 8.666/1993 quando trata dos casos de inexigibilidade (artigo 25) e a doutrina interpreta esse dispositivo legal no sentido de que se trata de casos em que não há competição.

39.Dessa forma, para o SESC contratar por inexigibilidade deverá estar demonstrada a impossibilidade de competição, mesmo não havendo previsão expressa, no dispositivo da resolução da entidade transcrito acima, da necessidade de se caracterizar a singularidade dos serviços.

40.Quanto a este requisito, José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*, 22ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 259), ao tratar da inexigibilidade de licitação e citando o Ministro Eros Roberto Grau, ensina:

Além dessas características, impõe a lei que os serviços tenham natureza singular. Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que ‘singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização’. Diante da exigência legal, afigura-se ilegítima, a contrario sensu, a contratação de serviços cuja prestação não apresente qualquer carga de particularização ou peculiaridade, ainda que também sejam serviços técnicos e especializados. (grifo no original).

41.Se a entidade não necessitar de um serviço singular, portanto, a princípio haverá possibilidade de competição e não será o caso de contratação direta por inexigibilidade com base no artigo 10, inciso II, da resolução do SESC.

42.Por fim, o recorrente transcreve trechos que seriam de voto do Ministro Eros Grau e afirma, posteriormente, que o Supremo Tribunal Federal já entendeu que serviços técnicos profissionais especializados devem ser contratados sem licitação. Todavia, não se deve chegar a uma interpretação descontextualizada e assistemática do instituto jurídico da inexigibilidade de licitação, eis que antes de ser necessária a prova de se tratarem de serviços técnicos profissionais especializados e possuidores de notória especialização, tem-se que, como já dissemos, restar demonstrada a inviabilidade de competição entre os licitantes, requisito presente no **caput** do artigo transcrito acima.

43. Ademais, já consignamos que o SESC deve observância aos princípios e preceitos direcionados à Administração Pública, caso em que deixar ao exclusivo alvedrio do gestor a escolha de qual empresa contratar é o mesmo que ferir o princípio da impessoalidade.

44. Não foi demonstrada, dessa forma, a necessidade de se reformar a determinação contida no item 9.3.2 do acórdão recorrido.

Argumento 4: No que tange ao item 9.3.3, ressalta que já realiza consulta de preços no caso de dispensa de licitação e que essas consultas são inviáveis no caso de inexigibilidade

45. Ressalta que por força da Ordem de Serviço 12/2008 já realiza consulta de preços a pelo menos três fornecedores nos processos de dispensa de licitação a partir de R\$ 15.000,00 (fl. 13, anexo 4).

46. Já quanto aos casos de inexigibilidade, aduz que é inviável a consulta de preços diante da inviabilidade de competição. Todavia, em conformidade com o artigo 11, da Resolução SESC 1.102/2006, nesses casos ocorre a justificativa de preço e sua ratificação pela autoridade competente (fl. 13, anexo 4).

47. Dessa forma, considerando que já atende à determinação no que se refere às dispensas de licitação, requer que seja reconsiderada quanto às inexigibilidades, já que seria impossível realizar levantamento de preços entre as diversas empresas do ramo (fl. 13, anexo 4).

Análise

48. De início, verifica-se que a CGU apontou ausência de pesquisas de preço apenas em relação a processos de dispensa analisados pelo órgão (fls. 165/168, v.p.). Ao referido órgão de controle, o SESC informou, à época, que teria realizado referidas pesquisas, mas não as teria incluído nos processos.

49. Assim, a CGU expediu recomendação à entidade para que esta formalize, nos processos, todas as pesquisas de preço realizadas nas dispensas de licitação e que caso não seja possível realizar tais pesquisas, que justifique adequadamente a causa impeditiva (fl. 167, v.p.).

50. A proposta de que a determinação abarcasse também os casos de inexigibilidade surgiu a partir de menção a constatações contidas no processo de contas dos gestores do SESC/SP referentes ao exercício de 2003 (parágrafo 9, fl. 268, vol. 1).

51. Todavia, a presente prestação de contas não trata de casos de falta de pesquisa de preços em processos de inexigibilidade realizados pela entidade, motivo pelo qual não se mostra adequado que a determinação se dirija também a essa hipótese de contratação direta. Eis que não foram apurados fatos dessa natureza neste processo.

52. Observa-se ainda que foi prolatado, em 30/6/2009, o Acórdão 3481/2009 - Segunda Câmara, que julgou as contas dos gestores do SESC/SP referentes ao exercício de 2003, contendo determinação similar à constante do item 9.3.3 da decisão ora recorrida.

53. De todo modo, em relação à argumentação da entidade no sentido de que seria inviável a consulta de preços no caso de inexigibilidade de licitação, esta não deve ser aceita, a princípio. Eis que a entidade pode, por exemplo, pesquisar contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades, mesmo não havendo a possibilidade de competição. Nesse sentido, a própria Lei de Licitações, em seu artigo 26, parágrafo único, inciso III, determina que haja justificativa do preço, quando couber, nos processos de inexigibilidade.

54. Especificamente quanto aos processos de dispensa, retratados pela CGU em seu relatório, o recorrente não teve êxito em afastar a falha, visto que se limitou a dizer que uma ordem de serviço do SESC estipula que deve haver consulta de preços a fornecedores.

55. Ante o exposto, será proposto que parte do item 9.3.3 do acórdão recorrido seja tornada insubsistente de forma que trate apenas dos casos de dispensa de licitação.

CONCLUSÃO

56. Compulsando os autos, verifica-se que o Senhor Arnaldo de Oliveira, contador, teve suas contas julgadas regulares com ressalva, com base no artigo 16, inciso II, e 18 da Lei 8.443/1992, em função das irregularidades descritas nos itens 2.1.1 a 2.1.3 da proposta de deliberação (fls. 270/271, vol. 1), sem ter sido chamado a se defender no âmbito desta Prestação de Contas.

57. Da mesma forma, os motivos de fato para que as contas do Senhor Danilo Santos Miranda, gestor financeiro, fossem julgadas regulares com ressalva são os itens 2.1.1 a 2.2.4 da referida proposta de deliberação (fl. 271, vol. 1). Todavia, referido gestor foi chamado em audiência apenas pela irregularidade descrita no item 2.2.3, referente às contratações realizadas por inexigibilidade de licitação (fls. 227 e 270, vol. 1).

58. Sabe-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, dispõe que: ‘*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*’ (original sem grifo).

59. Dessa forma, ainda que seja dada a quitação ao gestor quando suas contas são julgadas regulares com ressalva (artigo 18, Lei Orgânica/TCU), em conformidade com o dispositivo constitucional transcrito a ele deveria ser dada a oportunidade para se manifestar nos autos a respeito das falhas formais que lhe são imputadas, tendo em vista que para o administrador público é preferível ter suas contas julgadas regulares a ter sua gestão marcada com o ‘selo’ de que contém ressalvas. Ademais, após a análise de sua manifestação, referidas falhas poderiam ser afastadas.

60. Todavia, deve ser ressaltado que não existem princípios constitucionais absolutos e a regularidade com ressalva das contas não enseja a aplicação de multa ou outra sanção mais grave. Destarte, com base nos princípios constitucionais da eficiência, da celeridade processual e visando ao alcance do interesse público, entende-se que não houve **error in procedendo** no julgamento das contas dos Senhores Arnaldo de Oliveira e Danilo Santos de Miranda.

61. Por fim, em relação ao item 9.3.3 do acórdão recorrido, como este processo não tratou de casos de inexigibilidade de licitação, ou seja, não foram apurados fatos dessa natureza nas contas dos gestores relativas ao exercício de 2004, parte do item deve ser tornado insubsistente de forma que a determinação abarque apenas casos de dispensa de licitação.

62. Quanto aos demais itens do acórdão, devem ser mantidos inalterados.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

63. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

a) conhecer o Recurso de Reconsideração interposto pelo Serviço Social do Comércio - Administração Regional de São Paulo (SESC/SP), com fulcro nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei Orgânica/TCU, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial para tornar insubsistente parte do item 9.3.3 do Acórdão 2324/2009 - 1ª Câmara, de forma que passe a ter a seguinte redação:

9.3 determinar ao Sesc/SP que:

[...]

9.3.3 junte, nos processos de dispensa de licitação, as pesquisas de preço exigidas e as adequadas justificativas na impossibilidade de não poder fazê-lo;

b) dar ciência às partes e aos órgãos/entidades interessados.”

3. O dirigente da Secretaria de Recursos divergiu da proposta de encaminhamento apresentada e sugeriu desfecho diverso, nos termos do seguinte pronunciamento (fls. 33/34 – Anexo 4):

“Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pelo Serviço Social do Comércio – Administração Regional de São Paulo (SESC/SP) em face de o Acórdão 2.324/2009 - 1ª Câmara, que julgou regulares com ressalva as contas dos gestores referentes ao exercício de 2004 e determinou à entidade a adoção de medidas corretivas.

2. Em sede recursal, a instrução constante às fls. 24/31 do Anexo 4, item 56, consignou que as contas do Sr. Arnaldo de Oliveira, contador, foram julgadas regulares com ressalva, sem ter sido chamado a se defender no âmbito desta Prestação de Contas. Entendeu que deveria ter sido dado a ele oportunidade para se manifestar a respeito das falhas formais que lhe foram imputadas, considerando que ao administrador público é preferível ter suas contas julgadas regulares a ter sua gestão marcada com o ‘selo’ de que contém ressalvas. Não obstante, considerando os princípios constitucionais da eficiência, da celeridade processual e visando ao alcance do interesse público, concluiu que não houve *error in procedendo* no julgamento das contas dos Senhores Arnaldo de Oliveira e Danilo Santos de Miranda, sugerindo a manutenção do julgamento *a quo*.

3. *Data vênia*, divirjo desse entendimento. Primeiro porque o RI/TCU não exige a realização de audiência previa para o julgamento de contas regulares com ressalva. Deve-se considerar, ainda, que as ressalvas não geram, necessariamente, sucumbência para o gestor. Conforme nota-se no art. 18 da Lei 8.443/92, se, de um lado, no julgamento de contas com ressalva é dada a quitação ao responsável, de outro, a obrigação de implementar as medidas corretivas não é pessoal, posto que é dirigida ao gestor em exercício.

4. É oportuno ressaltar que na fase instrutiva, os responsáveis, de forma espontânea ou em respostas às diligências determinadas pelos relatores, poderão carrear aos autos os esclarecimentos

necessários ao saneamento das contas. Todavia, embora os esclarecimentos dos responsáveis possam contribuir para a apuração dos fatos, não há previsão de citação ou audiência prévia do gestor no caso de contas julgadas regulares com ressalva, haja vista tratar-se de impropriedade ou falta de natureza meramente formal, nos termos do art. 202 c/c 208 do RI/TCU.

5. Ou seja, de acordo com o art. 208, § 2º, do RI/TCU, quando o Tribunal julgar as contas regulares com ressalva, dará quitação ao responsável e lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido, ‘a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes.’

6. De forma semelhante ocorre também nos processos de fiscalização. O manual de auditoria aprovado pela Portaria-TCU 180/2010, art. 146, deixa claro que a remessa do relatório preliminar ao gestor não significa exercício de direito de defesa, mas simples instrumento de aperfeiçoamento do trabalho realizado.

7. Não obstante, no caso específico, cabe ressaltar que o Sr. Arnaldo de Oliveira é um profissional autônomo. O fato de seu nome aparecer nos demonstrativos financeiros, juntamente com os nomes dos dirigentes, é porque se trata de profissão regulamentada, ou seja, todo demonstrativo financeiro deve ser assinado por um contador inscrito no CRC. A responsabilidade do contador não se confunde com a dos dirigentes ainda que esse seja empregado da entidade. O primeiro responde pela exatidão dos demonstrativos e os segundos pela gestão da entidade.

8. Por conseguinte, o Sr. Arnaldo de Oliveira, contador, deve ser excluído da relação processual por não ser gestor e por não existir nos autos outras razões para mantê-lo como parte neste processo.

9. Por derradeiro, em relação à determinação constante do subitem 9.3.3 do Acórdão 2324/2009 - 1ª Câmara, concordo em parte com o Sr. Auditor. Destaco que não há *error in procedendo* no fato daquele dispositivo ter incluído as hipóteses de inexigibilidade, sem que a matéria tenha constado do relatório da CGU. Por isso, proponho que a referida determinação seja parcialmente reformada e não tornada insubsistente.

10. Ante o exposto, divirjo em parte da proposta de encaminhamento constante à fl. 31 do Anexo 4 e, em consequência, proponho:

a. conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo SESC/SP, com fulcro nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/92;

b. no mérito, dar-lhe provimento parcial para excluir o nome do Sr. Arnaldo de Oliveira do subitem 9.1 e dar nova redação ao subitem 9.3.3 do Acórdão 2324/2009 - 1ª Câmara, como segue:

‘9.1. julgar regulares com ressalva as contas dos Srs. Abram Abe Szajman e Danilo Santos de Miranda, dando-lhes quitação, com fundamento nos arts. 16, inciso II, e 18 da Lei n. 8.443/1992;

(...)

9.3. determinar ao Sesc/SP que:

(...)

9.3.3. nas situações de dispensa, envolvendo objetos complexos ou não, apresente justificativa de preço fundada em planilhas em que constem a composição de todos os custos unitários de serviços e materiais, com levantamento de preços (propostas) entre as diversas empresas do ramo, como parte integrante dos processos, com vistas a obter a proposta mais vantajosa para a Administração.’

11. Encaminhem-se os autos ao MP/TCU.”

4. O Ministério Público junto a esta Corte de Contas, representado pela Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, manifestou-se parcialmente de acordo com as proposta formuladas pela unidade técnica, nos termos do seguinte parecer (fls. 36/38 – Anexo 4):

“Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pelo Serviço Social do Comércio/Administração Regional do Estado de São Paulo (Sesc/SP) aos termos do Acórdão n.º 2.324/2009-1.ª Câmara, os quais, paralelamente ao julgamento de regularidade com ressalva das contas dos agentes responsáveis pelos atos de gestão no exercício de 2004, acresceram determinações àquele serviço social autônomo sobre a matéria tratada nos autos.

2. Nesse contexto, estamos de acordo, de início, com o exame de admissibilidade da peça recursal quanto à legitimidade do recorrente, tendo em vista que as determinações incidem sobre o modo de exercício de suas competências legais e regimentais, caracterizando-se seu interesse jurídico no assunto.

3. No mérito, não há reparos a fazer na análise desenvolvida pela Secretaria de Recursos a respeito da improcedência das alegações do recorrente. De modo geral, os tópicos das determinações contra os

quais se insurge o serviço social autônomo são matérias isentas de dúvida ou controvérsia em sede de controle externo, porquanto pacificadas na jurisprudência do Tribunal de Contas da União em julgados similares ao recorrido para outras contas dos entes do chamado Sistema 'S'.

4. Entretanto, por dever de ofício deste Ministério Público e em deferência ao pedido externado por representante processual do Sesc/SP em audiência realizada com a Assessoria de nosso Gabinete, passa-se a discorrer sobre uma questão de mais relevância no processo e contida nas determinações, a saber: a necessidade ou não de o Sesc/SP atender ao requisito de singularidade dos serviços prestados, concomitantemente com o de notória especialização, para efeito de configurar a inexigibilidade da licitação motivadora de contratações diretas (subitem 9.3.2 do Acórdão n.º 2.324/2009-1.ª Câmara).

5. Segundo a peça recursal, a determinação contida no subitem 9.3.2 da deliberação recorrida não se harmoniza com a disposição do art. 10, inciso II, da Resolução Sesc n.º 1.102/2006, pois esta exige apenas o cumprimento do requisito da notória especialização da empresa ou do profissional para a contratação direta vinculada à inexigibilidade de licitação. Diferentemente, a norma do art. 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, a par de acrescer também o requisito de singularidade dos serviços técnicos (previstos no art. 13 da referida lei), não se aplica às entidades de natureza privada que não compõem a estrutura da administração pública direta ou indireta.

6. Assiste razão ao recorrente ao afirmar que as disposições da Lei n.º 8.666/93 não se aplicam aos serviços sociais autônomos. A propósito, esse argumento é compatível com as deliberações do TCU a respeito, entre elas as Decisões Plenárias n.ºs 907/97 e 461/98 (ambas mencionadas pelo recorrente) e os Acórdãos n.ºs 5262/2008 e 568/2009 da 1.ª Câmara, a cujos termos nos remetemos neste parecer independentemente de transcrição.

7. Todavia, a exigência de observância ao requisito da singularidade do objeto da prestação de serviços técnicos não decorre, a nosso ver, precipuamente da Lei n.º 8.666/93, mas da própria noção ou característica particular do serviço a ser prestado pela empresa ou profissional de notória especialização nos casos de inexigibilidade de licitação. Como fundamentos desse entendimento, note-se de início que a notória especialização está adstrita à capacidade e à especialidade técnica da empresa ou do profissional que prestará o serviço. Assim, se bastasse apenas a notória especialização, todo e qualquer serviço, por mais simples ou comum que fosse, poderia ser prestado pela empresa ou profissional que atendesse ao requisito de especialidade naquele objeto da prestação. Mas restaria, daí, integralmente desvirtuado o instituto da inexigibilidade de licitação, cujo conceito imediato se refere, sem necessidade de maiores digressões, às inúmeras situações de fato que caracterizam uma inviabilidade de competição ou, no caso de existência de diversos prestadores de serviço interessados, uma inviabilidade de seleção objetiva (como se dá no credenciamento de médicos e hospitais).

8. Por sinal, esse aspecto de conexão da singularidade do serviço com a notória especialização do correspondente prestador não passou despercebido do Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence ao relatar o processo de *Habeas Corpus* n.º 86.198-9/PR (STF, 1.ª Turma, DJ 29.06.2007), acerca de inexigibilidade de licitação para a contratação de determinados serviços advocatícios, tomando-se por base elucidativo excerto doutrinário sobre a matéria, nos seguintes termos (grifos nossos; negritos do original):

'Preciosas, no ponto, as seguintes lições de Celso Antônio Bandeira de Mello [Curso de Direito Administrativo. 21.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 524/527], em comentário ao art. 13 da L. 8.666/93, que trata dos serviços técnicos profissionais (art.25, II), verbis:

'Parece-nos certo que, para compor-se a inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no art. 13, cumpre tratar-se de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração (e que o contratado possua notória especialização). Se assim não fosse, inexistiria razão para a lei haver mencionado 'de natureza singular', logo após a referência feita aos serviços arrolados no art. 13.

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isso, irrelevante que seja prestado por 'A' ou 'B', não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessário, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.

Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmos padronizados que, ou não haveria espaço para ingresso de componente pessoal do

autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isto incapazes de interferir com o resultado do serviço.' (...)'

9. Na mesma linha de raciocínio, consta do voto que fundamenta o Acórdão n.º 2684/2008-TCU-Plenário (grifos nossos):

'Segundo o Prof. Marçal: 'A natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional 'especializado'. Já quanto à questão da notória especialização, esse doutrinador ensina que 'a notória especialização não é uma causa da inexigibilidade da licitação, mas de seleção do profissional a ser contratado'.'

10. Especificamente para os serviços sociais autônomos, repete-se a jurisprudência do TCU também nesse sentido, a exemplo do subitem 9.3.2 do Acórdão n.º 7054/2010-Plenário, dirigido ao Sesc/GO (grifos nossos):

'9.3. determinar ao Serviço Social do Comércio - Administração Regional no Estado de Goiás (Sesc/GO), que:

9.3.1. abstenha-se de prorrogar o contrato de prestação de serviços de assessoria especializada em advocacia trabalhista firmado com a empresa Julpiano Chavez Cortez e Advogados Associados S/S, tendo em vista que o referido ajuste não foi precedido do regular procedimento licitatório;

9.3.2. abstenha-se de realizar novas contratações diretas, fundamentadas na existência de notória especialização, quando não restar devidamente comprovada a natureza singular do objeto licitado, a exigir, para plena satisfação do interesse público, a contratação de empresa com notória especialização;

9.3.3. certifique-se, previamente à contratação de serviços continuados de advocacia, se esse procedimento atende ao princípio constitucional da economicidade, considerando a possibilidade de os serviços serem suportados pelo setor jurídico da entidade;'

11. Portanto, a despeito de a disposição do art. 10, inciso II, da Resolução Sesc n.º 1.102/2006 ser omissa em exigir a singularidade do serviço técnico especializado para configurar a inexigibilidade de licitação de que trata, o requisito é, como se viu, intrínseco ao instituto, sob pena, se não for atendido, de adotar-se indevidamente a contratação direta para quaisquer situações de notória especialização da empresa ou do profissional prestador de qualquer tipo de serviço.

12. Diante do exposto, esta representante do Ministério Público manifesta-se de acordo com a proposta da Unidade Técnica, nos termos da instrução e parecer às fls. 24/34 do Anexo 4, por que seja conhecido o Recurso de Reconsideração interposto pelo Serviço Social do Comércio/Administração Regional do Estado de São Paulo (Sesc/SP) aos termos do Acórdão n.º 2.324/2009-1.ª Câmara para, no mérito, ser-lhe negado provimento."

É o Relatório.