

VOTO REVISOR

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Serviço Social do Comércio – Administração Regional de São Paulo – Sesc/SP contra o teor das determinações que lhe foram formuladas por meio dos itens 9.3.1 e 9.3.6 do Acórdão nº 3.871/2011 – 2ª Câmara. Por intermédio do item 9.3.1, o Tribunal determinou ao recorrente que procedesse “à realização de procedimento licitatório para a contratação de serviços advocatícios, encerrando os contratos vigentes, que não foram licitados, na assinatura de novas avenças”. O item 9.3.6 determinou a supressão de alguns benefícios aos servidores do Sesc. Quanto a este último, adianto que acompanho o Relator, no sentido de tornar insubsistente o item 9.3.6.1 da deliberação recorrida.

2. No que se refere ao item 9.3.1, o Ministro Raimundo Carreiro acompanha o Ministério Público junto ao TCU no sentido de que, “como o Recorrente não está sujeito ao regramento do Estatuto das Licitações (Lei nº 8.666/93), não se deve exigir a comprovação da singularidade do objeto, pois, diferentemente do que ocorre com os órgãos e entidades da Administração Pública que estão sujeitos aos ditames do referido Diploma Legal, a Resolução do Sesc que trata da matéria condiciona a contratação por inexigibilidade à mera comprovação de notória especialização, o que, no caso dos autos, restou evidenciado”.

3. Sua excelência concorda, portanto, com o entendimento do *Parquet* especializado de que não se deve exigir do Sesc/SP “a comprovação da singularidade do objeto, pois, diferentemente do que ocorre no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, a Resolução Sesc 1.102/2006 condiciona a contratação por inexigibilidade à mera comprovação de notória especialização”. Peço vênias para dissentir do Ministro-Relator pelas razões que passo a expor.

4. Atente-se, preliminarmente, para o que dispõem o ordenamento jurídico vigente e a jurisprudência do TCU sobre a matéria ora posta em discussão:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Art. 37. A **administração pública direta e indireta** de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios** de legalidade, **impessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

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.

LEI Nº 8.666/93:

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.**

Art. 2º As **obras, serviços, inclusive de publicidade, compras**, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, **serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.**

[...]

Art. 3º **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do

desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os **princípios** básicos da legalidade, da **impessoalidade**, da moralidade, da **igualdade**, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

DECRETO Nº 3.555/2000:

Art. 1º Este Regulamento estabelece normas e procedimentos relativos à licitação na modalidade de **pregão**, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado.

Parágrafo único. **Subordinam-se ao regime deste Regulamento, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades controladas direta e indiretamente pela União.**

[...]

Art. 4º A licitação na modalidade de **pregão** é juridicamente condicionada aos **princípios** básicos da legalidade, da **impessoalidade**, da moralidade, da **igualdade**, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, **competitividade**, justo preço, **seletividade** e comparação objetiva das propostas.

Parágrafo único. As **normas disciplinadoras da licitação** serão **sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados**, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

DECRETO Nº 5.450/2005:

Art. 1º A modalidade de licitação **pregão, na forma eletrônica**, de acordo com o disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto.

Parágrafo único. **Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.**

[...]

Art. 5º A licitação na modalidade de **pregão** é condicionada aos **princípios** básicos da legalidade, **impessoalidade**, moralidade, **igualdade**, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, **competitividade** e proporcionalidade.

Parágrafo único. As **normas disciplinadoras da licitação** serão **sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados**, desde que não comprometam o interesse da administração, **o princípio da isonomia**, a finalidade e a segurança da contratação.

JURISPRUDÊNCIA DO TCU:

ACÓRDÃO Nº 2522/2009 – SEGUNDA CÂMARA

*“(…) este Tribunal, em remansosa jurisprudência - com destaque para as paradigmáticas Decisões Plenárias 907/97 e 461/98 -, tem afirmado que **os Serviços Sociais Autônomos, por não integrarem, em sentido estrito, a Administração Pública, não se sujeitam aos ditames da Lei de Licitações, mas sim aos princípios gerais que regem a matéria, devendo contemplá-los em seus regulamentos próprios. Sob esse raciocínio, este Tribunal deve restringir suas determinações para modificação das normas próprias do Sistema S aos casos em que, efetivamente, verificar afronta - ou risco de afronta - aos princípios regentes da gestão pública. Trata-se de resguardar o poder discricionário das entidades do Sistema.**”*

ACÓRDÃO Nº 1386/2009 – PLENÁRIO

*“(…) é assente no âmbito deste Tribunal o entendimento no sentido de que **as entidades integrantes do chamado Sistema ‘S’ não estão obrigadas à fiel observância dos preceitos***

constantes do estatuto das licitações e contratos (Lei nº 8.666/1993), e sim dos seus regulamentos próprios de licitação.

(...) os Serviços Sociais Autônomos, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/1993, não estão sujeitos à estrita observância da referida Lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, os quais devem se pautar nos princípios gerais do processo licitatório, devendo, contudo, ser consentâneos com os princípios constantes do art. 37, caput, da Constituição Federal e seguir os princípios gerais relativos à administração pública.”

ACÓRDÃO Nº 526/2013 – PLENÁRIO

“A jurisprudência deste Tribunal pacificou o entendimento de que as entidades do Sistema S não estão obrigadas a seguir estritamente os termos do Estatuto de Licitações (Lei n. 8.666/1993), todavia obrigam-se aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, os quais devem se pautar nos princípios gerais do processo licitatório e nos princípios relativos à Administração Pública, em especial os da legalidade, moralidade, impessoalidade, isonomia e publicidade, constantes do art. 37, caput, da Constituição Federal.” (grifei)

5. Da leitura dos aludidos regramentos, é possível extrair conclusão no sentido de que as entidades do Sistema ‘S’ não se sujeitam aos exatos termos nem da Lei nº 8.666/93 nem da Lei nº 10.520/2002 (e dos respectivos decretos federais), podendo, nas contratações de obras, serviços e compras, observar o conteúdo de seus regulamentos próprios, os quais deverão estar em perfeita consonância com os princípios que regem a Administração Pública, insertos na Constituição Federal, e com os princípios que norteiam as licitações e os contratos administrativos, previstos nas normas gerais e especiais que disciplinam a matéria.

6. Daí o fato de o TCU, nas fiscalizações envolvendo a gestão de tais entidades, realizá-las tomando como parâmetro os regulamentos próprios desses entes e os princípios a que eles se vinculam. E um dos princípios básicos a serem observados é justamente o da igualdade (isonomia), que tem *status* constitucional.

7. De acordo com o inc. XXI do art. 37 da Lei Maior, a igualdade será posta em prática – viabilizada, materializada – mediante a realização de licitação (competição) previamente à contratação de obras, serviços e compras. É, portanto, o processo licitatório (processo competitivo) que assegurará – dará concretude – a essa igualdade. Não é por outra razão que o **caput** do art. 3º da Lei nº 8.666/93 deixa assente que o sobredito processo de competição intenta perseguir, entre outros objetivos, a realização do princípio constitucional da isonomia.

8. Quando se apregoa que as entidades do Sistema ‘S’ não estão subordinadas ao conteúdo da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 10.520/2002 significa dizer, em essência, que tais entes não se obrigam a realizar licitações (competições) – precedendo suas contratações – observando fielmente o rito de uma concorrência, de uma tomada de preços, de um convite ou até mesmo de um pregão, seja este presencial ou eletrônico. O processo de competição no âmbito dessas entidades terá seu rito disciplinado pelos regulamentos próprios. Isso, no entanto, não lhes confere a prerrogativa de disciplinar, nos diplomas regulamentares, as contratações diretas – sem prévia licitação, sem prévia competição – como bem lhes aprouver. Explico.

9. A orientação que emana do art. 37, XXI, da Constituição Federal, é que a licitação homenageia sobremaneira o princípio da isonomia ao assegurar igualdade de condições a todos que desejam contratar com o poder público, daí porque o legislador constituinte determinou que as exceções ao dever de licitar fossem contempladas em legislação específica (lei em sentido formal, editada pelo Congresso Nacional, por versar sobre norma geral, consoante o art. 22, XXVII, do texto constitucional). Trata-se, pois, de exceção ao princípio da igualdade, exceção que foi legitimada pelo próprio constituinte. Em apertada síntese, o constituinte determinou que fosse observado o princípio da

isonomia nas contratações públicas e ele mesmo admitiu exceções a essa regra, as quais, segundo ele, deveriam ser objeto de lei em sentido formal.

10. Nesse contexto, não há como prosperar a tese de que as entidades do Sistema 'S' possam, por intermédio de seus regulamentos próprios, criar exceções ao dever constitucional de licitar, ao dever de instituir processo competitivo prévio às suas contratações, o qual concretiza o princípio da igualdade, da isonomia. Não há como prevalecer o entendimento de que tais entidades possam usurpar da competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Lei Maior¹) e assim inovar na ordem jurídica, por meio de seus próprios regulamentos, instituindo novas hipóteses de contratação direta.

11. Compulsando, em especial, o inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93², constata-se que para uma situação concreta enquadrar-se perfeitamente nesta hipótese legal de inexigibilidade de licitação, são necessários três pressupostos, quais sejam: serviço técnico-profissional especializado, notória especialização do contratado e serviço de natureza singular.

12. Não há, portanto, como anuir ao entendimento de que a notória especialização, por si só, possa servir de supedâneo para contratações por inexigibilidade de licitação, o que me leva a concluir que o art. 10, II, da Resolução Sesc nº 1.102/2006³ é inconstitucional. **Ad argumentandum**, admitir que as entidades do Sistema 'S' possam criar exceções à regra constitucional da licitação seria o mesmo que admitir tal possibilidade a entidades privadas não integrantes da Administração Pública gerindo recursos públicos federais transferidos por meio de convênios.

13. Isso porque tais entidades privadas, que também estão jungidas ao princípio da impessoalidade⁴ por força do art. 11 do Decreto nº 6.170/2007, devem realizar suas contratações

¹ Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

² Lei nº 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

³ Resolução Sesc nº 1.102/2006:

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

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;

⁴ Outro viés do princípio da impessoalidade, sobretudo em se tratando de licitações e contratos, é o que o veda o chamado 'dirigismo' do certame, qual seja, a iniciativa do administrador público de inserir cláusulas no edital que possam, ainda que indiretamente, beneficiar determinado concorrente em detrimento dos demais licitantes, culminando até mesmo, em situações mais extremas, numa eventual contratação direta (contratação sem prévia licitação). Nesse sentido, o princípio da impessoalidade apresenta conteúdo semelhante ao do princípio da igualdade.

mediante prévio processo seletivo, cujo rito deverá observar as regras mínimas previstas nesse próprio art. 11 (“*necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato*”). Não se pode olvidar, ainda, o conteúdo dos arts. 58 e 59 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, que estabelecem, respectivamente, os procedimentos que envolvem a sobredita ‘cotação prévia de preços’ e os elementos que deverão constar de “*cada processo de compras e contratações de bens, obras e serviços*” de tais entidades.

14. Dessas entidades, tal qual das do Sistema “S”, exigir-se-á a observância de princípios, e não a plena submissão à Lei nº 8.666/93 e à Lei nº 10.520/2002, não se podendo aquiescer, no entanto, ao entendimento de que elas detêm competência para legislar sobre ‘contratação direta’, por se tratar de matéria de lei ordinária (reserva legal segundo a vontade do legislador constituinte), de competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Lei Maior).

15. A corroborar a tese que ora perfilho, cabe trazer à colação, por seus lúdicos fundamentos, o seguinte excerto da ‘Proposta de Deliberação Complementar’ da lavra do eminente Ministro-Substituto Weder de Oliveira, que subsidiou a prolação do Acórdão nº 2326/2011-Plenário, **verbis**:

“80. O problema é que a contratação de um escritório de advocacia quando a entidade dispõe de quadro de advogados requer seja demonstrada que esse quadro não está capacitado ou não tem condições operacionais de executar as funções a serem repassadas a outros advogados. Essa demonstração seria ainda mais exigível quando se pretende efetuar a contratação direta, ao argumento da inexigibilidade, da inviabilidade de competição, que pressuporia, no caso concreto, a existência de um objeto contratual singular.”

81. É de amplo conhecimento, senso comum, que a contratação direta por inexigibilidade não se justifica tão somente com base na notória especialização do contratado. Profissional de notória especialização, segundo o art. 10, II, do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi, vigente desde 1998, é entendido como aquele 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. É dedução racional, ao alcance do gestor ‘homem médio’, zeloso da economicidade da aplicação dos recursos sob sua gestão, que somente se recorre a um profissional com essas características para execução de um objeto especial, singular, cuja execução demanda o recurso a profissional de especialização e conceito não encontrado nos quadros da entidade.” (grifei)

16. Deixo, no entanto, de formular proposta no sentido da negativa de provimento do recurso interposto pelo Sesc/SP contra o teor do item 9.3.1 do Acórdão nº 3.871/2011 – 2ª Câmara. É que, com efeito, não deve ser expedida determinação à entidade para o encerramento dos ‘contratos vigentes’ (Contratos nºs 1379, 1416 e 1484), celebrados por inexigibilidade de licitação e envolvendo a prestação de serviços advocatícios.

17. A uma, por não haver entendimento pacífico, no âmbito do TCU, sobre a matéria ora delineada. A duas, porque como bem salientou o Ministro Raimundo Carreiro, “*não há nos autos evidências de sobrepreço ou superfaturamento nas contratações questionadas que pudessem ensejar dano ao Erário*”.

18. Destarte, proponho que seja expedida determinação ao Sesc/SP para que os contratos de prestação de serviços advocatícios nºs 1379, 1416 e 1484, quando do término da sua vigência, sejam substituídos, se for de interesse da entidade, por contratos celebrados mediante prévio processo licitatório, haja vista que a contratação direta por inexigibilidade não se justifica tão somente com base na notória especialização do contratado.

19. Caso venha a prosperar o entendimento que ora perfilho, faz-se necessária a alteração do ‘Sumário’ que antecede o relatório elaborado pelo Ministro-Relator, para o qual sugiro, desde já, a seguinte redação:

“SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL. DETERMINAÇÃO.

1. As entidades do Sistema ‘S’ não podem criar exceções ao dever constitucional de licitar, ao dever de instituir processo competitivo prévio às suas contratações, o qual concretiza, em essência, o princípio da igualdade, da isonomia.

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

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 21 de maio de 2013.

JOSÉ JORGE
Revisor