

ARTIGO

Nova Lei de Licitações e o Sistema “S”



Por Julieta Mendes Lopes Vareschini



GRUPO

JML

PESSOAS • SERVIÇOS • TECNOLOGIA

Nova Lei de Licitações e o Sistema “S”

Por **Julietta Mendes Lopes Vareschini**¹

Os Serviços Sociais Autônomos possuem personalidade de direito privado, não têm fins lucrativos e atuam ao lado do Estado, mediante o desempenho de atividades não lucrativas, não integrando a Administração direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), tampouco a Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas)².

Embora dotados de personalidade jurídica de direito privado e não integrantes da Administração Pública, atuam em cooperação com o Estado, desempenhando funções reconhecidamente de interesse público, voltadas à assistência social e à formação profissional no âmbito do setor econômico ao qual se vinculam.

Referidas entidades executam, assim, atividades de relevante interesse público, sendo mantidas por contribuições parafiscais cobradas de forma compulsória dos integrantes das categorias profissionais que representam.

Nas palavras de Thiago Bueno de Oliveira, os Serviços Sociais Autônomos, atualmente, desempenham “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”.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

¹ Sócia Fundadora e Vice-Presidente do Grupo JML, empresa especializada em Direito Administrativo e que já capacitou mais de 40.000 profissionais na área de Licitações e Contratos. Mestre em Direito Público. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Ambiental. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Coordenadora técnica da JML Consultoria. Coordenadora e professora do MBA em Compliance Público da Pólis Civita. Coordenadora e professora da especialização em Licitações e Contratos da PUC/SC. Professora do Curso de Licitações e Contratos da PUC/PR e da Faculdade Pólis Civitas. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Palestrante na área de Licitações e Contratos perante entidades da Administração Pública e Sistema S, com atuação em todo território nacional. Autora da obra *Licitações e Contratos no Sistema S*. 7. ed. Curitiba: JML, 2017 e da obra *Discrecionalidade Administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Autora de diversos artigos jurídicos, dentre os quais: *A Lei Geral de Proteção de Dados no Sistema S: aspectos relevantes*. In: *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de governança corporativa*. Editora Fórum, 2020.

²Sobre o tema, vide: VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e Contratos no Sistema “S”*. 7. ed. Curitiba: Editora JML, 2017.

³ OLIVEIRA, Thiago Bueno de. *Os Serviços Sociais Autônomos e a vedação ao retrocesso social*. In: *Revista JML de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 25, p. 45, dez. 2012.

⁴ CGU. *Coletânea de Entendimentos da SFC/CGU Sobre os Principais Temas de Gestão do Sistema “S”*. Brasília: CGU, 2004. p. 6. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/sistemas.pdf>>. Acesso em: 15.jul. 2020.

Em razão dessas peculiaridades que permeiam a existência e a atuação do Sistema “S”, é que tais entidades se submetem à incidência de regras e princípios gerais que regem as atividades administrativas. Estão sujeitas, então, a um regime jurídico híbrido, com a incidência de normas de direito privado e de direito público, e cujo controle finalístico, inclusive, é exercido pelo Tribunal de Contas da União⁵.

O dever de licitar dos Serviços Sociais Autônomos decorre do fato de eles administrarem verbas oriundas de contribuições parafiscais⁶. 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.

Isso não significa, porém, que tais entidades se sujeitam à mesma disciplina normativa aplicável à Administração Pública. Com efeito, em 1997, o Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão 907, reconheceu que as entidades do Sistema “S” não se sujeitam aos procedimentos da Lei 8.666/93, mas sim aos Regulamentos aprovados por cada Serviço Social Autônomo:

“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 nº 8.666/1993, 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 nº 907/1997 – Plenário. Rel.: Min. Lincoln Magalhães da Rocha.)⁷ (Grifos nossos)

Desde, então, a Corte de Contas vem firmando jurisprudência nesse sentido:

“Nessa linha, que em nada discrepa da doutrina pátria, esta Corte tem reiterado o entendimento de que **os serviços sociais autônomos sujeitam-se aos princípios constitucionais e às normas gerais de licitações e contratos, esteios de seus regulamentos próprios que se limitam a disciplinar aspectos operacionais.**”⁸ (grifou-se)

“[RELATÓRIO]

2.2 Visão geral do objeto

⁵ TCU. Acórdão 2079/2015. Plenário: “[VOTO] 6. Preliminarmente, cabe ressaltar que os Serviços Sociais Autônomos administram recursos públicos de natureza tributária advindos de contribuições parafiscais, destinados à persecução de fins de interesse público. Em decorrência da natureza pública desses recursos, estão as entidades integrantes do denominado ‘Sistema S’ submetidas ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 5º, inciso V, da Lei n. 8.443/1992, e a elas se aplicam os princípios que regem a Administração Pública, nominados na cabeça do art. 37 da Constituição Federal.”

⁶ Em sentido diverso, vide Marçal Justen Filho: “Reputa-se que a origem pública dos recursos não acarreta a submissão da entidade ao regime licitatório. Nem cabe impor o dever de entidades privadas submeterem um regime de licitações à prévia aprovação do TCU. Não existe qualquer dispositivo legal criando esse dever, nem instituindo essa competência ao TCU. (...) Ademais, insiste-se e, que o regime licitatório é reservado para entidades ‘sob controle estatal’. Isso não se passa com os entes integrantes do Sistema “S”, os quais se encontram sob o controle da iniciativa privada. Nem existe uma atividade administrativa estatal – ainda que se possa aludir a uma atividade administrativa não estatal”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70-71.

⁷ Acerca do tema, recomenda-se a leitura da Revista JML de Licitações e Contratos Edição Especial: Sistema “S” – Dever de Licitar – Não Aplicação Direta da Lei nº 8.666/1993 – Observância de seus regulamentos. Comentários às Decisões Paradigmas, Curitiba, p. 83, dez.2006.

⁸ TCU. Acórdão 1674/2013. Segunda Câmara.

17. O **Senar** foi criado por meio da Lei 8.315, de 23 de dezembro de 1991, com o objetivo de organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino da formação profissional rural e a promoção social do trabalhador rural.

18. Em razão da natureza pública dos serviços que prestam e da natureza tributária das contribuições compulsórias que integram suas receitas, os serviços sociais autônomos devem observância aos princípios constitucionais afetos à Administração Pública, ainda que não integrem a estrutura estatal.

19. Por consequência, as entidades do Sistema 'S' se sujeitam ao sistema de controle da Administração Pública, bem como têm obrigação de prestar contas da aplicação dos recursos públicos que recebem (art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal).

20. Em relação às aquisições realizadas por essas entidades, **o entendimento desta Corte é de que os serviços sociais autônomos, embora não obrigados ao estrito cumprimento da Lei 8.666/1993, devem observar seus regulamentos próprios, que devem ser compatíveis com os princípios do art. 37, caput, da Constituição Federal** (Decisões 907/1997-TCU-Plenário e 461/1998-TCU-Plenário, Acórdãos 5.262/2008-TCU-1ª Câmara e 2.097/2010-TCU-2ª Câmara, entre outros).

21. Em 2011, a receita do Senar Central foi de R\$ 35.926.573,00. Já o Senar com um todo (incluindo as 27 Administrações Regionais) ocupou dentre os onze integrantes do Sistema 'S' e considerando em conjunto o orçamento do Sest/Senat, em 2010, a sétima colocação em recursos arrecadados, que foram cerca de R\$ 321 milhões (TC 015.663/2011-6 - peça 5, p.1).

22. **Tendo em vista tratar-se de serviço social autônomo, as entidades não estão obrigadas ao estrito cumprimento da Lei 8.666/93. Assim, a presente auditoria tem por objetivo analisar a conformidade das aquisições de bens e contratações de serviços do Senar com seus regulamentos próprios (Regulamento de Licitações e Contratos, além de outros possíveis normativos próprios) e, essencialmente, com os princípios constitucionais afetos à Administração Pública, bem como a Jurisprudência desta Corte de Contas.**⁹ (grifou-se)

“[RELATÓRIO]

41. Em relação ao questionamento 'b' (sendo positiva a resposta ao item 'a', qual a fundamentação legal da exigência e da aplicação ao Sistema 'S', bem como o rol de documentos), verifica-se que **os entes do Sistema 'S' não são destinatários das determinações da lei 8666/1993, adotando regulamentos próprios de licitações, elaborados em consonância com os princípios gerais que regem a Administração Pública.** O Tribunal, por meio do Acórdão 457/2005-2ª Câmara, determinou às entidades que alterassem esses regulamentos de modo a prever a comprovação prévia de regularidade fiscal e previdenciária, inclusive nos convites e dispensas de licitação.

42. A razão para a exigência é que os serviços sociais autônomos, embora atuando ao lado do Poder Público com administração independente, mas prestando serviço essencialmente público, à custa de contribuições compulsórias pagas por empresas e trabalhadores, submetem-se inquestionavelmente aos traços definidores básicos do regime administrativo imperante no serviço público. Por isso não poderiam agir em direção contrária à que é impelida o conjunto da administração pública, por disposição expressa da Constituição Federal”.¹⁰ (grifou-se)

⁹ TCU. Acórdão 768/2013. Plenário.

¹⁰ TCU. Acórdão 5836/2013. Segunda Câmara.

“[VOTO]

7. (...) o TCU tem o entendimento pacificado de que as entidades do Sistema S, entre elas o Serviço Social do Comércio (Sesc), não estão obrigadas a seguir rigorosamente os termos da Lei nº 8.666/1993 e não são alcançadas pelo comando contido no art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, que impõe a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União. **Tais entidades estão obrigadas ao cumprimento de seus regulamentos próprios, os quais devem estar pautados nos princípios gerais do processo licitatório e consentâneos ao contido no art. 37, caput, da Constituição Federal (Acórdãos nº 1.188/2009, 1029/2011, 1695/2011, 2965/2011 e 526/2013, todos do Plenário).**”¹¹ (grifou-se)

“6. Em Sessão Plenária realizada em 11/12/97, ao acolher as conclusões deste Relator, exaradas no TC-011.777/1996-6, esta Corte firmou compreensão no sentido de que **os chamados Serviços Sociais Autônomos**, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.666/93, **não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos ditados pela referida Lei, e sim aos seus regulamentos de licitações e contratos, devidamente publicados** (Decisão 907/97 - Plenário).

7. Em decorrência da mencionada deliberação e por iniciativa conjunta dos entes integrantes do chamado “Sistema S”, constituiu-se uma comissão bilateral formada pelos órgãos dos Serviços Sociais Autônomos e pela 6ª Secex, resultando na elaboração dos regulamentos em destaque.

8. Nesse contexto, **a linha jurisprudencial recentemente preconizada, no que se refere à fiscalização dos chamados Serviços Sociais Autônomos, reclama uma abordagem própria, na qual se confira maior ênfase a questões finalísticas e à observância dos princípios gerais aplicáveis à administração pública** (Decisão 80/98 - 2ª Câmara, TC-650.148/1996-7; Acórdão 300/98 - 2ª Câmara, TC-009.319/1996-4 e Decisão 27/99 - 1ª Câmara, TC-275.614/1996-4, dentre outros).

9. Em Sessão realizada em 12/10/98, ao submeter à apreciação da 2ª Câmara, o Relatório de Auditoria realizada no Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SESC e SENAC, e diante de várias inobservâncias aos preceitos da Lei 8.666/93, o eminente Ministro Benjamin Zymler, referendado pelo Colegiado, adotou idêntico posicionamento, acentuando que igual entendimento havia sido corroborado por diversos julgados deste Pleno.

10. Na ocasião, asseverou o insigne Relator que as impropriedades ali destacadas não poderiam ser levadas em conta, seja para aplicação de multa ou mesmo para a formulação de determinações.

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**”¹².

Sobre o tema, também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“Feitas essas considerações, conclui-se que as entidades do “Sistema S” desenvolvem atividades privadas incentivadas e fomentadas pelo Poder Público, não se submetendo ao

¹¹ TCU. Acórdão 1392/2013. Plenário.

¹² TCU. Acórdão 7/2002. Plenário.

regramento disciplinado pela Lei 8.666/93. Tendo em vista a autonomia que lhes é conferida, exige-se apenas a realização de um procedimento simplificado de licitação previsto em regulamento próprio, o qual deve observar os princípios gerais que regem a matéria. No caso dos autos, verifica-se que o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) possui regulamento próprio sobre licitações (Resolução 25/2012), do qual não consta a exigência de que em seus editais deva conter o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários, bem como de critério de aceitabilidade¹³.

Do exposto, resta claro que as entidades integrantes do Sistema “S” sujeitam-se aos seus Regulamentos próprios, e que estes devem ser editados em consonância aos princípios aplicáveis à despesa pública. Mas não há consenso quanto à sujeição às normas gerais de licitações e contratos. Com efeito, é possível encontrar, em âmbito jurisprudencial, divergência a respeito, embora o TCU, em diversas oportunidades, tenha se manifestado em sentido favorável à sujeição como, por exemplo, em matéria de contratação direta¹⁴.

Essa discussão é relevante, pois a conclusão pela aplicabilidade ao Sistema “S” das normas gerais de licitações e contratos vai exigir, inexoravelmente, a adequação dos Regulamentos, naquilo que conflitar com a Lei 14.133/2021. Isso porque, o artigo 1º, da referida Lei, prescreve normas gerais de licitação e contratação, editada com fulcro no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que, por seu turno, estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais acerca da temática em tela.

Cumpre, para o correto deslinde da questão, citar a expressa redação tanto do texto constitucional quanto da nova Lei:

“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**”;

(...)

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação **para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, e abrange:

I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;

II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública”. (grifou-se)

Infere-se, portanto, que a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos abrange a Administração Pública Direta e Indireta, não vinculando os Serviços Sociais Autônomos, razão pela qual a promulgação da Lei 14.133/2021 não traz

¹³ STF. MS n.º. 33.442/DF, Julgado em 27/03/2018.

¹⁴ **3. As entidades do Sistema S não podem instituir em seus regulamentos novas hipóteses de contratação direta, haja vista que a matéria deve ser disciplinada por norma geral, de competência privativa da União.** Acórdão 3195/2014-Plenário, TC 005.708/2013-3, revisor Ministro Bruno Dantas, 19.11.2014. TCU. Informativo de Licitações e Contratos n.º 224/2014.

reflexos diretos e imediatos ao Sistema “S”, salvo na hipótese de eventual transferência voluntária de recursos por meio de convênios, a teor da disciplina do art. 184, da novel lei. Nesse sentido é a doutrina de Edgar Guimarães:

“As entidades integrantes do denominado Sistema “S”¹⁵ são qualificadas como Serviços Sociais Autônomos¹⁶, não integrantes da estrutura organizacional da Administração Pública Brasileira e, portanto, não se submetem aos rigores da disciplina jurídica das licitações constante da legislação aplicável à Administração Pública brasileira.

Tais entidades são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos que, em razão de gerirem recursos provenientes de contribuições parafiscais e possuírem alguns privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, não têm ampla liberdade para contratar bens e serviços, devendo, para tanto, instaurar um processo prévio denominado licitação, como forma de atender os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, dentre outros.

Embora estejam obrigadas a licitar, sustentamos que não se sujeitam aos rigores da ordem jurídica regedora da matéria aplicada à Administração Pública, mas, a regulamentos próprios devidamente publicados, consoante manifestação do Tribunal de Contas da União vazada na Decisão nº 907/1997.

Desta forma, em meados de 2006, os Conselhos Nacionais de tais entidades, baixaram atos aprovando Regulamentos de Licitações e Contratos, estabelecendo a disciplina jurídica a ser observada por ocasião das suas contratações.

Tais regulamentos, assim como a própria lei federal das licitações, não esgotam totalmente a matéria, sendo possível encontrar algumas lacunas, espaços em branco que, de acordo com nosso entendimento, deverão ser colmatados com a aplicação dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto e não com a adoção obrigatória do regime jurídico da Administração Pública.

A aplicação subsidiária da Lei nº 14.133/2021 aos processos licitatórios instaurados por entidades do Sistema “S” é, portanto, absolutamente facultativa, tendo em vista a inexistência de norma jurídica que as obrigue a se submeterem às regras da Administração Pública, exceção feita nas hipóteses de transferência voluntária de recursos da União à título de convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos.¹⁷

Em que pese a Lei nº 14.133/2021 não ter causado nenhum impacto nos Regulamentos das Entidades do Sistema S, esta é uma boa hora para se promover uma atualização no regime jurídico licitatório e contratual vigente no âmbito do Sistema S.

Considerando que tais regramentos datam de 2006, com algumas poucas alterações ocorridas ao longo dos últimos anos, faz-se necessário adequá-los aos avanços sociais, tecnológicos e econômicos da sociedade. Para tanto, sugerimos subtrair da Lei nº 14.133/2021 disposições que possam tornar o processo de contratação mais célere, eficiente

¹⁵ SESC, SENAI, SENAC, SEBRAE etc.

¹⁶ De acordo com Hely Lopes Meirelles “*Serviços Sociais Autônomos são 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 parafiscais. 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.*” (MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 346)

¹⁷ Lei nº 14.133/2021, artigo 184.

e, sobretudo, propiciar o verdadeiro desiderato de uma licitação que é a seleção da melhor proposta para o atendimento de certa necessidade”¹⁸.

De qualquer sorte, não se pode olvidar que a Lei 14.133/2021 consolidou boas práticas há tempos recomendadas pela doutrina e pela Corte de Contas, sendo salutar que os Departamentos Nacionais, de cada Serviço Social Autônomo, ponderem sobre uma possível atualização dos Regulamentos. Compulsando-se a Lei 14.133/2021, em nosso entender, devem ser adotadas pelo Sistema “S”, sem a exclusão de outras, as seguintes diretrizes como boa prática:

a) Planejamento como princípio, alinhado ao Planejamento estratégico da entidade e ao orçamento;

b) Elaboração do Plano de Contratações Anual, com o escopo de levantar as contratações do exercício seguinte, pois essa prática contribui para o princípio da eficiência, assegura a economia de escala, minimiza o risco de fracionamento da despesa, além de viabilizar um cronograma estratégico das contratações;

c) Realização dos Estudos Técnicos Preliminares, a fim de propiciar o conhecimento da demanda e do mercado, justificando a viabilidade técnica, econômica e ambiental da solução eleita;

d) Respeito à segregação de funções quando da designação dos agentes responsáveis pela licitação e contratação, em prol do adequado controle do processo;

e) Implantação de um Sistema de Governança e de Gestão de Riscos, para garantir maior efetividade na aplicação dos recursos públicos gerenciados pelo Sistema “S”;

f) Criação de um Portal de Contratações específico ao Sistema “S”, o que além de contribuir para maior transparência, também pode auxiliar na troca de informações entre entidades, a exemplo de editais, contratos, atas de registro de preços, catálogo de produtos e serviços, bem como preços praticados;

g) Maior atuação das assessorias jurídicas no controle prévio de legalidade, tanto das licitações, quanto das contratações diretas.

¹⁸ GUIMARÃES, Edgar. Nova Lei de Licitações e Contratos. Competência legislativa, âmbito de incidência, vigência e impacto nas leis estaduais, municipais e Regulamentos do Sistema “S”. In: Diálogos sobre a nova lei de licitações e contratações: Lei 14.133/2021 [livro eletrônico]. VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes (coordenadora). Pinhais: Editora JML, 2021, p. 21-22.