

MANDADO DE SEGURANÇA 33.442 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
IMPTE.(S) : SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM
COMERCIAL SENAC
ADV.(A/S) : ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA E
OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), contra o Acórdão 3.211/2014, do Tribunal de Contas da União (DOU de 24.11.2014) no Processo 028.378/2011-3, que manteve os Acórdãos 2.965/2011 e 2322/2014, para determinar à impetrante, no item 9.2.2 da decisão, que *“inclua em seus editais de licitação o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários, bem como de critério de aceitabilidade dos preços unitários”*.

Nas razões do mandado de segurança, sustenta-se que o SENAC é pessoa jurídica de direito privado, que exerce suas atividades em colaboração com o Poder Público e, por não integrar a Administração Pública direta ou indireta, não se submete às disposições da Lei Federal 8.666/1993. Alega-se que o impetrante possui regulamento próprio de licitações, disciplinado na Resolução 25/2012.

Pugna-se, liminarmente, pela suspensão dos efeitos do item 9.2.2. do Acórdão 2.965/2011, mantido pelo Acórdão 2.322/2014 e novamente confirmado pelo Acórdão 3.211/2014. Argumenta-se que o *periculum in mora* consiste (i) na necessidade de realização de diversas licitações pelo Senac/SP; (ii) nas sanções que podem ser aplicadas pelo TCU caso a determinação impugnada seja descumprida; e (iii) nos prejuízos financeiros que pode vir a suportar, referentes aos valores elevados do *modus operandi* utilizado por várias empresas nos processos de licitação.

Deferi o pedido liminar para determinar a suspensão dos efeitos do

MS 33442 / DF

item 9.2.2. do Acórdão 2.965/2011, mantido pelo Acórdão 2.322/2014 e novamente confirmado pelo Acórdão 3.211/2014, até o julgamento de mérito do presente *writ* (eDOC 82). Inconformada, a União interpôs agravo regimental (eDOC 91).

A autoridade coatora apresentou suas informações, resumidas na seguinte ementa:

“Mandado de Segurança, com pedido de medida liminar (já deferido), impetrado pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Administração Regional de São Paulo – SENAC/SP, objetivando a anulação do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.965/2011, mantido pelos Acórdãos 2.322/2014 e 3.211/2014, todos do Plenário do TCU, por meio do qual a Corte de Contas determinou ao impetrante que ‘inclua em seus editais de licitação orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários, bem como de critério de aceitabilidade dos preços unitário e global’.

1. O TCU não determinou ao Senac/SP o cumprimento da Lei 8.666/93, mas sim de preceito que, embora conste também daquele diploma legal, dá concretude aos princípios da publicidade, isonomia, julgamento objetivo e seleção da melhor proposta, princípios esses aplicáveis a todos aqueles que lidam com dinheiros públicos, ainda que oriundos de contribuições parafiscais, como é o caso do impetrante.

2. Não procede a alegação do impetrante de que a divulgação de orçamentos estimativos, juntamente com o edital da licitação, tal como determinado pelo TCU, incite a apresentação de propostas de preços superiores aos estimados pela Administração. As verdadeiras causas de os preços licitados terem sido alegadamente bastante inferiores aos preços que serviram de base aos orçamentos prévios nos casos mencionados pelo impetrante, somente podem ser conhecidas mediante auditoria em cada contratação, o que é insuscetível em sede de mandado de segurança, que exige, consoante a jurisprudência do STF, a existência de prova pré-constituída do

alegado direito líquido e certo.

3. Parecer pela revogação da medida liminar e, no mérito, pela denegação da segurança, tendo em vista a inexistência de direito líquido e certo que ampare a pretensão do impetrante". (eDOC 88)

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem, em parecer ementado nos seguintes termos:

"Mandado de segurança. Momento da publicidade do 'orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários e de critério de aceitabilidade dos preços unitários', nas aquisições de bens e serviços, pelas entidades do art. 240 da CR, as pessoas jurídicas integrantes do chamado 'Sistema S'.

O controle finalístico dos atos das entidades do art. 240 da CR pelo TCU impõe-lhes munirem-se, antes da seleção de contratantes, do orçamento de bens e serviços, dos custos unitários e dos critérios de aceitação de preços ofertados: impossibilidade material do referido controle pelo TCU, se as milhares de aquisições anuais, espalhadas por todo o território nacional, não forem instruídas com os referidos dados.

Necessidade de adoção de mecanismo que assegure aos interessados na seleção a existência prévia das referidas informações orientadoras da escolha do contratante pelas entidades do art. 240 da CR.

Do dever de levantamento de tais informações antes de celebrado o contrato, não se segue a obrigação de sua publicidade, em momento anterior aos lances: discricionariedade das entidades aludidas na fixação do momento de revelação de tais dados, porque sua postergação para momento ulterior à formulação dos lances tem racionalidade teleológica, consistente em se obterem melhores preços com o fomento da disputa entre concorrentes, na medida em que desconhecem sobretudo os preços mínimo e máximo dos bens e serviços apurados pelas entidades do art. 240 da CR.

Parecer pela concessão parcial do mandado de

segurança". (eDOC 93)

Decido.

Inicialmente, destaco que esta Corte já firmou orientação no sentido de que as entidades do Sistema "S" têm natureza privada e não integram a Administração Pública direta ou indireta, não se submetendo ao processo licitatório previsto pela Lei 8.666/93. Nesse sentido, cito o seguinte julgado:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. ENTIDADES DE COOPERAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 11.970/1997 DO ESTADO DO PARANÁ. PARANAEDUCAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. RECURSOS PÚBLICOS FINANCEIROS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. GESTÃO EXCLUSIVA PELO ESTADO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Na sessão plenária de 12 de abril de 2004, esta Corte, preliminarmente e por decisão unânime, não conheceu da ação relativamente à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação-CNTE. Posterior alteração da jurisprudência da Corte acerca da legitimidade ativa da CNTE não altera o julgamento da preliminar já concluído. Preclusão. Legitimidade ativa do Partido dos Trabalhadores reconhecida. 2. O PARANAEDUCAÇÃO é entidade instituída com o fim de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, tendo como finalidades a prestação de apoio técnico, administrativo, financeiro e pedagógico, bem como o suprimento e aperfeiçoamento dos recursos humanos, administrativos e financeiros da Secretaria Estadual de Educação. Como se vê, o PARANAEDUCAÇÃO tem atuação paralela à da Secretaria de Educação e com esta coopera, sendo mero auxiliar na execução da função pública - Educação. 3. 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. 4. A contratação de empregados regidos pela CLT não ofende a Constituição porque se trata de uma entidade de direito privado. No entanto, ao permitir que os servidores públicos estaduais optem pelo regime celetista ao ingressarem no PARANEDUCAÇÃO, a norma viola o artigo 39 da Constituição, com a redação em vigor antes da EC 19/1998. 5. Por fim, ao atribuir a uma entidade de direito privado, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, a gestão dos recursos financeiros do Estado destinados ao desenvolvimento da educação, possibilitando ainda que a entidade exerça a gerência das verbas públicas, externas ao seu patrimônio, legitimando-a a tomar decisões autônomas sobre sua aplicação, a norma incide em inconstitucionalidade. De fato, somente é possível ao Estado o desempenho eficaz de seu papel no que toca à educação se estiver apto a determinar a forma de alocação dos recursos orçamentários de que dispõe para tal atividade. Esta competência é exclusiva do Estado, não podendo ser delegada a entidades de direito privado. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 19, § 3º da lei 11.970/1997 do estado do Paraná, bem como para dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 3º, I e ao artigo 11, incisos IV e VII do mesmo diploma legal, de sorte a entender-se que as normas de procedimentos e os critérios de utilização e repasse de recursos financeiros a serem geridos pelo PARANAEDUCAÇÃO podem ter como objeto, unicamente, a parcela dos recursos formal e especificamente alocados ao PARANAEDUCAÇÃO, não abrangendo, em nenhuma hipótese, a totalidade dos recursos públicos destinados à educação no Estado do Paraná”. (ADI 1.864, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator para acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJ 2.5.2008)

Na mesma linha, ao apreciar o RE 789.874-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 19.11.2014, o Plenário fixou o entendimento no sentido de que os serviços sociais autônomos possuem natureza jurídica de direito privado e não estão sujeitos à regra do art. 37, II, da Constituição, que exige a realização de concurso público para contratação de pessoal.

Na oportunidade, ressaltou-se que as entidades do “Sistema S” desempenham atividades privadas de interesse coletivo, em regime de colaboração com o poder público, e possuem patrimônio e receitas próprias, bem como a prerrogativa de autogestão de seus recursos. São patrocinadas por recursos recolhidos do setor produtivo beneficiado, tendo recebido inegável autonomia administrativa, embora se submetam ao controle finalístico do Tribunal de Contas da União. Confira-se a ementa do julgado:

“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

MS 33442 / DF

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”.

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

Cumpram ainda acrescentar que, conforme extrai-se da inicial, o SENAC não se insurge contra a elaboração de tais orçamentos, uma vez que, segundo ele, tais procedimentos fazem parte de suas licitações, mas sim contra a inclusão de tais informações em seus editais ou em material anexo a eles.

Isso porque, segundo a inicial, o fato de o SENAC não anexar ao edital tais orçamentos, tem lhe possibilitado contratações mais vantajosas, atendendo dessa forma aos princípios da isonomia e da seleção da melhor proposta.

Dessa forma, verifica-se que a ausência de anexação dessas planilhas ao edital não traz qualquer prejuízo à lisura do procedimento licitatório simplificado a ser observado pela entidade.

MS 33442 / DF

Por fim, ressalto que nada obsta ao TCU requisitar a apresentação de tais documentos para os fins a que se refere o art. 71 da CF, os quais, conforme alegado pelo próprio impetrante, fazem parte de seu procedimento simplificado, apesar de não constar de seus editais.

Ante o exposto, concedo a segurança para anular a determinação contida no item 9.2.2 do Acórdão 2.965/2011 nos autos do RC 028.378/2011-3.

Publique-se.

Brasília, 27 de março de 2018.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente