

As entidades privadas e a Lei de Licitações e Contratos (EC 19/98 e a Lei 9649/98)

Leon Frejda Szklarowsky *

A Lei 8666, de 21 de junho de 1998, e suas alterações posteriores, estabelece os princípios gerais que disciplinam a licitação e os contratos administrativos.

Constitui-se de normas gerais (1), aplicáveis aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de normas específicas da União - incidentes, apenas, na órbita federal.

O artigo 118 manda que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as entidades da Administração indireta, (2) compreendendo todos os entes descritos no artigo 119, adaptem suas normas ao disposto nesta Lei, em harmonia com o princípio da autonomia, inscrito na Constituição Federal (arts.1º, 25 a 32).

O artigo 119 determina que as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as fundações públicas e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo 118, deverão editar regulamentos próprios (ou adaptar os já existentes), devidamente publicados, ficando sujeitos às disposições, isto é, às normas gerais da Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei 8666/93 (LLCA) e suas alterações posteriores.

A Lei 9472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, de conformidade com a Emenda Constitucional 8/95, cria a AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, como órgão integrante da Administração Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com o objetivo de regular as telecomunicações.

Dita ainda esse diploma legal que a contratação de obras e serviços de engenharia civil se submete ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública, contudo, para os casos não previstos no caput do artigo 54 dessa Lei, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação nas modalidades de consulta e pregão.

A Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, publicada no DOU, de 5 seguinte, entretanto, alterou, substancialmente, o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição(3), consignando que à União compete legislar privativamente sobre normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas direta, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III.

Por outro lado, a Emenda introduziu inovação neste último dispositivo (4), ordenando que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública, enquanto que o artigo 3º da Emenda Constitucional suprimiu, com muita razão, a expressão fundacional (5) do caput do artigo 37 do Texto Constitucional, visto que a fundação é parte integrante da administração indireta, conquanto não o tenha feito no aludido artigo 22.

Enquanto a União não editar a lei, instituindo o referido estatuto, seus regulamentos e estatutos, calcados nos princípios gerais da Lei 8666/93, continuarão a disciplinar a licitação e a contratação de obras, serviços, compras e alienações, para evitar o vácuo legal.

SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Os SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS são entes privados criados por lei, com personalidade de direito privado, para desempenho de determinadas atividades, sem fins lucrativos, mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais. Essas entidades não integram a Administração Pública, nem vêm catalogadas, entre os entes indicados pela lei de licitações e contratos, todavia, como ministra o príncipe dos administrativistas, Hely Lopes Meirelles, atuam ao lado do Estado, cooperam com ele, conquanto se rejam por normas de direito privado (6). Entretanto, embora não se subordinem à lei licitatória, enquanto não dispuserem de regulamentos próprios e adequados às suas finalidades, devidamente publicados, deverão obediência às normas gerais daquele diploma.

A lei autoriza-os a proceder a arrecadação de contribuições parafiscais, para sua manutenção, podendo até ser subsidiados pelo Poder Público.

Não gozam de privilégios fiscais, processuais ou administrativos, senão os que a lei expressamente lhes conferem, e cobram sua dívida, pela via processual comum.(7)

O artigo 70 da Constituição Federal (8) determina a prestação de contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

Destarte, estes entes, embora, privados, devem prestar contas junto ao Tribunal de Contas.

O Excelso Supremo Tribunal Federal já sumulou que o SESI e todas as entidades congêneres têm obrigação de prestar contas ao Tribunal de Contas, desde que haja ingerência de dinheiro público. (9)

Entre estas entidades, distinguem-se o SESI, SENAI, SENAC, SESC, SEST, SENAT, SENAR, SEBRAE etc.

O Tribunal de Contas da União, pelo seu Plenário, adotando voto do eminente Relator, Ministro Bento José Bugarin, decidiu, por unanimidade, que a entidade paraestatal, ao adotar regulamento próprio, deverá fazê-lo, de conformidade com as diretrizes da Lei 8666/93. Entre essas entidades, engloba os serviços sociais autônomos, (10) que são pessoas jurídicas de direito privado (SESC, SENAI etc.), cabendo sua organização e direção à Confederação Nacional da Indústria (SENAI). Vinculam-se, todavia, ao Ministério da Indústria e Comércio e, como escolas de ensino, submetem-se também à fiscalização do Ministério da Educação, integrando o rol das unidades jurisdicionadas a essa Corte. (11)

Cite-se memorável decisão do Tribunal de Contas da União, relatada pelo ínclito Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, corroborando a decisão plenária 907/97, de 11-12-97, ao concluir que os Serviços Sociais Autônomos - Órgãos integrantes do Sistema "S" - não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos estabelecidos, na Lei 8666/93, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório. (12) <

SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS

O artigo 58 da Lei 9649, de 27 de maio de 1998, de duvidosa constitucionalidade, alterou profundamente a natureza das entidades de fiscalização profissional. Esse diploma legislativo dispõe que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão

exercidas em caráter privado por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa. (13)

As decisões do Plenário do conselho federal das respectivas profissões regulamentadas disciplinarão sua estrutura e funcionamento. Esses conselhos passaram a ser dotados de personalidade jurídica de direito privado e não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo hierárquico ou funcional.

Assim, por força desse diploma, não tendo mais essas entidades natureza autárquica - pública, a cobrança de sua dívida (inclusive as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias), far-se-á, via execução processual comum e não mais, segundo a Lei 6830, de 1980, porque o artigo 1º é incisivo, quanto às entidades que podem cobrar sua dívida ativa (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias). E o § 1º do artigo 2º também é categórico, em relação às entidades que podem cobrar sua dívida ativa, com os privilégios dessa lei: somente o valor (crédito), cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o citado artigo 1º, será considerada dívida ativa.

A certidão relativa aos créditos desses entes constitui título executivo extrajudicial e enquadra-se nos moldes fixados pelo artigo 585, inciso VII, do CPC.

Outro reflexo de significativa importância, produzida por essa lei, refere-se à não submissão dessas entidades, a partir de agora, à Lei de Licitações e Contratos, porquanto o parágrafo único do artigo 1º da Lei 8666/93 é taxativo quanto a sua abrangência. A essa lei, subordinam-se tão só os órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais controladas direta ou indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e o artigo 116 manda se apliquem suas disposições, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Destarte, as entidades de fiscalização de profissões regulamentadas reger-se-ão por seus regimentos e estatutos, inclusive quanto aos procedimentos que devem adotar, para aquisição de bens, alienação e contratação de obras, serviços e compras, devendo adaptá-los, imediatamente, sem embargo de, por constituírem serviços públicos, gozarem de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços (14).

Por semelhança com os órgãos integrantes do Sistema S, não é demais mencionar a citada decisão do Tribunal de Contas da União, relatada pelo ínclito Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, corroborando a decisão plenária 907/97, de 11-12-97, (15) que as excluem da observância da lei de licitações e contratos, mas lhes impõe a obediência a regulamentos próprios.

O controle das atividades financeiras e administrativas desses conselhos será realizado pelos seus órgãos internos de fiscalização, não obstante, em face do comando do parágrafo único do artigo 70 da Constituição, alterado pelo artigo 12 da Emenda Constitucional 19/98, deverão prestar contas ao Tribunal de Contas, porque estão autorizados por lei a fixar, cobrar e executar as contribuições das pessoas jurídicas e físicas, preços, serviços e multas devidas, que constituirão sua receita, pelo exercício dos serviços de fiscalização das profissões regulamentadas, por delegação do poder público, sucedendo às antigas autarquias de fiscalização.

Indubitavelmente, enquadram-se nos ditames do cânone constitucional, gizado pelo citado parágrafo único do artigo 70.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

O art. 58 da Lei 9649/98, contudo, não se aplica à Ordem dos Advogados do Brasil, em vista de suas reconhecidas peculiaridades, consoante atesta o luminoso parecer do então Consultor - Geral da República, Luiz Rafael Mayer, sentenciando que " lei nova, sem remissão expressa à OAB, não terá por consequência revogar a norma singular da Lei

4215-63 (atualmente, artigo 44 da Lei 8906/94), que exclui a entidade dos advogados da incidência da disciplina das autarquias, estas ou aquelas. Inocorrente a incompatibilidade entre uma e outra, ter-se-á a prevalência do preceito, em vigor...", declarando insubsistente decreto que visava vincular a OAB ao Ministério do Trabalho e sujeitá-la à supervisão ministerial, prevista no DL 968/69, c/c os artigos 200/67, (16) posto que lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais, a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior, como quer a Lei de Introdução ao Código Civil.

O § 9º da citada Lei 9649, outrossim, expressamente exclui de sua incidência a Ordem dos Advogados, ou seja, seu comando é categórico, quando determina a não aplicação do artigo 58 à entidade de que trata a lei 8906/94. Isto porque a OAB, ex vi de norma constitucional, possui ainda funções constitucionais próprias, além da fiscalização profissional, com participação nos procedimentos de ingresso na Magistratura, no controle da constitucionalidade de leis, na defesa da Constituição e da ordem jurídica. (17) A jurisprudência, em uníssono, vem perfilhando esse entendimento, ao proclamar que a OAB é uma autarquia profissional especial com perfil de serviço público de natureza indireta. (18)

Rememorem-se, pois, as características especialíssimas que a Constituição e o Estatuto da Advocacia lhe conferem, com o reconhecimento expresso da Lei 9649/98.

Assim, sua dívida ativa será inscrita por seu órgão jurídico e cobrada, com fundamento na Lei 6830/80.

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

As ORGANIZAÇÕES SOCIAIS são entidades privadas - pessoas jurídicas de direito privado - sem fins lucrativos, destinadas ao exercício de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Juarez Freitas enxerga, nessas entidades, nem estatal, nem privadas totalmente, um terceiro gênero, uma novidade alvissareira, submetidas a princípios privados e publicistas, que não integram, porém, a Administração Pública indireta, com o aval de Paulo Modesto, que propõe uma entidade privada prestadora de serviço privado de interesse público. (19) No entanto, censura Freitas a exagerada abertura que a lei forneceu ao Poder Executivo. (20)

Esses organismos são declarados, de interesse social e utilidade pública, podendo-lhes ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários aos contratos de gestão, que preverão o cronograma de desembolso e as liberações financeiras.

O Poder Executivo pode, de acordo com o comando da Lei 9637, de 15 de maio de 1998 (21), qualificar as entidades privadas, que exerçam aquelas atividades, como organizações sociais, desde que:

1. Comprovem o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre os requisitos previstos no artigo 2º, destacando-se a natureza social de seus objetivos, finalidade não lucrativa e obrigando-se ela a investir o excedente financeiro no desenvolvimento das próprias atividades; previsão obrigatória de um conselho de administração e uma diretoria, como órgãos de deliberação superior e direção.

O conselho deverá, segundo os estatutos, ter composição e atribuições normativas e de controle básicas, previstos nesse diploma legal. O Poder Público e a comunidade deverão estar representados nessas entidades, cujos membros serão de notória capacidade profissional e idoneidade moral.

2. Atendendo à conveniência e oportunidade, o Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade, que corresponde ao seu objeto social, e o Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado aprovem sua qualificação como organização social.

O Conselho de Administração tem, entre suas atribuições privativas, a de aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento contendo os procedimentos a serem adotados, na contratação de obras, serviços, compras e alienações, a proposta do contrato de gestão dessa entidade e os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa, bem como fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas.

O regulamento, contendo os procedimentos para a referida contratação, inclusive com recursos públicos, deverá ser publicado, no prazo máximo de noventa dias do contrato de gestão, e deverá consubstanciar os princípios gerais do processo licitatório, tendo em vista a já citada Decisão Plenária TCU nº 907/97, em hipótese semelhante, ao concluir "que os Serviços Sociais Autônomos não estão sujeitos à observância aos estritos procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório."

Atente-se que a Lei 9648/98 acrescentou ao artigo 24 da Lei 8666/93 disposição (22) que permite à Administração a dispensa de licitação, para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas nas respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Também a proposta orçamentária e o programa de investimentos, bem como o contrato de gestão, entre o Poder Público e a organização social, para a formação de parceria, com o objetivo de fomentar a execução de atividades correspondentes as suas áreas de atuação, deverá ser aprovado pelo Conselho de Administração e submetido ao Ministro de Estado ou à autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada, obedecidos os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, economicidade, e conter a especificação do programa de trabalho e estipulação dos limites e critérios para a despesa com remuneração e vantagens dos dirigentes e empregados.

As entidades privadas qualificadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, como organizações sociais, desde que haja reciprocidade e a legislação local não contrarie os mandamentos desta lei e a legislação específica federal, são declaradas de interesse social e utilidade pública.

Também os bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão e destinados a essas organizações, mediante permissão de uso, ficam dispensados da licitação.

7Estes entes deverão obrigatoriamente prestar contas ao Tribunal de Contas, na forma do artigo 70 do Estatuto Magno, e o parágrafo único desse preceito constitucional não deixa margem a qualquer dúvida.

Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é pessoa legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidade perante o Tribunal de Contas da União, aplicando-se, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e aos Tribunais de Contas e Conselhos de Contas dos Municípios. (23)

Sua dívida ativa será cobrada, de conformidade com a lei de processo comum. (24)

NOTAS

Sobre o assunto, consulte-se, de Geraldo Ataliba, LEIS NACIONAIS E LEIS FEDERAIS NO REGIME CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, in Estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Rao, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1976, organizado por Péricles Prado, e de Toshio Mukai, Licitações e Contratos Públicos, Saraiva, 1998.

Sobre o conceito de administração e sua abrangência, consulte-se nosso A Administração Pública e a Lei 8666/93, in Boletim de Licitações e Contratos (BLC), da Editora NDJ, de São Paulo, volume 8/93.

Cf. artigo 1º da Emenda cit.

Cf. artigo 22 da Emenda cit.

Cf. nosso Sujeito Ativo da Execução Fiscal, in REPRO - Revista de Processo número 41.

Cf. Direito Administrativo Brasileiro, 17ª atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, Malheiros Editores, 1992, p. 336.

Cf. nosso Sujeito Ativo da Execução Fiscal e As agências Financeiras e a execução fiscal, in REPRO - Revista de Processo, editado pela Revista dos Tribunais, 41/76 e 44, respectivamente. Idem, nosso Parecer LXV, publicado em Pareceres da Procuradoria - Geral da Fazenda Nacional, 1981, ano CXXXII, Tomo I, Brasília, 1986.pp.404 a 421. Idem, Inscrição da Dívida Ativa da Autarquia, Multas etc., in DOU DE 7.8.81, P. 14954, e em Pareceres cit., PGFN, P. 424 e segs.

Cf. o artigo 12 da Emenda Constitucional 19, de 5 de junho de 1998, que deu nova redação ao parágrafo único do artigo 70 da Constituição, tornando mais elástica sua aplicação.

Cf. Súmula 516, apud Direito Sumular, de Roberto Rosas, Malheiros Editores, 7ª edição.

Cf. remissão anterior.

Cf. Decisão 408/95, Ata 37/95, Sessão de 16.8.95. Este julgado cita, no mesmo sentido, inúmeras decisões, in BLC cit., 3, de março de 1997, pp. 143 a 146.

Cf. Decisão Plenária 461/98, no Processo TC 001.620/98-3, Ata 28/98, publicada no DOU, de 7-8-98, Seção I, páginas 10, presentes os Ministros Homero Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios RodriguesVilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bulgarin e os Ministros Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

Cf. artigo 58. Essa lei é fruto da adoção das medidas provisórias que a antecederam. Vide artigo 64 da Lei 9649, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios.

Cf. § 6º do artigo 58 da Lei 9649, de 27 de maio de 1998.

Cf. Decisão Plenária 461/98 cit.

Cf. Parecer L 069 aprovado pelo Presidente da República e publicado no DOU, de 14 de fevereiro de 1978, p. 2178.

Neste sentido, consulte-se a preciosa petição inicial do douto advogado Marcelo Mello Martins contra ato do Diretor de Arrecadação e Fiscalização do INSS, com despacho favorável do juiz federal da 14ª Vara Federal do DF, em 29.8.98.

Cf. CC 21255/ES, Relator Ministro José Delgado, DJ 3..8.98, p. 1105. Neste sentido, HC 0001004, DJ 10.11.93, p. 21337, Rel. Ministro José Cândido de Caralho Filho; REO 0501928, DJ 21.9.90, Rel. Juiz José Delgado, TRF 5ª; AC 0208288, DJ 26.10.93, Rel. Juiz Alberto Nogueira, TRF 2ª, apud cit. petição.

Cf. Boletim de Direito Administrativo, Ed. NDJ, 4/98.

Cf. As Organizações Sociais, Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, 10, de outubro de 1998, p. 617.

Essa lei convalidou os atos praticados com base na Medida Provisória 1648-6, de 24 de março de 1998.

Cf. inciso XXIV.

Cf. artigo 75 da CF.

Vide remissão 7 supra.

*O Professor Leon Frejda Szklarowsky é Conselheiro da OAB-DF, Subprocurador – Geral da Fazenda Nacional aposentado, escritor, diretor do Instituto Histórico e Geográfico do Distrito Federal, membro da American Arbitration Association, presidente do Conselho de Ética e Gestão e juiz arbitral do Superior Tribunal de Justiça Arbitral do Brasil, acadêmico e ex-presidente da Academia Maçônica de Letras do Distrito Federal, da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Academia de Letras do Distrito Federal, da Academia de Letras e Música do Brasil, vice-presidente do Instituto Jurídico Consulex e da Associação Brasileira de Advogados, membro da International Fiscal Association, dos Institutos dos Advogados Brasileiros, de São Paulo e do DF, da Associação Nacional dos Escritores e de diversas entidades jurídicas e literárias. Autor de inúmeras obras e ensaios, destacando-se: Hebreus, História de um povo, Orquestra das Cigarras, Crimes de Racismo, Arbitragem, Penhora Administrativa, Execução Fiscal e Medidas Provisórias – Instrumento de Governabilidade.

Disponível em:< http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/916>

Acesso em.: 04 dez 2007.