

Sistema “S”. Exigência de Regularidade perante a Seguridade Social. Uniformização de Jurisprudência.

Tribunal de Contas da União

Acórdão 2743/2017 Plenário

Relatora: Ana Arraes.

Por JML Consultoria¹

SUMÁRIO: PRESTAÇÃO DE CONTAS. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA SUSCITADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU SOBRE A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL NAS CONTRATAÇÕES EFETIVADAS POR DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NOS REGULAMENTOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS. ACOLHIMENTO. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO. CIÊNCIA À COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO TCU. PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO DAS CONTAS. EXCLUSÃO DE DOIS RESPONSÁVEIS. CONTAS REGULARES COM QUITAÇÃO PLENA DE ALGUNS RESPONSÁVEIS E CONTAS REGULARES COM RESSALVA E QUITAÇÃO DE OUTROS. CIÊNCIA.

1. É dispensável a exigência de **regularidade com a seguridade social** nas hipóteses previstas no art. 32, § 1º, da Lei 8.666/1993;
2. É dispensável a exigência de **regularidade com a seguridade social**, nas hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/1993, bem assim nas aquisições realizadas mediante pregão, na forma da Lei 10.520/2002, até o limite de convite;
3. Os serviços sociais autônomos, a Agência de Promoção de Exportações do Brasil (Apex-Brasil) e a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) deverão exigir comprovação da **regularidade fiscal e com a Seguridade Social**, segundo as regras estatuídas em seus regulamentos próprios, devidamente publicados e consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório.

O Acórdão em destaque versa sobre a polêmica pertinente à exigência de regularidade perante a Seguridade Social nas licitações e contratações diretas formalizadas pelos Serviços Sociais Autônomos. Em apertada síntese, infere-se a existência de três posições a respeito do tema:

1º grupo: formado pela jurisprudência majoritária deste Tribunal, que não admite exceção à exigência de comprovação da regularidade fiscal nas contratações realizadas pela Administração Pública.

2º grupo: admite excepcionar a exigência de comprovação da regularidade fiscal as hipóteses de dispensa de licitação dos incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/1993, baseadas no baixo valor da contratação.

3º grupo: admite a dispensa à exigência de comprovação de regularidade fiscal nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, até o limite da concorrência”.²

Para dirimir a divergência, no âmbito do Sistema “S” o tema suscitou um processo de uniformização de jurisprudência perante o TCU, consoante se extrai do Acórdão nº 1.976/2013, do Plenário:

“SUMÁRIO: PRESTAÇÃO DE CONTAS. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ALTERAÇÃO DOS REGULAMENTOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS, PARA PREVER A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL NAS CONTRATAÇÕES EFETIVADAS POR MEIO DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, NOTADAMENTE NOS CASOS DE DISPENSA FUNDAMENTADA NOS INCISOS I E II DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666/1993. CONTROVÉRSIA DEMONSTRADA. CONHECIMENTO DA PRELIMINAR. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO NO ART. 91 DO REGIMENTO INTERNO. CONSTITUIÇÃO DE ANEXO AOS AUTOS PRINCIPAIS.

(...)

¹ Texto elaborado pelas consultoras Ana Carolina Coura Vicente Machado e Julieta Mendes Lopes Vareschini.

² Acórdão nº. 2743/2017 – Plenário.

5. Por seu turno, o representante do Ministério Público junto a esta Corte, procurador Júlio Marcelo de Oliveira, ao examinar, em primeiro lugar, um dos pontos objeto da audiência dos responsáveis – *‘reincidência no descumprimento de determinação desta Corte (Acórdão nº 338/2007 – Primeira Câmara, item 9.3.6), por não estar sendo exigida a apresentação da documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social nos casos de dispensa de licitação (art. 16, III, § 1º, da Lei nº 8.443/1992)’* – suscitou incidente de uniformização de jurisprudência.
6. Ao final, além de propor o conhecimento do mencionado incidente, o nobre procurador defendeu, acompanhando a unidade técnica, a exclusão do IEL/GO e de um dos responsáveis da relação processual. Defendeu, todavia, no tocante ao mérito, proposta divergente da Secex/GO, no sentido de irregularidade das contas de dois responsáveis, com aplicação de multa, e regularidade com quitação plena aos demais.
7. Nesse momento processual, passo a tratar especificamente da matéria relacionada ao incidente de uniformização de jurisprudência.
8. A mencionada determinação, dirigida ao Sesi/GO e constante do subitem 9.3.6 do Acórdão nº 338/2007 – Primeira Câmara, proferido no julgamento das contas da entidade de 2004, está vazada nos seguintes termos: ‘9.3.6. estenda a exigência de apresentação da documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social a todas as modalidades de licitação, inclusive em situações de contratação direta mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 195, § 3º, da Constituição Federal, da Decisão nº 705/1994 – TCU – Plenário e da Decisão nº 10/2002 – TCU – Primeira Câmara;’.
9. Assim, os responsáveis pelo Sesi/GO, ao apresentarem suas justificativas sobre possível reincidência no descumprimento dessa determinação, sustentaram que ‘desde a edição do Acórdão nº 338/2007, as aquisições e contratações do Sesi têm sido precedidas de certidões negativas para com a Seguridade Social, exceto quando os valores das transações se apresentam diminutos; referidas contratações são de pequena monta e agregar-lhes exigências burocráticas seria afrontar os princípios da eficiência e da proporcionalidade, como reconheceu o próprio TCU no Acórdão nº 2.616/2008 – Plenário, em que decidiu que não é exigida a comprovação de regularidade fiscal nas contratações por meio de dispensa de licitação fundamentada nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993’.
10. O Ministério Público, com propriedade e exame acurado, reconheceu a existência da divergência jurisprudencial, apontando três grupos de Acórdãos desta Corte com orientações distintas.
11. O primeiro grupo – que, na realidade, traduz-se em um único julgado, apontado pela pesquisa jurisprudencial do **Parquet** – é representado pelo Acórdão nº 2.616/2008 – Plenário, mencionado na defesa dos responsáveis e que, apesar de envolver a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) e não Serviço Social Autônomo, como no presente caso, não introduz diferença específica relevante que permita desconsiderá-lo como parâmetro neste processo, ao excepcionar da exigência de comprovação da regularidade fiscal as hipóteses de dispensa de licitação dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, baseadas no baixo valor da contratação.
12. O segundo grupo é formado pela jurisprudência majoritária deste Tribunal, que não admite a exceção mencionada.
13. O terceiro grupo, composto por alguns julgados minoritários, dispensa a exigência de comprovação de regularidade fiscal nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, até o limite da concorrência, considerando adequada a redação atual dos regulamentos de licitações e contratos das entidades do Sistema ‘S’.
14. Assiste razão ao Ministério Público junto ao TCU. Não há um entendimento sedimentado a respeito, existindo decisões desta Corte com entendimentos destoantes. Assim, como frisou a Procuradoria, ‘a devolução da matéria ao Plenário a colocará sob o descortino da instância mais adequada para pacificá-la e expedir orientação segura e definitiva aos jurisdicionados que dependem de sua definição’.
15. Isso posto, considerando que o perecuente e bem fundamentado exame oferecido pelo **Parquet** reflete a divergência apontada, manifesto-me no sentido de que o incidente de uniformização de jurisprudência merece ser conhecido.”

Esse processo de uniformização de jurisprudência foi julgado em dezembro de 2017, dando ensejo ao Acórdão objeto desses comentários.

A primeira corrente, majoritária no âmbito do TCU, defende que a apresentação da documentação comprovando a regularidade com a Seguridade Social é de exigência obrigatória em todas as licitações públicas, alcançando inclusive as contratações de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação, por força do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal, que se aplica também aos Serviços Sociais Autônomos. A justificativa é que a contratação de uma empresa em situação de irregularidade representa nítida violação aos princípios da igualdade, isonomia e da moralidade administrativa, porquanto empresa que não está regular tem condições de apresentar proposta inferior àquelas que, acertadamente, cumprem com suas obrigações fiscais, as quais, por evidente, oneram a proposta. Seria, portanto, uma concorrência desleal.

A segunda corrente, por seu turno, defende a dispensa de regularidade fiscal (com exceção da regularidade perante a Seguridade Social) nas contratações enquadradas em dispensa em razão do valor, em privilégio aos princípios da eficiência, racionalidade administrativa e economicidade. Conforme se extrai do Acórdão em epígrafe:

“Esta corrente de entendimento retira seu fundamento de validade do art. 32, § 1º, da Lei 8.666/1993, que permite a dispensa de apresentação dos documentos relativos à habilitação de licitantes, previstos entre os arts. 28 a 31 da referida lei, no todo ou em parte, nos casos de **convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão**. Assim, para estes certames específicos é **facultativa** a exigência de apresentação de documentação referente à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade trabalhista e **regularidade fiscal**.”

Apesar de o referido dispositivo não fazer menção aos casos de dispensa de licitação fundamentados no art. 24, incisos I e II (dispensa em razão do reduzido valor), o Plenário do TCU, no aludido Acórdão 2.616/2008, entendeu que o dispositivo permissivo também se aplica por analogia aos casos de dispensa em razão do valor.

Entendeu-se que o valor da contratação nestes casos não compensa os gastos da Administração Pública com a instrução do processo, sendo possível reduzir procedimentos desnecessários às pequenas compras, de reduzida materialidade, uma vez que a Lei de Licitações determinou formalidades proporcionais à necessidade de aquisição da Administração.

(...)

Em que pese a aceitação desta tese, verifica-se que a orientação continua a mesma com relação à inafastabilidade da exigência prevista no § 3º do art. 195 da Constituição da República, de modo que faz-se sempre necessária a comprovação da regularidade perante a **Seguridade Social**, mesmo nos casos de dispensa de licitação baseada no baixo valor”. (grifou-se)

Por fim, a terceira corrente é representada pelo seguinte julgado: ‘dispensam a exigência de comprovação de regularidade fiscal nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, até o limite da concorrência, considerando adequada a redação atual dos regulamentos de licitações e contratos das entidades do Sistema ‘S’. Podem ser citados, entre outros, os Acórdãos [1.981/2004](#); [2.650/2007](#); [3.782/2007](#) e [1.172/2011](#); todos da 1ª Câmara”.

Traçadas essas premissas, já de plano, é forçoso concluir que a questão merece ser analisada sob dois ângulos: regularidade perante a Seguridade Social, em face do disposto no art. 193, § 3º, da Constituição Federal, e os demais requisitos de regularidade fiscal. Isso porque, alguns julgados da Corte de Contas, integrantes da terceira corrente, portanto, mais flexível, em que pese defenderem a dispensa da regularidade fiscal para contratações diretas até o limite da concorrência, entendem obrigatória a aferição da regularidade perante a Seguridade Social, consoante se extrai do Acórdão 2.102/2011 – Plenário (que faz parte da terceira corrente):

‘14. Por outro lado, vejo que tais disposições **legais não se destinam necessariamente a dispensar as entidades do Sistema ‘S’ da observância ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal**, para liberá-las de exigir nas contratações diretas a devida comprovação por parte da contratada da regularidade fiscal para com o sistema de seguridade social.’

Analisadas as posições existentes, a SELOG submeteu ao crivo da Ministra Relatora o seguinte encaminhamento: “31. Ante todo o exposto, restituam-se os autos ao gabinete da relatora, Ministra Ana Arraes, propondo que seja assentada a jurisprudência do Tribunal no sentido de não se admitir exceção à comprovação

de regularidade fiscal como requisito indispensável à contratação com a Administração Pública, inclusive, para os Serviços Sociais Autônomos, a exemplo da linha majoritária dos julgados prolatados no âmbito do TCU.”³

O Ministério Público, por sua vez, divergiu da referida orientação, sustentando, em apertada síntese:

“37. Alternativamente, caso a ilustre Ministra-Relatora entenda que o escopo do presente incidente de uniformização de jurisprudência está adstrito aos serviços sociais autônomos, esta representante do Ministério Público manifesta-se por que o Tribunal de Contas da União uniformize a jurisprudência no sentido de que:

(a) os serviços sociais autônomos deverão exigir a comprovação da regularidade fiscal e com a Seguridade Social, segundo as regras estatuídas em seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório.

(d) segundo a redação atual dos arts. 6º, 11 e 12 dos Regulamentos Próprios, tais entidades deverão exigir a comprovação da regularidade fiscal e com a Seguridade Social, exceto nos casos de concurso, leilão, concorrência para alienação de bens e nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade com valores inferiores à modalidade concorrência.”⁴ (grifou-se)

Em que pese a premissa traçada pelo Ministério Público e pela SELOG de que eventual dispensa de regularidade perante a Seguridade Social seria inconstitucional (diferente dos demais requisitos de regularidade fiscal), a luz do disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal, a Ministra Relatora do Acórdão em epígrafe defendeu tese diversa:

“Pelo que se observa das inúmeras deliberações desta Corte, a legitimidade da dispensa de regularidade fiscal tem como fundamento os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência. **Nesse sentido, a exigência de regularidade com a seguridade social, independentemente do valor e da forma de aquisição, por possuir as mesmas características da exigência da regularidade fiscal, viola os referidos princípios. Desse modo, reitero: a interpretação do art. 195, § 3º, da Constituição Federal deve necessariamente conciliá-los, conforme ensinamentos do ilustre hermenêuta Carlos Maximiliano.**

(...)

46. Com esteio nos princípios e nas contingências acima descritas, considero constitucional a regulamentação do art. 195, § 3º, da Constituição Federal promovida pelos arts. 24, I e II, e 32, § 1º, da Lei 8.666/1993.

(...)

48. Adicionalmente, deve ser ampliado o entendimento dado pelo acórdão 2.616/2008 - Plenário a todas as hipóteses de dispensa de licitação enumeradas no art. 24 da Lei 8.666/1993, bem como às inexigibilidades de licitação previstas no art. 25 daquele diploma legal, até o limite de convite, bem assim às aquisições realizadas mediante pregão, na forma da Lei 10.520/2002.

(...)

IX – Habilitação Fiscal do Sistema “S”

55. Como antecipei, o entendimento firmado em relação à Administração Pública tem impacto direto sobre o Sistema “S”, pois, pelas razões já expostas, os regulamentos daquele Sistema sobre regularidade fiscal e com a seguridade social estão de acordo com os princípios constitucionais e atendem ao interesse público.

56. Além do mais, a eminente subprocuradora-geral tem razão quando, amparada na doutrina e na jurisprudência deste Tribunal e do STF, afirma que o Sistema “S” não integra a Administração Pública e, por isso, não está sujeito à determinação do art. 195, § 3º, da Constituição Federal, como deliberou a Excelsa Corte no seguinte julgado:

“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. [...]”(RE 789874, Relator(a): Min.

³ Acórdão nº. 2743/2017 – Plenário.

⁴ Acórdão nº. 2743/2017 – Plenário.

Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito, DJe-227 de 19-11-2014).

57. Confirma-se, portanto, que os normativos do Sistema “S” não apresentam irregularidades no que se refere à habilitação fiscal e com a seguridade social”.⁵(grifou-se)

Em face do exposto, num primeiro momento, entendeu a Ministra Relatora pela legalidade dos arts. 11 e 12 dos Regulamentos dos Serviços Sociais Autônomos, sendo possível, dessa feita, a dispensa de regularidade fiscal, inclusive em relação à Seguridade Social, nas hipóteses de concurso, leilão, concorrência para alienação de bens e contratações diretas até o limite do convite.

Não obstante, o Ministro Revisor, Benjamin Zymler, em que pese divergir da relatora nas conclusões direcionadas à Administração Pública, quanto ao tema aplicável aos Serviços Sociais Autônomos, concluiu no mesmo sentido:

“13. E no tocante à divergência efetivamente existente nos presentes autos, qual seja, a da necessidade ou não de se comprovar a regularidade com a seguridade social para todas as contratações realizadas com entidades que compõem o Sistema S, inclusive em situações de contratação direta mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, manifesto, desde já, minha concordância com a eminente Ministra Relatora, que acolheu, nesse particular, o parecer do órgão ministerial, o qual também adoto como minhas razões de decidir”.

Por derradeiro, o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, para evitar eventual alteração do Regulamento de Licitações e Contratos com o escopo de excluir a exigência de regularidade com a Seguridade Social em qualquer contratação, em afronta aos princípios incidentes nas licitações, apresentou a seguinte ressalva:

“8. Pondero, contudo, que a redação proposta para o entendimento a ser firmado pode gerar dúvidas acerca de seu cumprimento pelos serviços sociais autônomos. Ocorre que a comprovação de regularidade social segundo as regras de seus regulamentos poderia, até mesmo, excluir tal exigência, caso os regulamentos não a contivessem.

9. Tal consentimento não se coaduna com o entendimento consolidado por esta Corte desde a prolação da Decisão 907/1997 - Plenário (Ministro Lincoln Magalhães da Rocha), de que os serviços sociais autônomos devem obediência aos seus regulamentos próprios, com a preservação neles dos princípios gerais que norteiam a execução da despesa pública, entre os quais os da isonomia e da moralidade”.⁶

Nesse diapasão, o Ministro Revisor Benjamin Zymler, em que pese continuar entendendo que o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal não se aplica às entidades do Sistema S, concordou que a definição de limites altos para a dispensa de regularidade perante a Seguridade Social poderá afrontar os princípios incidentes, dentre eles o da isonomia e moralidade. Por conta disso, manifestou que tal dispensa deve ficar restrita às contratações de baixo valor.

Em face do exposto e em sede de julgamento final, prevaleceu a seguinte orientação do TCU:

“9.1. acolher o incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pelo Ministério Público junto ao TCU;

9.2. firmar entendimento de que os serviços sociais autônomos sujeitam-se a seus regulamentos próprios devidamente publicados e consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório, conforme Decisão 907/1997 – Plenário, e, **salvo na aquisição de bens e serviços de pequeno valor, nos termos definidos naqueles regulamentos**, deverão exigir comprovação da regularidade com a seguridade social tanto nas contratações decorrentes de licitação quanto nas contratações diretas, realizadas mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação”.⁷

Em face do exposto, e de toda celeuma que se extrai desse julgado, a previsão do art. 11 do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S”, que dispensa regularidade fiscal (dentre eles a comprovação perante a Seguridade Social) para contratações diretas até o limite do convite, é questionável, em face do grande vulto dos valores estabelecidos no Regulamento para esta modalidade. O ideal, portanto, seria restringir tal dispensa às contratações cujo vulto não ultrapasse o montante previsto para dispensa em razão do valor.

⁵ Acórdão nº. 2743/2017 – Plenário.

⁶ Voto do Ministro Revisor Augusto Sherman Cavalcanti proferido no Acórdão 2743/2017, Plenário.

⁷ Acórdão nº. 2743/2017 – Plenário.