



Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo

HUMBERTO VINICIUS QUEIROZ LINHARES

**Regime jurídico dos contratos no sistema “S”
(SENAI, SENAC, SESI e SESC)**

Brasília – DF

Março / 2012

HUMBERTO VINICIUS QUEIROZ LINHARES

Regime jurídico dos contratos no sistema “S”

(SENAI, SENAC, SESI e SESC)

Monografia apresentada como requisito parcial para à obtenção do título de especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu, em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. André Luis de Carvalho

Brasília – DF

Março / 2012

HUMBERTO VINICIUS QUEIROZ LINHARES

**Regime jurídico dos contratos no sistema “S”
(SENAI, SENAC, SESI e SESC)**

Monografia apresentada como requisito parcial para à obtenção do título de especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___ / _____, com menção _____ (_____).

Banca examinadora

Presidente: Professor

Integrante: Professor

Integrante: Professor

RESUMO

Possuindo os Serviços Sociais Autônomos natureza jurídica de direito privado, sua relação com o Poder Público é de mero colaborador, sem fazer parte de sua estrutura. Suas atividades no campo da assistência social e formação profissional são financiados com recursos de natureza parafiscal e/ou parasindical, que lhes são destinados por lei e integralmente aplicados em suas finalidades e condicionantes institucionais.

Em razão da sua natureza privada, tais recursos paratributários ao incorporarem o patrimônio dessas entidades perdem a natureza de recurso público, na medida que não advém de recursos orçamentários da União, de modo que a gestão financeira dos Serviços Sociais Autônomos também é totalmente privada, não cabendo a interpretação de que seu processo de compras e principalmente o regime jurídico de seus contratos seja regulado, mesmo que subsidiariamente, pela Lei nº 8.666/93 nem que tais entidades tampouco celebrem contratos administrativos.

Nesse sentido procura-se, por meio deste estudo, demonstrar a natureza privada dos Serviços Sociais Autônomos, tanto quanto do seu regime jurídico como dos seus contratos.

Palavras-chave: Sistema “S” – Serviço Social Autonomo - Licitação – Regime Jurídico dos Contratos – Não sujeição ao contratos administrativos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	06
2. SURGIMENTO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS.....	08
2.1. O ensino profissional – indústria e comércio.....	09
2.2. Bem estar social dos trabalhadores da Indústria e do Comercio - SESI e SESC.....	14
2.3. Outros Serviços Sociais Autônomos.....	18
3. NATUREZA JURÍDICA.....	19
4. DA ORIGEM DOS RECURSOS DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS.....	23
5. INAPLICABILIDADE AOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS DAS NORMAS E PRINCÍPIOS DIRECIONADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	31
6. DO CONTROLE FINALÍSTICO.....	34
7. OS CONTRATOS CELEBRADOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTONOMOS.....	38
7.1. Reflexos do código civil nos contratos administrativos.....	38
7.2. A lógica do contrato administrativo.....	40
7.3. Regime jurídico dos contratos no Sistema “S”.....	44
8. CONCLUSÃO.....	51
9. BIBLIOGRAFIA.....	53

1. INTRODUÇÃO

A partir, principalmente, da segunda metade do século XX, surgem diversas instituições que, embora de natureza jurídica privada, exercem atividades de manifesto interesse coletivo, atuando em cooperação com o Estado.

Essas entidades passaram a denominar-se de *paraestatais*, por atuarem, de fato, ao lado do Estado, valendo-se da eficiência do modelo privado na consecução das finalidades públicas.

O Serviço Social Autônomo, denominado também de Sistema "S", é formado principalmente, dentre outros, do SENAR, SENAI, SENAC, SENAT, SESI, SESC, SEST, SEBRAE que atuam como elementos de formação profissional e promoção social do trabalhador de seu respectivo segmento econômico. Cada entidade possui metodologia de atuação própria e finalidades específicas.

Suas atividades concentram-se, precipuamente, nas áreas relativas à assistência social e à formação profissional e educação para o trabalho, além da promoção de ações fomentadoras do setor econômico ao qual se vincula.

O SENAI e o SESI, tanto quanto o SENAC e o SESC, de origem idêntica e igual personalidade jurídica, são entidades paraestatais ou

parasindicais, constituídas em pessoas jurídicas de Direito Privado, não podendo ser confundidas com as autarquias.

Para se manterem, auferem subvenções legalmente estabelecidas, através do recolhimento parafiscal de um adicional às alíquotas das contribuições sociais que são mensalmente, arrecadado e a elas repassado pelo órgão ou entidade previdenciária.

Tais subvenções legais são calculadas sobre a folha de pagamentos de todos os empregados do estabelecimento contribuinte, pertencente, por sua vez, à categoria assistida pelo Serviço Social Autônomo respectivo. Por exemplo, para o SENAC, a contribuição será “equivalente a um por cento sobre o montante da remuneração paga à totalidade dos seus empregados” (art. 4º, DecretoLei nº. 8.621/46).

O artigo 240 da Constituição da República expressamente reconhece como privadas as entidades de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. As entidades aí referidas são o SESC, o SENAC, o SESI, SENAI, etc, ou seja, as entidades do chamado Sistema ‘S’. Vejamos o mencionado dispositivo da Constituição Federal:

“Art 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.”

Para MARÇAL JUSTEN FILHO entidade paraestatal, ou serviço social autônomo, é uma pessoa jurídica, de direito privado, criada por lei, atuando sem submissão à Administração Pública, com finalidade de promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas categorias profissionais que arcam com a manutenção de suas atividades mediante contribuições compulsórias.¹

Assim, como a própria palavra revela, entidades paraestatais são aquelas que atuam *ao lado do Estado*, como entes associados de colaboração, não integrando a Administração Pública.

Em consequência, possuem natureza jurídica de Direito Privado, embora, como dito, atuem em cooperação com o Estado exercendo atividades de manifesto interesse coletivo.

Ainda, integram aquilo que se denomina por *Terceiro Setor*, representando as organizações que ocupam posição intermédia entre os entes de natureza pública e os de natureza privada, característica que lhes permite prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis.

Como na atualidade existe um expressivo número de entidades enquadradas nesta categoria, escolhemos as mais antigas (SESI, SENAI, SESC, SENAC) e que podem nortear o entendimento acerca do que

1 JUSTEN FILHO Marçal, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.

se pretendia à época da sua criação e que, com certeza, servirá de referência para as conclusões.

2. SURGIMENTO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

A Constituição de 1937 (Estado Novo), ao tratar da “Educação e da Cultura”, estabeleceu, no seu art. 129, que “o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas é, em matéria de educação, o primeiro dever do Estado” e, por conseguinte “é dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera de sua especialidade, escolas de aprendizes destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados”, dispondo, ainda, que “a lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo poder público”.

Em 1939, o então Presidente Getúlio Vargas expediu o Decreto lei nº. 1.238, de 02/05/39, prescrevendo, para todos os estabelecimentos industriais, comerciais e assemelhados, “em que trabalhem mais de quinhentos empregados”, não só a instalação de refeitórios, como também a manutenção de “cursos de aperfeiçoamento profissional, para adultos e menores”, verdadeira semente de toda a sistemática que se formou desde então.

São Paulo, o ápice da indústria brasileira da época, como é até hoje, já demonstrava sinais de que necessitaria de mão de obra especializada cada vez em maior número e não havia como suprir as demandas causadas pela II Guerra Mundial, então em curso, que, inegavelmente, propiciou ao Brasil desenvolver a exportação de produtos manufaturados para um mercado que necessitava de todo e qualquer item industrializado.

Da mesma forma, muitos produtos importados pelo Brasil deixaram de ser consumidos em razão da guerra. Assim, seus industriais sentiram-se obrigados a criarem condições de suprir o mercado interno com bens e serviços não mais oferecidos a preços baixos pelos países em conflito na Europa e Ásia, fato que impulsionou o setor para uma diversificação do seu parque industrial até então não conhecida.

Como não havia recursos públicos suficientes para materializar tudo o que havia sido planejado pelo governo, houve um acordo que beneficiaria três partes: Estado, indústria e trabalhadores, qual seja: a criação de um serviço de educação profissional de alto nível custeado pelo empresariado industrial por meio de contribuições calculadas sobre a folha de pagamento de cada empresa e obrigadas a serem recolhidas por força de um decreto lei.²

2 ABREU Alzira Alves de (et al). Dicionário Histórico biográfico Brasileiro: Pós 30

2.1 - O ensino profissional – indústria e comércio

No governo do Presidente Dutra, a importância do ensino profissional no Brasil tornou-se ainda mais evidente.

Destacados líderes empresariais, como Roberto Simonsen, João Daudt de Oliveira e outros, levaram a cabo a iniciativa de consolidar as Confederações da Indústria e do Comércio, como órgãos de cúpula do setor sindical empresarial, instituindo, paralelamente, o SESI/SENAI, em 1945, e o SESC/SENAC, em 1946³.

A Confederação Nacional da Indústria, CNI, fundada em 12 de agosto de 1938, surgiu a partir da criação da Confederação Industrial do Brasil, datada de 1933, uma iniciativa de quatro federações de indústrias: São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro – capital do Brasil à época⁴.

Nos anos 40, a CNI esteve preocupada com a formação de mão-de-obra para a indústria do país. A entidade lançou as bases para a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), em 1942, e do Serviço Social da Indústria (SESI), em 1946, e estabeleceu os

3 BORJA, Celio; DE QUEIROZ, Cid Heráclito. SESC, SENAC; natureza jurídica e a natureza jurídica da contribuições. – Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2005.

4 Artigo disponível no site:
<http://www.cni.org.br/portal/data/pages/FF80808121B517F40121B54C10AF4721.htm> -
visualizado em 11/03/2012

fundamentos de um sistema que se mostrou capaz de fomentar o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

No período do Estado Novo, o primeiro ente a ser criado foi o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, SENAI, com ideologia adotada no Brasil por Getúlio Vargas com o apoio militar dos generais Eurico Dutra e Góis Monteiro, e auxílio intelectual do jurista Francisco Campos, que elaborou a Constituição outorgada de 1937, garantidora das ações presidenciais materializadas por decretos-leis, um dos quais criou a referida entidade em 22 de janeiro de 1942.⁵

O Decreto-lei no 4.048, de 22/1/42, baixado pelo Presidente Getúlio Vargas, criou o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários, para “organizar e administrar, em todo o País, escolas de aprendizagem para os industriários” (art. 2º), atribuindo à CNI o encargo organizar e dirigir a nova entidade (art. 3º).

No mesmo mês, o Decreto-lei no 4.073, de 30/1/42 (Lei Orgânica de Ensino Industrial), estabeleceu “as bases de organização e de regime de ensino industrial, que é o ramo de ensino, de grau secundário, destinado à preparação profissional dos trabalhadores da indústria e das atividades artesanais e ainda dos trabalhadores dos transportes, das comunicações e da pesca” (art. 1º).

5 CARONE, Edgard, O Estado Novo (1937-1945).

Ainda no mesmo ano, pelo Decreto-lei no 4.936, de 7/11/42, a referida entidade passou a denominar-se Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, mantida a sigla Senai, sendo ampliado o respectivo “âmbito de ação”.

A Confederação Nacional do Comércio (CNC) foi fundada em 4 de setembro de 1945, por oito federações patronais, e reconhecida pelo Decreto no 20.068, de 30/11/45, baixado pelo então Presidente José Linhares, tendo por finalidade orientar, coordenar, proteger e defender todas as atividades do comércio, em íntima harmonia com os superiores interesses do País.

Consoante o art. 9º do referido decreto de criação, a CNC foi “investida da necessária delegação de poder público para elaborar e expedir o regulamento do Senac e as instruções necessárias ao funcionamento dos seus serviços”. Seguiu-se, desse modo, o modelo anteriormente adotado para a criação do Senai. A essa época, já funcionava a Confederação Nacional da Indústria (CNI), criada em 1938.

No dia 10 de janeiro de 1946, tomou posse a primeira diretoria da CNC, em sessão solene realizada no Teatro Municipal do Rio de Janeiro. Nesse mesmo dia, o Presidente da República baixou os Decretos-leis nºs 8.621 e 8.622, o primeiro para dispor sobre a criação do

Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) e o segundo para dispor sobre a aprendizagem dos comerciários.⁶

O Presidente Eurico Gaspar Dutra, por meio do Decreto lei nº 8.621/1946, atribuiu à CNC “o encargo de organizar e administrar, no território nacional, escolas de aprendizagem comercial” (art. 1º), preceituando, para esse fim, no art. 2º, que a mencionada entidade “criará e organizará o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac)”.

2.2 - Bem estar social dos trabalhadores da Indústria e do Comercio - SESI e SESC

A criação do Sesi e do Sesc seguiu modelo semelhante. O Decreto-lei no 9.043, de 25/6/46, em seu art. 1º, atribuiu à CNI “o encargo de criar o Serviço Social da Indústria (Sesi), com a finalidade de estudar, planejar e executar, direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão geral de vida no País, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes” (caput), tendo em vista, especialmente, “providências no sentido da defesa dos salários reais do trabalhador (melhoria das condições de habitação, nutrição

⁶ BORJA, Celio; DE QUEIROZ, Cid Heráclito. SESC, SENAC; natureza jurídica e a natureza jurídica das contribuições.

e higiene), a assistência em relação aos problemas domésticos decorrentes da dificuldade de vida, as pesquisas sociais-econômicas e atividades educativas e culturais, visando a valorização do homem e os incentivos à atividade produtora” (art. 1º).⁷

Cabe salientar que, ao baixar o citado decreto lei, o Presidente da República, então o General Eurico Gaspar Dutra, fez constar do preâmbulo desse diploma legal, os motivos que levaram o Governo a adotar o modelo descentralizado para a prestação de serviço público, mediante delegação a um ente privado, entre eles os de que a CNI, “como entidade representativa dos interesses das atividades produtoras, em todo o País, oferece o seu concurso para essa obra [a cooperação entre as classes e a promoção do bem-estar dos trabalhadores e de suas famílias], dispondo-se a organizar, com recursos auferidos dos empregadores, um serviço próprio, destinado a proporcionar assistência social e melhores condições de habitação, nutrição, higiene dos trabalhadores e, bem assim, desenvolver o esforço de solidariedade entre empregados e empregadores” e, ainda, que “os resultados das experiências já realizadas com o aproveitamento da cooperação das entidades de classe em empreendimentos de interesse coletivo, em outro campo de atividade, como o Serviço de Aprendizagem Industrial, são de molde a recomendar a atribuição à Confederação Nacional da Indústria dos encargos acima referidos”⁸.

7 BORJA, Celio; DE QUEIROZ, Cid Heráclito. SESC, SENAC.

8 *Idem*.

Logo depois, o Decreto-lei no 9.853, de 13/9/46, em seu art. 1º, utilizando linguagem análoga, atribuiu à Confederação Nacional do Comércio “o encargo de criar o Serviço Social do Comércio (SESC), com finalidade de planejar e executar, direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem-estar social e a melhoria do padrão de vida dos comerciários e suas famílias, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico da coletividade” (caput), tendo em vista, especialmente “a assistência em relação aos problemas domésticos (nutrição, habitação, vestuário, saúde, educação e transporte); providências no sentido da defesa do salário real dos comerciários; incentivo à atividade produtora; realizações educativas e culturais, visando a valorização do homem; pesquisas sociais e econômicas” (art. 1º).

No preâmbulo do referido decreto-lei, foram indicadas, com clareza, as raízes históricas e a verdadeira essência de suas disposições. Vejamos:

“Considerando que é dever do Estado concorrer, por todos os meios ao seu alcance, para melhorar as condições de vida da coletividade, especialmente das classes menos favorecidas;

Considerando que em recente reunião de entidades sindicais do comércio e associações comerciais de todo o Brasil, realizada nesta capital, foi reconhecida como oportuna a organização de um serviço social em

benefício dos empregados no comércio e das respectivas famílias;

Considerando que a Confederação Nacional do Comércio, órgão máximo sindical da sua categoria, representativo da classe dos comerciantes, oferece sua colaboração para esse fim, dispondo-se a empreender essa iniciativa com recursos proporcionados pelos empregadores;

Considerando que igual encargo foi atribuído à Confederação Nacional da Indústria, pelo Decreto-lei no 9.403, de 25 de junho de 1946;

Considerando que o Serviço Social do Comércio muito poderá contribuir para o fortalecimento da solidariedade entre as classes, o bem-estar da coletividade comerciária e, bem assim, para a defesa dos valores espirituais em que se fundam as tradições da nossa civilização;"

Completava-se, desse modo, o modelo inovador de descentralização, mediante a delegação, às confederações da classe empresarial, dos poderes necessários para a organização, implementação e manutenção das entidades privadas destinadas à prestação de serviços de

interesse da classe dos trabalhadores, nas áreas da indústria e do comércio e assemelhadas.

Esta pequena narrativa mostra que tais entidades surgiram em face do interesse do empresariado em contribuir para a melhoria da formação profissional e bem-estar do trabalhador. O que existe na realidade é uma cooperação do setor privado com o setor público para organizar meios eficazes na satisfação desses interesses.

2.3 - Outros serviços sociais autônomos

Também vieram a ser instituídos o Serviço Social do Transporte SEST e o Serviço nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT (Lei nº 8.706, de 14.09.93).

O SENAR, Serviço nacional de aprendizagem Rural, criado pela lei nº. 8.315, de 23 de dezembro de 1991 nos termos do art. 62 do ADCT, dispõe em seu art. 1º que seu objetivo é criar e organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino da formação profissional rural e a promoção social do trabalhador rural, em centros instalados e mantidos pela instituição ou sob forma de cooperação, dirigida aos trabalhadores rurais.

E ainda, dentre outros, os seguintes serviços sociais autônomos: Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE (Lei nº 8.029, de 12.04.90; Decreto nº 99.570, de 09.10.90). Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil – APEX–Brasil (MP nº 106, de 22.01.03; Lei nº 10.668, de 14.05.03; Decreto nº 4.584, de 05.02.03). Serviço Social Autônomo Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI (Lei nº 11.080, de 30.12.04; Decreto nº 5.352, de 24.01.05). Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP (MP nº 2.168-40, de 24.08.01). PARANAPREVIDÊNCIA (por transformação da autarquia IPE: Lei PR 12.398, de 30.12.98); PARANACIDADE (Lei PR nº 11.498, de 30.02.96).

3. NATUREZA JURÍDICA

Todos estes entes citados atuam precipuamente como elementos de formação profissional e promoção social do trabalhador de seu respectivo segmento econômico.

Cada entidade possui metodologia de atuação própria e finalidades específicas, exercendo atividades de manifesto interesse coletivo, ou seja, **atuando em cooperação com o Estado.**

Suas atividades concentram-se, precipuamente, nas áreas relativas à assistência social e à formação profissional e educação para o

trabalho, além da promoção de ações fomentadoras do setor econômico ao qual se vincula.

Embora oficializadas pelo Estado, não integram a administração pública direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem as contribuições parafiscais.

Os Serviços Sociais Autônomos, conforme explicitado, compõem a categoria dos entes paraestatais ou Terceiro Setor, “atuando ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários”⁹.

Como bem explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro os Serviços Sociais Autônomos “não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado)”¹⁰.

Integra aquilo que se denomina por Terceiro Setor, ocupando posição intermédia entre os entes de natureza pública e os de natureza privada.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.363

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p 416.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO entidade paraestatal, ou Serviço Social Autônomo, é uma pessoa jurídica, de direito privado, criada por lei, atuando sem submissão à Administração Pública, com finalidade de promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas categorias profissionais que arcam com a manutenção de suas atividades mediante contribuições compulsórias.¹¹

O Senac e o Sesc, assim como o Senai e o Sesi, são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, destinatárias de delegação outorgada, mediante lei, pelo Poder Público, para a execução de atividades de relevante interesse social, nas áreas de formação profissional e dos serviços sociais.

A doutrina destacou as diferenças entre tais entidades, pessoas jurídicas de direito privado e as autarquias (pessoas jurídicas de direito público). Estas prestam serviços públicos, exercem atividades próprias do Estado. Já o SESC, SESI, SENAC e o SENAI desempenham atividades de relevante interesse social, mas que não constituem serviço público, muito embora possam ser executadas por entes públicos. Semelhantemente, funcionam, em nosso País, estabelecimentos de ensino públicos e privados. Há universidades e colégios de natureza privada que recebem auxílios do Poder Público à conta de verbas orçamentárias, mas isso, evidentemente, não lhes altera a natureza jurídica.

11 JUSTEN FILHO Marçal, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.

Por suas peculiaridades, entidades da natureza do Sesc e do Senac têm sido denominadas pela doutrina, entre nós e noutros países, por entidades paraestatais, em razão de exercerem atividades de cooperação com o Estado.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “entidades paraestatais são pessoas jurídicas de Direito Privado, que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado. São espécies de entidades paraestatais os serviços sociais autônomos (Sesi, Sesc, Senai e outros) e, agora, as organizações sociais”¹².

Conforme José Cretella Jr., as entidades paraestatais, “são pessoas privadas e inconfundíveis com as autarquias, porque não desempenham serviços públicos. Em conseqüência, regulam-se nos termos da legislação privada, embora se beneficiem de algumas regras especiais ditadas pelo Poder Público em proveito do interesse social que reveste sua atividade. É fundamental notar que se especificam, precisamente, pela circunstância de haver o Estado colocado a serviço delas seu poder de império”¹³.

O TCU consolidou entendimento sobre o tema por meio da Decisão nº 907/97, segundo a qual apenas os órgãos da Administração Direta e Indireta estariam sujeitos à observância estrita do processo

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. p.65/66

¹³ Dicionário de Direito Administrativo, Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 376

licitatório e as normas de contratação da administração pública nos termos da Lei nº 8.666/93.

Percebe-se que, a sujeição aos princípios constitucionais insertos no art. 37 da Carta Magna em seus regulamentos, ainda causa obscuridade no que tange a sua aplicabilidade, pois, os referidos diplomas legais ainda são omissos em diversos pontos e, conseqüentemente, surgiu à necessidade de utilização subsidiária da norma pública.

Assim, os Serviços Sociais Autônomos, como entes de cooperação e personalidade jurídica eminentemente de direito privado reconhecida jurisprudencialmente e doutrinariamente, encontra-se obrigado adotar o procedimento licitatório e o regime jurídico de seus contratos semelhante ao utilizado pela administração pública.

4. DA ORIGEM DOS RECURSOS DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Consoante já explicitado, para se manterem, auferem subvenções legalmente estabelecidas, através do recolhimento parafiscal de um adicional às alíquotas das contribuições sociais que são mensalmente, arrecadado e a elas repassado pelo órgão ou entidade previdenciária.

Tais subvenções legais são calculadas sobre a folha de pagamentos de todos os empregados do estabelecimento contribuinte, pertencente, por sua vez, à categoria assistida pelo Serviço Social Autônomo respectivo. Por exemplo, para o SENAC, cujo o seguimento econômico é o comércio, a contribuição será equivalente a um por cento sobre o montante da remuneração paga à totalidade dos seus empregados (art. 4º, Decreto Lei nº. 8.621/46).

Para o custeio dos encargos do Senac, dispôs o art. 4º do Decreto lei no 8.621/46, que “os estabelecimentos comerciais cujas atividades, de acordo com o quadro a que se refere o art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, estiverem enquadradas nas Federações e Sindicatos coordenados pela Confederação Nacional do Comércio, ficam obrigados ao pagamento mensal de uma contribuição equivalente a um por cento da remuneração paga à totalidade de seus empregados” (caput).

O referido montante “será o mesmo que servir de base à incidência da contribuição de previdência social, devida à respectiva instituição de aposentadorias e pensões” (§ 1º).

A arrecadação das contribuições, consoante estabeleceu o § 2º do art. 4º, será feita pelas instituições de aposentadoria e pensões e o seu produto será posto à disposição do Senac, para aplicação proporcional nas diferentes unidades do País, de acordo com a correspondente arrecadação, deduzida a cota necessária às despesas de caráter geral.

Portanto, adotava-se, em relação ao Senac, fonte de custeio também semelhante a que havia sido estabelecida, com pleno êxito, no Senai.

Com efeito, o Decreto-lei no 4.048/42, em seu art. 4º, obrigou os estabelecimentos industriais das modalidades de indústrias enquadradas na Confederação Nacional das Indústrias ao “pagamento de uma contribuição mensal para montagem e custeio das escolas de aprendizagem” (caput), fixada no valor de “dois mil réis, por operário e por mês” (§ 1º), acrescida de 20% (vinte por cento) para os estabelecimentos com mais de quinhentos empregados (art. 6º, caput), atribuindo, ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, os encargos relativos à respectiva arrecadação (§ 2º).

O sistema de arrecadação da contribuição devida ao Senai” foi modificado pelo Decreto-lei no 6.246, de 5/2/44. A contribuição passou a ser “arrecadada na base de um por cento sobre o montante da remuneração paga pelos estabelecimentos contribuintes a todos os seus empregados” (art. 1º).

A base de cálculo dessa contribuição (montante da remuneração) foi fixada como aquela sobre a qual “deva ser estabelecida a contribuição de previdência ou caixa de aposentadoria e pensões, a que o contribuinte esteja filiado” (art. 1º, § 1º), sendo a expressão “empregado” definida como “todo e qualquer servidor de um estabelecimento, sejam quais forem as suas funções ou categoria” (art. 1º, § 3º).

No que tange ao custeio dos encargos afetos ao Sesi, o Decreto-lei no 9.043, de 25/6/46, em seu art. 3º, obrigou “os estabelecimentos industriais enquadrados na Confederação Nacional da Indústria, bem como aqueles referentes aos transportes, às comunicações e à pesca, ao “pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social da Indústria para a realização de seus fins” (caput)

A alíquota ficou no valor de “dois por cento (2%) sobre o montante da remuneração paga pelos estabelecimentos contribuintes a todos os seus empregados, tendo por base de cálculo o montante “sobre o qual deva ser estabelecida a contribuição de previdência devida ao instituto de previdência ou caixa de aposentadoria e pensões, a que o contribuinte esteja filiado” (§ 1º).

Relativamente ao custeio dos encargos do Sesc, o art. 3º do citado Decreto-lei nº 9.853, de 13/9/46, obrigou “os estabelecimentos comerciais enquadrados nas atividades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio”, bem assim os demais empregadores que possuíssem empregados segurados no IAPC, “ao pagamento de uma contribuição mensal” (caput).

Alíquota ficou sendo a mesma do Sesi, ou seja, o valor de “2% (dois por cento) sobre o montante da remuneração paga aos empregados”, tendo por base de cálculo “a importância sobre a qual deva ser calculada a quota de previdência pertinente à instituição de aposentadoria e pensões à qual o contribuinte esteja filiado” (§ 1º) e

cabendo a respectiva arrecadação às “instituições de previdência social a que estiverem vinculados os empregados, juntamente com as contribuições que lhe forem devidas” (§ 2º).

Posteriormente, algumas alterações na sistemática de arrecadação das contribuições em tela foram introduzidas por diplomas legais supervenientes.

Pelo decreto lei nº. 1.861, de 25/2/1981, modificado pelo Decreto lei n.º. 1.867, de 25/3/81, as citadas contribuições passaram a incidir sobre “o limite máximo de exigência das contribuições previdenciárias, mantidas as mesmas alíquotas e contribuintes” (art. 1º).

O artigo 240 da Constituição da República expressamente reconhece como privadas as entidades de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. As entidades aí referidas são as entidades do chamado Sistema ‘S’. Vejamos o mencionado dispositivo da Constituição Federal:

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

A Constituição Federal 1988 não possui norma desnecessária ou inócua, por certo. Leia-se o seu artigo 240 nas suas

partes (contribuições compulsórias, privadas e sistema sindical) e em seu conjunto (contribuições destinadas a entidades privadas vinculadas a entes sindicais, estes autônomos, por natureza: art. 8º, da CRFB/88 ¹⁴).

Assim, o modelo próprio que a Constituição recepcionou e consagrou para os Serviços Sociais Autônomos, os diferencia de todas as demais formas jurídicas.

Este é o desafio do modelo constitucional. São recursos de origem compulsória que se integram ao patrimônio de entidades privadas, com o compromisso de serem administrados sob regras privadas, mais eficientes porquanto menos burocráticas do que as públicas, a fim de que alcancem a plenitude dos fins privados de interesse público para os quais estão carimbados.

Não é o conjunto da sociedade, mas tão somente as empresas dos segmentos do comércio e da indústria que contribuem para o SESC, SESI e para o SENAC e SENAI, em troca de uma justa e adequada retribuição, pautada na eficiência de seus serviços na saúde, bem-estar e educação do trabalhador.

Cabe novamente ressaltar que os Serviços Sociais Autônomos recebem contribuições arrecadadas das empresas, antes pelo INSS e agora pela Receita Federal do Brasil.

14 Art. 8º, CRFB – “É livre a associação profissional ou sindical... I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato...”

Estes referidos recursos são repassados aos Serviços Sociais Autônomos, após a retenção de 3,5 % a título de remuneração pelos serviços de arrecadação e repasse.

O INSS ou a Receita Federal, neste caso em particular, são meros agentes arrecadadores de recursos de terceiros, tanto que a transferência dos recursos se faz por simples repasse daquilo que já lhes pertence antes mesmo de ser arrecadado.

Cabe reiterar que em se tratando de receita pública, esta obrigatoriamente integra o patrimônio público, do qual apenas sairá em forma de despesa pública ou transferência pública.

Por conseguinte, conclui-se que **não há receita pública nem despesa pública sem consignação orçamentária aos Poderes Públicos**, seus fundos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas por eles, sendo vedada a realização de despesas públicas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.¹⁵

A Lei nº 8.212, de 1991, já definia os recursos destinados aos Serviços Sociais Autônomos como “contribuição devida a terceiros, desde que provenha de empresa” (art. 94), o que é expressamente confirmado, nos mesmos termos, pela redação dada a esse artigo pela Lei nº 9.528/97 e pelo art. 3º da Lei nº 11.457/2007.

15 CRFB. artigos. 165, § 5º e 167, II.

A lei é expressa em não considerar tais recursos como receita pública, confirmado o que a doutrina já afirmava: O INSS arrecadava antes, e a Receita Federal arrecada agora, recursos de terceiros e cobra 3,5% a título de remuneração pela prestação desses serviços, **não procedendo dessa mesma forma em relação a nenhum órgão público quando arrecada tributos destinados a estes.**

Para DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO os recursos para-tributários auferidos pelos Serviços Sociais Autônomos, em razão de sua natureza jurídica privada, ao se incorporarem aos seus respectivos patrimônios perdem a natureza de dinheiro público, de modo que a gestão financeira de ambas é também totalmente privada.¹⁶

Neste mesmo sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no brilhante voto do Ministro Eros Grau, ficou consignado que *“mesmo que se tenha a contribuição compulsória como receita pública, no momento em que ela ingressa nos cofres do SESI e do SENAI passa a ser de natureza privada e aplicada nos moldes típicos de instituição dessa natureza”*.¹⁷

O aporte de recursos públicos a entidades do setor privado, seja consignando-lhes subvenção, seja, com contribuições compulsórias, destina-se a estimular o desenvolvimento de atividades de interesse da

16 Parecer contratado pelo SESI/SENAI (Natureza Jurídica e do regime de pessoal do SESI e do SENAI, outubro de 2005) tornado público no processo TC 019.946/2005-4 do TCU.

17 STF, ACO 1.382-4, rel. Min. EROS GRAU, decisão de 26/8/2009, publicado no DJe 165/2009, em 2/9/2009)

coletividade ou da sociedade em geral, sem o efeito de submetê-las a regime infraconstitucional de direito público, por maior que seja a amplitude dos seus objetivos, exceto quando existam disposições contrárias contidas em legislação própria.

A contribuição que mantém tais entidades não integra a título algum a receita do Estado. Não é o produto de uma transferência, que o Estado lhe repassa. Inclusive porque a passagem dos recursos pela Receita Federal do Brasil é meramente procedimental.

As contribuições para o SESC, SESI, SENAC e SENAI provêm apenas e tão somente dos estabelecimentos comerciais e industriais. Apenas para o efeito de cálculo de seu montante é que se leva em conta o total da remuneração paga aos respectivos empregados. Assim os Serviços Sociais Autônomos não recebem recursos derivados de “dinheiro público”, muito menos de “dinheiro do trabalhador”.

5. INAPLICABILIDADE AOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS DAS NORMAS E PRINCÍPIOS DIRECIONADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO apesar de serem entidades que cooperam com o Poder Público, os Serviços Sociais Autônomos não integram o elenco das pessoas da Administração Indireta,

razão por que seria impróprio considerá-las pessoas administrativas”.¹⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 delimitou as pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública, recepcionando, de certa forma, o rol já existente no Decreto-lei nº 200/67.

Neste sentido, basta verificar que o art. 37 da Constituição Federal, em seu inciso XIX, alude à empresa pública, sociedade de economia mista e fundação. A essas entidades devem ser somadas as autarquias, lembradas pelo constituinte, por exemplo, no inciso XI do mesmo art. 37.

Não há, em qualquer inciso daquele art. 37, norma que estenda, sequer de forma reflexa, o seu comando a entidades não integrantes da Administração Pública. Na verdade, não há em qualquer outro dispositivo constitucional norma que amplie o comando do art. 37 aos Serviços Sociais Autônomos.

O que se percebe, e não pode ser confundido com as condutas típicas do art. 37, é norma constitucional, advinda do parágrafo único do art. 70, obrigando entidades que gerem e utilizem dinheiro público, aí sim, inclusive as não integrantes da Administração Pública, a prestar contas dos gastos que realizem, demonstrando ter sido o recurso aplicado nas finalidades institucional ou contratualmente propostas.

A Corte de Contas reconheceu que cabe aos próprios

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos, Direito Administrativo, pág. 479.

Serviços Sociais Autônomos baixar e aprovar seus regulamentos de licitações e contratos.¹⁹

Os regulamentos de licitações e contratos do Sistema “S” não têm força de lei e, portanto, desautorizados estão de criar obrigações para os particulares (art. 5º, II, da CRFB/88).

Submeter os Serviços Sociais Autônomos a regras típicas da Administração Pública pelo simples fato de receberem contribuição compulsória é mais do que criar novo Direito. É ir contra o que está escrito na Constituição Federal e nas leis por ela recepcionadas, em total desatenção aos princípios da legalidade e da separação de poderes (art. 2º e 5º, II, da CRFB).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não deixa dúvidas que a natureza dos recursos recebidos não altera a gestão ou as regras de regência dos Serviços Sociais Autônomos: *“O fato de que seus recursos provêm, em grande parte, de contribuições tributária de intervenção no domínio econômico, também não transmuda a sua natureza jurídica, pois não autoriza a União a intervir na autonomia decisória da entidade, não lhe dá direito de voto, ou permite qualquer influência na definição das diretrizes, planejamento e gerenciamento de tais recursos.”*²⁰

19 Decisão Plenária nº 907/97 e Decisão Plenária nº 461/98.

20 TRF da 1ª Região – AI nº 2007.01.00.51848-4/DF (decisão proferida pelo Juiz Federal CÉSAR AUGUSTO BEARSI)

Ademais, vale ressaltar que, conforme explicitado pelo Dr. Cássio Borges, em palestra no Congresso Brasiliense de Direito Constitucional “aplicação dos princípios da Administração Pública burocratiza a atividade, desvia as entidades das suas finalidades e contribui para tornar o modelo ineficiente e improdutivo”.²¹

6. O CONTROLE FINALÍSTICO

O Controle finalístico é aquele em que o órgão de controle verifica o escopo da instituição, perscrutando o seu enquadramento no programa de gestão e o acompanhamento dos atos de seus dirigentes no desempenho das funções estatutárias, para o atingimento das finalidades da atividade controlada.

Nos termos da Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955, o Serviço Social da Indústria (SESI), o Serviço Social do Comércio (SESC), o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) devem remeter ao Tribunal de Contas da União no máximo até 31 de março do ano seguinte, as contas da gestão anual, acompanhadas de sucinto relatório do presidente, indicando os benefícios realizados.

²¹ Palestra proferida no XIV Congresso de Direito Constitucional. Cássio Borges. Gerente Executivo Jurídico da Confederação Nacional das Indústrias.

De acordo com o parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal de 1988²², toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros públicos devem prestar contas, sendo o controle externo a cargo do Congresso Nacional, exercido pelo Tribunal de Contas da União, conforme artigo 71²³ da mesma Carta Magna.

Nos termos do referido artigo 70 da CF, o controle externo só abrange a Administração direta e indireta da União. Logo, por esse dispositivo, o TCU não tem competência para apreciar contas de uma instituição tipicamente privada como são os Serviços Sociais Autônomos, regidos pelo direito civil.

Basta a simples leitura do parágrafo único do referido artigo para se verificar que ele não incide em tais entidades, haja vista que o texto só se aplica àquelas pessoas físicas ou jurídicas que arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros públicos.

O teor do citado parágrafo único só se refere às pessoas privadas da Administração indireta, não envolvendo pessoas tipicamente privadas regidas pelo direito civil ou pelo direito comercial. Em nenhum dos

22 Art. 70 CRFB - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

23 “Art. 71 - CRFB - O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete....”

seus incisos há a mínima referência, direta ou indireta, que possa envolver os Serviços Sociais Autônomos.

Considerando que se trata de entes beneficiários e de contribuições compulsórias instituídas por lei, certamente existe a obrigação da prestação de contas aos órgãos de controle, que, todavia, se aterá na comprovação da legalidade, da eficácia e da eficiência da aplicação dos recursos provenientes das citadas contribuições, ou seja, no fomento da atividade de planejamento e execução de medidas que contribuam para o bem estar social e aperfeiçoamento e especialização profissional da respectiva categoria profissional.

Trata-se do que **a doutrina denominou de controle finalístico**, não se confundindo com o controle previsto no caput do artigo 70 da Constituição Federal de 1988²⁴, controle este que não alcança os não integrantes da Administração Pública, os quais estão sujeitos à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das suas contas, exercida sob o crivo da legalidade, legitimidade e economicidade.

Não se pode olvidar que apesar dos recursos consistentes no produto da arrecadação das contribuições passarem a integrar o patrimônio da entidade de direito privado, permanecerá a obrigação dessas entidades, em demonstrar, nos termos da lei que as instituiu, que os recursos foram aplicados de forma regular na persecução dos objetivos visados em lei.

24 Artigo já citado.

A lei nº 8.443 de 1992, também conhecida como lei orgânica do TCU, em seu artigo 5º inciso V determina que a jurisdição do Tribunal também abranja as entidades privadas que recebem recursos paraestatais, conforme se pode evidenciar abaixo:

Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

Neste aspecto é possível entender que a prestação de contas a que se submetem os Serviços Sociais Autônomos deve ser restrita a comprovação da correta aplicação dos recursos para a consecução de seus fins, não sendo, portanto, devida à auditoria de gestão. Cabe ao gestor dessas entidades apenas comprovar o atendimento de seus objetivos regulamentares ou regimentares em prol do seu público alvo.

7. OS CONTRATOS CELEBRADOS

Diante das considerações explicitadas acima, cabe agora analisar se uma vez afastada dos Serviços Sociais Autônomos a obrigação de observância e obediência à legislação federal no que tange à suas contratações, estaria o SESC, SESI, SENAC, SENAI etc., no âmbito de suas entidades, celebrando contratos privados ou administrativos?

Trata-se do ponto central do estudo e, para um melhor entendimento que possa contribuir para uma conclusão mais acertada, mister se faz aprofundar o entendimento dos conceitos de contrato no plano privado e quais as nuances públicas que podem contaminar a sua natureza.

7.1 Reflexos do código civil nos contratos administrativos

O acordo de vontades para criar, modificar ou extinguir direitos é, na verdade, possível e comum entre os particulares, mas também é frequente e inevitável entre as pessoas de direito público e entre os particulares e os órgãos da administração.

Ocorre juridicamente um contrato quando duas ou mais pessoas se dispõem a realizar uma declaração de vontade comum, destinada a reger seus direitos.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, citando Clóvis Beviláqua, comenta que o Código Civil brasileiro não define o que seja contrato, mas, pelo conjunto de regras que disciplinam a matéria, a doutrina dá-lhe o conceito de “acordo de vontades para fins de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.²⁵

A partir desse conceito pode-se entender que o contrato é uma manifestação de vontade de duas ou mais pessoas na qual se instala um “pacto” destinado a regular os direitos dos contratantes envolvidos na declaração.

O contrato, tal como a lei, é uma fonte de direito, no exato limite do negócio convencionado entre as partes e se suas regras, naturalmente não contrariam disposições que regulem direitos indisponíveis ou que garantam a juridicidade dos atos a serem praticados.

Dos contratos emanam comandos ou preceitos cuja observância pelos destinatários se impõe de maneira cogente. Motivo pelo qual é comum a proclamação, tanto nos códigos como na doutrina, de que o contrato legalmente pactuado e ajustado transforma-se em lei entre as partes.

Não existe a obrigação de contratar. As partes têm autonomia e liberdade em realizar seus negócios jurídicos livremente, podendo ajustá-los ou não, de acordo com a sua conveniência. Porém, uma

25 THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Contrato e seus Princípios. pág. 95.

vez ajustado o contrato, não podem as partes se furtar ao respeito daquilo que fora convencionado, obrigando reciprocamente ao seu cumprimento.

A idéia de contrato, para o direito, não se restringe ao campo das relações privadas. Ao contrário, **trata-se de um conceito largamente aplicável a todas as áreas jurídicas e, portanto, tanto ao direito privado como ao direito público.**

Entretanto, as normas do direito administrativo não são as mesmas do direito privado. Isto faz com que o contrato administrativo sofra a influência de certas regras que são exclusivas e peculiares ao direito público e completamente estranhas ao direito privado, não se confundindo com os contratos privados praticados pela administração pública.

7.2 Lógica dos contratos administrativos

O que caracteriza basicamente o contrato administrativo é ter como objeto a consecução de objetivo de interesse público, nas condições estabelecidas e impostas pela própria administração.

Dessa maneira, existe certo desequilíbrio jurídico entre os contratantes, porquanto a administração ocupa na relação jurídica uma posição de supremacia, que lhe permite impor condições que lhe

assegurem prerrogativas que fazem o interesse público sobrepor os interesses particulares da outra parte contratante.

São chamadas cláusulas exorbitantes, entre as quais se arrola o poder de rescisão unilateral do contrato, devendo porém, o Poder Público se responsabilizar pela reparação dos prejuízos que o ato praticado acarretar ao particular contratante.

A teoria geral dos contratos é a mesma, tanto para os contratos privados (civis e comerciais) como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos e os acordos internacionais.

Todo contrato, privado ou público, é regido por dois princípios: o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do objeto pactuado (*pacta sunt servanda*). O primeiro impede a alteração do que as partes convencionaram, o segundo obriga-as a cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente.²⁶ Fora, pois, do exercício dos poderes emanados das cláusulas exorbitantes, as faltas de cumprimento dos deveres contratuais assumidos pela Administração.

Por contrato público deve se entender aquele que, firmado por um ente público ou por pessoa jurídica de direito privado que realiza função pública, sujeita-se, ou à disciplina exclusiva do direito público, que admite presença tão-só supletiva de princípios e normas de direito privado, classificando-se, então, como direito público administrativo. Ou a disciplina

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo brasileiro pág .182.

predominantemente de direito privado, respeitados certos princípios e normas de direito público, denominando-se contrato público de figuração privada.

No contrato administrativo, o fato de o regime ser de direito público exclui qualquer outro. Apenas em caráter supletivo, ou seja, quando a norma pública foi silente, será possível recorrer-se na interpretação e na execução de suas cláusulas, ao direito privado. Porém, as normas deste que se venham a demonstrar aplicáveis terão de ser examinados à luz dos princípios gerais que, em sede constitucional, tutelam toda a atividade da Administração Pública.

Será sempre a lei que, ao qualificar como de específico interesse público uma determinada prestação contratual ajustável no âmbito jurídico administrativo público, ordenará que o elemento ou a avença deva estar submetida a um contrato administrativo.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO entende que os contratos administrativos são regulados basicamente pela Lei. nº. 8.666/1993, conceituando-os como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.²⁷

O Professor DIOGENES GASPARINI leciona que as avenças disciplinadas pelo Direito Administrativo são denominadas *contratos*

27 CARVALHO FILHO. José dos Santos. Direito Administrativo, pág. 205.

administrativos e desses são exemplos os regulados pela lei federal de licitações e contratos da Administração Pública. São contratos administrativos porque são assim denominados e regulados por esse diploma legal e porque se valem de cláusulas exorbitantes, requisitos caracterizadores desses ajustes, consoante a melhor doutrina.²⁸

Nos contratos administrativos são partes, de um lado, a Administração Pública, nos termos do artigo 6º da Lei nº 8.666/93, como contratante e, de outro lado, o particular, denominado, conforme indicado no inciso XV do mesmo dispositivo legal, contratado.

A Administração Pública, como contratante, tanto pode ser uma das entidades da Administração direta (União, Estado-Membro, Distrito Federal ou Município), como uma de suas autarquias ou qualquer outra de suas entidades governamentais (sociedades de economia mista, empresa pública, fundações etc.), desde que prestadores de serviço público.

Como bem leciona MARIA HELENA DINIZ,²⁹ o princípio da autonomia da vontade, base da liberdade contratual, atribui às pessoas (sujeitos de direitos e deveres) “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

28 GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, pág.692 e seguintes.

29 DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro (teoria geral do direito civil), volume 1

Outro preceito justificado pela autonomia da vontade é a admissibilidade de revisão judicial do contrato como meio de defesa contra a quebra do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes.

O Estado contemporâneo desempenha suas atribuições utilizando servidores e recursos próprios ou mediante a contratação de entidades particulares.

7.3 Regime jurídico dos contratos no sistema “S”

As entidades paraestatais, como aquelas integrantes do Sistema ‘S’, cooperam com o Poder Público, sob seu amparo, nas atividades, setores e serviços de interesse específicos de determinadas classes.

A atuação das entidades integrantes do Sistema “S” em parceria com a Administração Pública atrai a confluência de **princípios** oriundos do Direito Público e do Direito Privado, evidenciando a sobrecarga jurídica típica de nosso ordenamento jurídico.

Destarte, há a incorporação pelo ordenamento positivo de institutos indeterminados que se situam em uma zona de transição público-privada e se submetem ao processo de experimentação.

Assim sendo, o estudo acerca das licitações e contratos no âmbito do Sistema “S” contempla apenas os princípios gerais, dentre estes aqueles que norteiam as licitações e contratos, inerentes à Administração, integrados ao Regulamento de Licitações e Contratos próprio dos Serviços Sociais Autônomos, as normas gerais de direito privado e à jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Como se pode ver ao longo deste trabalho, uma das condições para que se possa ter um contrato administrativo é que necessariamente uma das partes deve ser a Administração Pública.

Os Serviços Sociais Autônomos, como já visto, são reconhecidos pela vasta doutrina existente, corroborado com o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, como não integrantes da Administração pública, ou seja, apenas agentes de cooperação. **Tal entendimento afasta a possibilidade dessas entidades celebrarem contrato administrativo, posto serem entidades de direito privado.**

Outro ponto a ser considerado é lei de regência dos contratos da administração pública, a lei nº. 8.666/1993, que regulamenta o processo de compra e contratação da Administração pública direta e indireta.

Essa legislação não alcança ou regula o procedimento de compras e contratação dos Serviços Sociais Autônomos, não havendo obrigatoriedade de sua utilização nem ao menos de forma subsidiária, devendo essas entidades utilizar apenas os princípios gerais de direito,

dentre eles aqueles atinentes às contratações previstas no artigo 37 da Carta Magna de 88.

O procedimento de compra de bens e serviços, bem como a forma de contratação dos Serviços Sociais Autônomos está disciplinada em regras próprias, inseridas nos Regulamentos de Licitações e Contratos que lhes são específicos e que foram submetidos à avaliação do Tribunal de Contas da União.

Não podem os Serviços Sociais Autônomos em nenhum momento praticar atos unilaterais na execução de seus contratos, como por exemplo, a rescisão arbitrária motivada apenas pelo interesse público.

Outra distinção que afasta a figura dos contratos administrativos da seara dos Serviços Sociais Autônomos está no interesse público específico da contratação, ou seja, aquele que, sendo definido em lei, deverá ser implementado por meio de um contrato administrativo.

Embora a atuação dos Serviços Sociais Autônomos tenha um relevante caráter social, não se pode confundir essa ação com interesse público direto, pelo fato de serem entes de cooperação e de que suas atividades são complementares às ações do Estado, e qualquer particular pode executá-las.

Saliente-se que será sempre a lei que deverá qualificar como de específico interesse público uma determinada prestação contratual

ajustável no âmbito do direito administrativo, submetendo-o ao contrato administrativo.

Repita-se, ao não incluir as entidades do Sistema "S" como destinatário da lei nº. 8.666/1993 o legislador afastou dessas entidades a obrigatoriedade da realização de processo licitatório e celebração de contratos nos moldes praticados pela administração pública federal.

Para tanto, não precisa a Administração Pública criar uma estrutura organizacional própria, eis que nem todo o interesse público para ser implementado reclama a execução direta pelo Poder Público ou por suas entidades.

Não há nessas idéias nenhuma novidade. A doutrina³⁰, de longa data, já vem sustentando a natureza privada dos Serviços Sociais Autônomos.

Assim, os Serviços Sociais Autônomos não estão, constitucional ou legalmente, sujeitos aos princípios limitadores da liberdade de ação, que orientam as ações da Administração direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Estas só podem agir quando devidamente autorizadas por lei, como prescreve a inteligência do *caput* do art. 37 da CRFB.

30 Nesse sentido, já ensinava HELY LOPES MEIRELLES in *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 336-337:." Adotando a mesma linha, veja-se o entendimento de MARCOS JURUENA VILELLA SOUTO in *Direito administrativo em debate*. 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 86.

Para o setor privado, a idéia de legalidade é diversa, isto é, as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado só têm sua liberdade de ação e autonomia da vontade limitadas em função de norma expressa em lei que estabeleça as restrições.

Exemplo do que aqui se sustenta é a não aplicação da Lei nº. 8.666/93 no seu regime de contratações e a subsequente adoção de um Regulamento adequado às suas especificidades e dotado de maior flexibilidade. Seria um absoluto contra-senso aplicar o mesmo regime licitatório das pessoas jurídicas de direito público para entidades que sequer integram a Administração Pública.

Ora, se até mesmo para as pessoas jurídicas de direito privado que integram à Administração Pública (sociedades de economia mista e empresas públicas) a doutrina³¹ e a jurisprudência³² já vêm firmando entendimento sobre a viabilidade jurídica de se adotar regulamentos mais flexíveis e sujeitos apenas aos princípios gerais da licitação, com muito mais razão deve-se aplicar o mesmo raciocínio para os Serviços Sociais Autônomos.

Não fora essa interpretação, os Serviços Sociais Autônomos acabariam por se valer de procedimentos similares ou mesmo idênticos àqueles definidos na lei nº. 8.666/1993, o que aniquilaria toda a razão de se

31 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, Reforma Administrativa Constitucional. pág. 375.

32 Decisão da lavra da Ministra Ellen Gracie que acolheu a possibilidade de a PETROBRÁS adotar um processo de licitação simplificado (MS nº 26808/DF).

instituir um Regulamento próprio e mais adequado para as entidades do Sistema S.

O enquadramento legal dos contratos a serem celebrados pelas entidades que compõem o chamado Sistema 'S' é uma decorrência do modelo utilizado, afastada aplicação da lei federal de licitações e contratos. Também se repele a utilização do contrato administrativo que ali se encontra disciplinado, sendo correto se afirmar que a figura mais acertada é a de um contrato regido exclusivamente pelo direito privado.

Aqui deve ser aberto espaço para a ponderação do administrador, que busca com essa sistemática dotar essas contratações de maior agilidade e eficiência.

Feita esta distinção, resta à dúvida se caberia cogitar-se a existência de contrato administrativo nas obrigações contraídas por entidades que não sejam integrantes da Administração pública e que tenham personalidade jurídica de direito privado.

Levando-se em consideração a letra fria da lei nº. 8.666/93 que se ocupa, sobretudo, dos contratos públicos administrativos, e não sendo os Serviços Sociais Autônomos destinatários de tal legislação, poder-se-ia concluir-se que os contratos celebrados por tais entidades não são regulados pelo citado diploma legal, não sendo, portanto, contratos administrativos e sim privados.

Considerando agora a existência das cláusulas exorbitantes nos contratos, entende-se que estas somente são possíveis nos contratos onde a administração pública seja parte, ou seja, apenas nos contratos administrativos.

O interesse geral do poder público diante do particular não se nivela. Sempre prevalece a sua vontade, em regra, sobre o interesse do particular. Daí a regência do contrato pelo direito público e não pelo privado, que não admite essa desigualdade no tratamento das partes no ato jurídico bilateral.

Não podem os Serviços Sociais Autônomos alterar ou extinguir unilateralmente os contratos celebrados, devendo seguir rigorosamente o que disciplina o instrumento pactuado nos termos de seus regulamentos próprios.

Destarte, enquanto no contrato privado faculta-se à parte o não cumprimento de sua prestação enquanto a outra parte não adimpliu a sua, no contrato administrativo tal faculdade existe. Eis que no âmbito dos Serviços Sociais Autônomos tal faculdade não existe e **o fato de serem previamente licitados não lhes assegura tal direito.**

Por fim, as cláusulas exorbitantes constituem uma consequência do direito público regedor do contrato, em face do interesse público nele insculpido.

Por essa razão, a interpretação dos contratos deve pautar-se pelo atendimento do interesse geral, que, na maioria das vezes, sobreporá ao interesse do particular. Nesse aspecto tais cláusulas não se aplicam aos contratos celebrados pelos Serviços Sociais Autônomos, **que estarão sempre vinculados às cláusulas e condições dos contratos celebrados.**

8. CONCLUSÃO

É possível argumentar, com base constitucional, que os Serviços Sociais Autônomos buscam, precipuamente, e de forma facilmente comprovada, a valorização do trabalho humano e a dignificação da existência dos seus beneficiários.

Se as entidades fossem obrigadas a cumprir integralmente o que está disposto nas leis aplicáveis no âmbito da Administração Pública elas seriam órgãos públicos e não pessoas jurídicas de direito privado como realmente são.

Da mesma forma, sua atuação ficaria engessada, prejudicando muito a sua dinâmica e o alcance diário de seus principais objetivos, com a diminuição gradual da sua eficácia.

Os contratos celebrados por estes entes, são unicamente do gênero privado, sendo patente e inaplicável o contrato administrativo, por não estarem estas entidades incluídas no rol dos entes públicos, bem como também não é aplicável às normas inseridas no direito administrativo a entes privados, no tocante às suas contratações.

Os contratos dessas entidades, embora como dito anteriormente, na forma guardam similaridade, haja vista que os contratos públicos e privados não fogem à regra da obrigatoriedade trazida no clássico princípio de que o contrato legalmente ajustado tem força de lei entre as partes, mas não contemplam cláusulas exorbitantes.

Tais entidades, para as suas contratações de bens e serviços, devem seguir unicamente as regras estabelecidas em seu regulamento próprio de licitações e contratos, utilizando-se subsidiariamente das normas gerais de direito privado, aplicadas ao gênero, para o preenchimento das lacunas e omissões porventura existentes.

9. BIBLIOGRAFIA

BORJA, Celio; DE QUEIROZ, Cid Heráclito. SESC, SENAC; natureza jurídica e a natureza jurídica das contribuições. – Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm;

BRASIL. lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm;

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De14048.htm;

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.073, de 30 de janeiro de 1942. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De14073.htm;

BRASIL. Decreto nº 20.068, de 30 de novembro de 1945. Disponível em:

<http://www.cnc.org.br/cnc/legislacao/decreto-n-20068-de-30-de-novembro-de-1945>;

BRASIL. Decreto nº 61.843, de 5 de dezembro de 1967. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D61843.htm;

CARONE, Edgard. O Estado Novo (1937, 1945). São Paulo, 14 de setembro de 1923. Ed. Ática: São Paulo, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2010;

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro (teoria geral do direito civil)*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1;

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008;

MEIRELES, Helly Lopes, Licitação e contrato Administrativo, 14º ed., Malheiros Editores, 2006;

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos. 5ª ed., São Paulo: Dialética, 1998;

PAULO MODESTO (Coordenador) Nova Organização Administrativa Brasileira. 2ª Edição, Editora Forum, 2010;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Mutações do *Direito Administrativo*, *Novas Considerações – Revista Eletrônica IDPB, Número 2, Salvador, 2005;*

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 1 Parecer contratado pelo SESI/SENAI (Natureza Jurídica e do regime de pessoal do SESI e do SENAI, outubro de 2005) tornado público no processo TC 019.946/2005-4 do TCU.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO, *O Contrato e seus Princípios*, 3ª edição, Aide Editora, Rio de Janeiro, 2001.