

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM
RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTRATOS**

SIDNEY FERREIRA BATALHA

**SESI E SENAI – ENTIDADES PARASINDICAIS
REGIME JURÍDICO E NATUREZA DE SEUS
CONTRATOS**

Brasília – DF

2009

SIDNEY FERREIRA BATALHA

**SESI E SENAI – ENTIDADES PARASINDICAIS
REGIME JURÍDICO E NATUREZA DE SEUS
CONTRATOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em **RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTRATOS**, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em **RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTRATOS** do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Flávio Henrique Unes Pereira

Brasília – DF

2009

SIDNEY FERREIRA BATALHA

**SESI E SENAI – ENTIDADES PARASINDICAIS
REGIME JURÍDICO E NATUREZA DE SEUS
CONTRATOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTRATOS, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTRATOS do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

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 para-tributários 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 contratação 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: – Contratos - Sistema “S” – Licitação - Parasindicais – Paraestatal.

SUMÁRIO

RESUMO	4
1. CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS	9
2. DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS	13
3. OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTONOMOS - ENTIDADES PARAESTATAIS OU PARASINDICAIS?	16
4. DA ORIGEM DOS RECURSOS DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS	24
5. INAPLICABILIDADE AOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS DAS NORMAS E PRINCÍPIOS DIRECIONADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	28
6. DO CONTROLE FINALÍSTICO	32
7. DO REGULAMENTO PRÓPRIO DE LICITAÇÃO E CONTRATO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS	36
8. DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELO SESI E PELO SENAI ...	41
9. CONCLUSÃO.....	52
BIBLIOGRAFIA	56

INTRODUÇÃO

A literatura jurídica nacional não apresentou, até o presente momento, um estudo aprofundado sobre a natureza jurídica dos contratos celebrados pelos Serviços Sociais Autônomos, sendo comumente utilizado os conceitos e fundamentos dos contratos da administração pública.

Verifico existir uma divergência de entendimentos, principalmente se levarmos em consideração a origem dos recursos dessas entidades.

Ao longo deste trabalho serão mostrados entendimentos de pesquisadores, juristas e doutrinadores no que tange à atuação dos Serviços Sociais Autônomos, a sua natureza jurídica, a origem dos seus recursos, o controle externo do TCU e a sua atuação diante dos seus objetivos institucionais.

Para melhor se compreender a realidade jurídica dos Serviços Sociais Autônomos, também conhecidos com entidades do Sistema “S”, considere importante iniciar o trabalho com uma contextualização histórica acerca do seu surgimento, procurando destacar que já naquele momento, ou seja, em pleno período do Estado Novo da era Vargas, o modelo adotado para a criação do SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial demonstra, com clareza, 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 de fato existiu àquela época foi uma cooperação do setor privado com o setor público para organizar meios eficazes na satisfação desses interesses.

Essa razão histórica permeará o estudo com vistas a demonstrar a natureza privada dos Serviços Sociais Autônomos. Ter-se-á como norte o fato de que a receita dessas entidades é eminentemente privada e que o agente arrecadador tem mera função de cobrar, arrecadar e repassar suas receitas, em especial porque tais valores não integram e não fazem parte do orçamento público.

Ao longo do trabalho será estudada a natureza jurídica das entidades do Sistema “S”, a origem dos seus recursos e a destinação das suas receitas.

No tocante aos recursos traremos os conceitos de contribuição parafiscal e parasindical, informações importantes para o deslinde da situação em estudo.

Estudar a obrigação dos Serviços Sociais Autônomos quanto à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União é um elemento de extrema importância para entender até onde é devida a interferência pública na gestão privada dessas entidades, inclusive cabendo ponderar se esta é realmente possível, ou se ela se restringiria apenas a um controle finalístico de gestão.

Os contratos administrativos observam um regime jurídico próprio, estatuído pelo Direito Administrativo, podendo contemplar diversas cláusulas exorbitantes. Tal regime é marcado, na essência, pela possibilidade que tem a administração pública contratante, em razão de interesse público, de modificar a execução a cargo do contratado, de rescindir o ajuste antes do termo fixado, de aplicar sanções e de intervir provisoriamente na execução do contrato nos casos em que o objeto for a prestação de serviços essenciais, em especial, de acordo com os ditames da Lei nº 8.666/93.

O Tribunal de Contas da União em sua decisão nº 907/97 consolidou o entendimento sobre o tema segundo o qual apenas os órgãos da Administração Direta e Indireta estariam sujeitos à observância estrita do processo licitatório.

A celebração de contratos administrativos encontra-se restrita aos órgãos e entidades que compõem a administração pública, haja vista que a ausência de controle público importa também na ausência de submissão ao regime da Lei. nº 8.666/93.

A realização de contratos administrativos exige que uma das partes seja obrigatoriamente a Administração Pública, nos termos dos artigos artigo 1º e 2º da

Lei 8.666/93¹, não estando inserido neste universo os Serviços Sociais Autônomos, haja vista serem entidades privadas atuando apenas como entes de cooperação.

No decorrer deste trabalho serão analisadas as diversas nuances e entendimentos doutrinários sobre o tema, buscando-se demonstrar que os contratos celebrados pelos Serviços Sociais Autônomos são regidos pelo direito privado, não estando, portanto, ancorados ao direito administrativo e muito menos guardam qualquer vinculação, mesmo que subsidiária, à Lei Federal que regulamenta os contratos no âmbito da administração pública.

Espera-se que ao fim deste trabalho, reunidas todas essas informações, seja possível demonstrar a natureza privada dos contratos celebrados pelos Serviços Sociais Autônomos em razão do seu regime jurídico, da origem dos seus recursos, do seu modelo de gestão, bem como da ausência da submissão dessas entidades às leis que regem os contratos administrativos.

1 Lei 8.666/93 "Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único - Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único -Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada."

1. CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Ao iniciar este estudo, necessária e prudente é a investigação da real motivação acerca da criação dos Serviços Sociais Autônomos, seu alcance, interesse e atuação. Esse momento de reflexão histórica com certeza contribuirá para um melhor entendimento da linha de pensamento deste trabalho, que procurará desvendar a natureza jurídica dos contratos celebrados pelos Serviços Sociais Autônomos.

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 respectiva segmento econômico. Cada entidade possui metodologia de atuação própria e finalidades específicas.

Como na atualidade existe um expressivo número de entidades enquadradas nesta categoria, escolhi as duas mais antigas e que poderiam nortear o meu entendimento acerca do que se pretendia à época da sua criação e que, com certeza, servirá de referência para minhas conclusões. Nesse sentido passo a relatar abaixo um breve histórico dos fatos acontecidos à época.

O SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial e o SESI – Serviço Social da Indústria, criados, respectivamente, em janeiro de 1942 e julho de 1946, surgiram em consequência de circunstâncias históricas pouco conhecidas, em face da pouca literatura acerca de tais fatos históricos, mas que facilmente nos ajudam a compreender o porquê político e econômico dos seus surgimentos.

O SENAI foi criado no período do Estado Novo, 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 1942.²

Sua criação se deve a diversas causas, sendo a econômica e a social as mais importantes. Econômica em razão das negociações de Vargas com os Estados Unidos para a implantação em território brasileiro de uma siderúrgica, ponto de apoio de uma futura industrialização mais independente, uma vez que, aos poucos, se veria libertada da importação de aço, sabido que este produto é fundamental para a maioria dos empreendimentos industriais, tais como as construções civil e naval.

São Paulo, como motor da indústria 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, até o momento do seu ingresso na conflagração, 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 mesma guerra o que obrigou seus industriais 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.

O fato social, por seu lado, não é menos importante, pois é certo que as elites dominantes do Brasil constituídas pelas burguesias comerciais, industriais, de serviços, bem como militares, Igreja Católica e os principais jornais do Rio de Janeiro e de São Paulo, desde sempre se voltaram contra a ideologia comunista, contrária totalmente à iniciativa privada e formalmente atéia.

O fracassado levante comunista de 1935 apavorou as elites acima citadas que se mobilizaram contra toda e qualquer possibilidade de implantação do marxismo no Brasil. Porém, este inimigo em especial sempre teria adeptos em uma

² CARONE, Edgard, O Estado Novo (1937-1945).

sociedade injusta e sem educação formal. Uma das medidas do governo Vargas, de forma intensiva, foi a tentativa de, em paralelo à repressão política, criar condições de evolução social das camadas menos favorecidas da população, principalmente a urbana, de forma a evitar ao máximo a sua cooptação para o campo comunista.

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.³

Como Vargas contava em permanecer à frente do governo por tempo indeterminado, sua parte no acordo, em tese, era a mais vantajosa, pois se o serviço de educação profissional fosse um sucesso ele se beneficiaria dos dividendos políticos oriundos do aumento da qualidade de vida desses trabalhadores, e sem depender recursos públicos. Se o serviço fracassasse, ele diria que não era este administrado pelo governo e, portanto, não poderia dividir a culpa e, ainda, poderia estatizar o serviço e administrar os recursos criados pelo seu próprio decreto-lei.

O fato é que o SENAI desde sempre obteve sucesso. A derrubada do regime estadonovista de Vargas, em 1945, não alterou o raciocínio político elaborado pelo ex-ditador, sendo certo que enquanto o SENAI fosse bem sucedido não haveria sucessores do ex-presidente dispostos a deixar de obter dividendos políticos com esta vitória alheia.

A criação do SESI, por sua vez, não difere dos motivos da criação do SENAI, mas surge em período diferente da história mundial, pois já ingressávamos na “guerra fria” e o surgimento de mais um serviço social que atuasse na educação do trabalhador e do seu bem estar social viria complementar as finalidades do SENAI e comprovar a tese de que a liberdade econômica oferecia mais vantagens e lazer ao trabalhador do que a economia dirigida representada pela União Soviética.

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

Como corria o mês de julho de 1946, e a constituinte eleita para promulgar uma nova Constituição somente atingiria o seu objetivo maior em 18 de setembro do mesmo ano, o Sesi foi autorizado a ser criado pela Confederação Nacional da Indústria por meio também de um decreto-lei do presidente Eurico Gaspar Dutra. À nova entidade se garantiu uma contribuição nos mesmos moldes da do SENAI.

A manutenção das condições de existência do Sesi e do SENAI, por sua vez, podemos ousar em argumentar, não somente se dá pela previsão constitucional prevista no artigo 240 da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88⁴ como também pelo fato de garantir o desenvolvimento nacional, que é um dos mais caros objetivos da República Federativa do Brasil, conforme determinam o artigo 3º e seu inciso II da mesma Carta Maior.

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. A história revela que os Serviços Sociais Autônomos jamais foram órgãos públicos. Surgiram como entidades de direito privado nos corretos termos da legislação civil e assim devem continuar.

Como o SENAI e o Sesi foram os primeiros Serviços Sociais Autônomos a serem criados, procuramos utilizar muito de suas experiências como subsídio às nossas conclusões.

Infelizmente, ao longo de mais de meio século, muito pouco tem sido escrito ou discutido sobre tais entidades. Os doutrinadores pátrios têm destinado apenas poucos comentários e raros estudos sobre a natureza jurídica dos entes paraestatais, deixando aberta uma grande lacuna para as mais diversas e conflitantes interpretações, inclusive quanto a sua formação e existência.

4 CRFB “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.”

2. DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTONÔMOS

JOSÉ AFONSO DA SILVA⁵ leciona que o Poder Público não criou entidades públicas para o cumprimento de interesses desenvolvidos pelo segmento econômico do comércio porque não teve sua dimensão pública como suficiente para tanto. Em suma, não criou órgãos públicos para a prestação dos serviços pertinentes porque estes, ontologicamente, ou seja, na sua essência, não se prestam a serem transformados em serviços públicos. Por isso, estimulou a criação de entidades privadas.

Em complemento, o mesmo parecerista afirma não ser preciso grande esforço para se perceber o caráter tipicamente privado das atividades desenvolvidas, por exemplo, pelo **SESC e pelo SENAC** quer pelo âmbito estrito de sua abrangência, quer pelos seus destinatários: sempre o trabalhador do comércio e sua família e as empresas comerciais.

As ações desenvolvidas por essas entidades não podem ser consideradas como serviço público porque lhes faltam alguns princípios sem os quais determinadas atividades não se caracterizam como serviços públicos, embora possam ser de interesse geral, social ou mesmo de interesse público, quais sejam: a universalidade; a igualdade; a impessoalidade ou a neutralidade, porque em função da sua lei de criação devem atender a um público específico, ou seja, os comerciários e seus familiares e dependentes.

Em auxílio a esse entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, assim define, in verbis:

‘Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo’.

5 Parecer contratado pelo SESC e SENAC (Da Natureza Jurídica de SESC e SENAC e de seus recursos, dezembro de 2007), com divulgação autorizada pelas entidades.

6 MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, pág. 620.

Os Serviços Sociais Autônomos são pessoas jurídicas de direito privado, haja vista que a natureza de direito privado dessas instituições está consagrada na Constituição da República, pelo que se estranha que entidades do Poder Público ainda insistam em não o reconhecer.

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.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁷ argumenta que o simples fato de uma entidade privada desenvolver atuação de interesse público não seria suficiente para submeter seus atos, nem, especificamente, os atos praticados sob seus próprios regimes e métodos privados de gerência de seus bens, pessoal e serviços, à órbita pública administrativa, pois interesses públicos de fomento não são nem exclusivos do Estado nem, tampouco, incompatíveis com a gestão privada.

ILMAR GALVÃO⁸ afirma que tais entidades foram constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, havendo sido expressamente considerados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 240, como entes vinculados ao sistema sindical⁹, descaracterizando-os, em definitivo, como integrantes da Administração Pública. Considera ainda que, inegavelmente, se está diante de pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço de interesse público, porquanto destinadas a atuar perante considerável parcela da sociedade, característica esta que justificaria a contribuição compulsória a elas destinadas.

7 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.

8 Parecer contratado pelo SESI/SENAI (Da Natureza Jurídica de SESI e SENAI e de seus recursos, maio de 2008 - tornado público nos processos nºs: 01566-2008-003-20-00-4 e 01466-2008-003-20-00-8 do TRT da 20ª Região).

9 O sistema Sindical compreende todo o mundo sindical e está fixado pela imagem da pirâmide sindical. A Confederação que, como substantivo, é a entidade vértice da pirâmide e, adjetivando-se, qualifica o sistema (confederativo), sempre se caracterizou pela competência de coordenação nacional. Os sindicatos superpõem-se à categoria econômica representada e a federação coordena grupo dessas categorias. O sindicato e a federação nacionais não concorrem com a confederação. Suas bases territoriais é que cobrem o País, mas a representação permanece restrita à categoria ou ao grupo de categorias, respectivamente.

Nesse sentido, o regime infraconstitucional de direito público não pode ser estendido a ente do setor privado senão por lei expressa, face ao princípio da reserva legal previsto no art. 5º, II da CRFB/88¹⁰; nunca por via interpretativa dos textos legais e constitucionais que informam a Administração Pública, a partir da visualização de uma suposta semelhança de situações.

No caso do Sistema “S” toda a disciplina de sua existência, funcionamento etc., é regida pelo direito privado e, em nenhuma parte da Constituição da República, o constituinte originário previu incluir tais entidades como integrantes da Administração Direta ou Indireta.

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

“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.”¹¹

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO consegue alinhar as duas situações – natureza jurídica dos Serviços Sociais Autônomos e as receitas próprias que compulsoriamente recebem – para assim concluir que essas entidades, por expressa e intencional vontade constitucional, não se sujeitam ao art. 37 da CRFB/88, muito menos ao seu inciso II¹², obrigatório apenas para as entidades estatais:

“Em razão de sua natureza jurídica privada, os recursos para-tributários auferidos, ao se incorporarem aos patrimônios do SESI e do SENAI, perdem a natureza de dinheiro público, de modo que a gestão financeira de ambas é também totalmente privada.”¹³

10 Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

11 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

12 Art 37, II da CRFB trata da investidura em cargo ou emprego público mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos;

13 Estudo já mencionado

3. OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTONOMOS - ENTIDADES PARAESTATAIS OU PARASINDICAIS?

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO nos ensina que a expressão “entidade paraestatal” abrange pessoas jurídicas de direito privado que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo. Não Abrange as sociedades de economia mista e as empresas públicas; tratam-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado).¹⁴

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.¹⁵

A doutrina é uníssona no que tange à singularidade dos Serviços Sociais Autônomos.

DIÓGENES GASPARINI veicula precisos ensinamentos sobre tais entidades:

“Essas entidades, entes privados de cooperação da Administração Pública, sem fins lucrativos, genericamente denominadas Serviços Sociais Autônomos, foram criadas mediante autorização legislativa federal, mas não prestam serviços públicos, nem integram a Administração Pública federal direta ou indireta, ainda que dela recebam reconhecimento e amparo financeiro. Exercem, isto sim, atividades privadas de interesse público. São dotadas de patrimônio e administração próprios. Não se subordinam à Administração Pública Federal, apenas se vinculam ao Ministério cuja atividade, por natureza, mais se aproxima das que desempenham, para controle finalístico e prestação de contas. São associações, sociedades civis ou fundações criadas segundo o modelo

14 Obra já citada

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

ditado pelo Direito Privado, mas delas distinguem-se pelo poder de exigirem contribuições de certos obrigados (industriais e comerciantes), instituídas por lei conforme o previsto no art. 149 da Lei Magna.” 16

Por outro lado pode-se entender os entes paraestatais como sendo pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica com patrimônio próprio visando à realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado.

As entidades paraestatais não se confundem com as autarquias nem com as fundações públicas, e também não se identificam com as entidades estatais, respondem por seus débitos, exercem direitos e contraem obrigações, são, portanto entidades autônomas.

HELY acredita que o ente paraestatal é gênero, e, diferentemente da posição de Celso Antonio Bandeira de Mello, que entende que são espécies distintas as empresas públicas, sociedades de economia mista e os Serviços Sociais Autônomos, as duas primeiras compondo a administração indireta e a última, a categoria dos entes da cooperação.¹⁷

Até o presente momento, no que temos de melhor em consenso doutrinário, o SENAI foi conceituado como espécie do gênero paraestatal.

Parafiscal, também, a bem dizer, é a natureza da contribuição sindical instituída pela Constituição de 1937.

Resta saber, por outro lado, se o ente beneficiário de contribuições parafiscais é, necessariamente, um ente paraestatal.

No caso específico dos sindicatos, criados também durante o Estado Novo, estes foram constituídos mediante autorização legal como entidades beneficiárias de contribuições sindicais, de natureza parafiscal, similar ao que aconteceu com o SESI e o SENAI.

16 GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, pág. 404.

17 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo brasileiro*, pág. 315.

Transitando por Juristas renomados, AMAURI MASCARO NASCIMENTO¹⁸ comenta que “a teoria do sindicato como pessoa jurídica de direito privado é a que hoje prevalece,...” e mais, afirma: “Se o sindicato se caracterizasse como público, estariam irremediavelmente comprometidas tanto a liberdade sindical como a autonomia privada coletiva,...” Nenhum autor, dentre os ali nomeados (Verdier, Ferrara, Barassi, Costamagna, Cioffi, Antonio de Lemos Monteiro Fernandes, Mario de La Cueva, Cesarino Junior, Orlando Gomes, Élson Gottschalk, Segadas Viana, José Martins Catharino, etc.) em momento algum, segregou os sindicatos entre os entes paraestatais, pelo que, a parafiscalidade da contribuição sindical não torna os sindicatos entes paraestatais.

Assim, o que faz um ente ser classificado como paraestatal? Ser criado por lei? Neste Caso os sindicatos careceriam de reconhecimento legal para a sua investidura sindical. Dir-se-á ser necessário que “realizem atividades, obras ou serviços de interesse coletivo” ou que esteja “disposto paralelamente ao Estado, ao lado do Estado, para realizar cometimentos de interesse do Estado, mas não privativos do Estado”.¹⁹

E as inúmeras entidades privadas que embora não instituídas por lei, mas por lei chanceladas com reconhecimento de utilidade pública, nos âmbitos municipal, estadual ou federal e, portanto realizando atividades, obras ou serviços de interesse coletivos, impróprios do Poder Público, mas de utilidade pública e paralelas ao Estado, se converteriam em paraestatais?

O conceito paraestatal é, a bem da verdade, o grande balaio das incógnitas, no qual se ajustam os indefinidos conceituais, enquanto não objeto de interesses capazes de fustigarem a elaboração de definições eficazes.

Para melhor entendermos a amplitude do que seja um ente parasindical é necessário fazer um breve passeio pela história do segmento industrial na era Vargas.

18 NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Compêndio de Direito Sindical*, pág. 153/165

19 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo brasileiro* pág. 290

Ao ascender ao poder em 1930, Getúlio Vargas, no seu discurso de posse, menciona, entre as idéias centrais de reconstrução nacional “a difusão intensiva do ensino público, principalmente técnico-profissional...” ainda no poder em 1937, busca Vargas dar cumprimento ao artigo 129 da nova Constituição de 1937, que nomeava os atores responsáveis pela formação profissional das classes menos favorecidas:

Dizia-se à época que o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas era em matéria de educação o primeiro dever do Estado. Cumpria-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos estados, dos municípios ou associações particulares e profissionais. Considerava-se 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. A lei regularia o cumprimento desse dever e os poderes que caberiam ao Estado sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo poder público.

Naquele momento, o Brasil buscava a implementação de um modelo econômico centrado na indústria, sendo a organização do ensino industrial um esforço contemporâneo à implementação de uma ampla legislação trabalhista, previdenciária e sindical que pretendia reordenar o mercado de trabalho viabilizando a implementação de um projeto político de nação e de desenvolvimento econômico baseado na industrialização.

Ao baixar o Decreto-lei nº 1.238 de 02 de maio de 1939, e mesmo depois o Decreto-lei nº 4.048 de 22 de janeiro de 1942 que criou o SENAI, o Executivo não delegou, com o primeiro, às indústrias, ou com o segundo, à Confederação Nacional da Indústria - CNI, a obrigação de criar “escolas de aprendizes destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados” posto que esta era uma atribuição já reservada pelo artigo 129 da Constituição de 1937 às indústrias e sindicatos econômicos. O Executivo não fez mais que regulamentar, de maneira ampla e atendendo ao mesmo dispositivo, a forma de cumprimento dessa atribuição constitucional reservada aos representados pela CNI.

Nem de longe se concebem públicas as contribuições estipuladas pelo decreto-lei nº 4.048 de 22 de janeiro de 1942 que criou o SENAI. Constituem-se, antes, atividade de fomento pela qual o Estado, no dizer de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²⁰, “incentiva, ajuda a iniciativa privada”.

Naquele momento específico, na vigência do maior conflito bélico da história humana, a Segunda Guerra Mundial, sob um governo forte que dominava toda a nascente estrutura sindical do país, e que definiu a linha mestra da economia conduzindo-a à industrialização, o SENAI surge como pessoa de cooperação com a indústria.

A forma legal para viabilizar a arrecadação de recursos de empresas industriais inclui-se entre as “facilidades” que foram oferecidas às indústrias e sindicatos pelo poder público, e previstas no citado dispositivo constitucional, para viabilizar a criação das escolas de aprendizes destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados.

Por subsídios e auxílios também constitucionalmente recomendados ao Estado para permitir a empresas e sindicatos a consecução daquele objetivo, é de se ressaltar a isenção de impostos federais, previsto pelo art. 7º do mesmo decreto-lei²¹.

Observando-se aquele momento como um período específico e especial da história, após o qual, talvez, não fosse mais necessário o custeio das escolas pelo empresariado industrial, o regimento elaborado pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, dá margem ao entendimento, pela leitura do seu Artigo 12, de que a própria CNI poderia determinar a dissolução do SENAI fazendo-o “cessar a sua atividade”, bastando para isso “três quartas partes dos votos do seu Conselho de Representantes”, para o que não necessitaria e não necessita de autorização legal.

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, pág 37

21 Decreto-lei nº 4.048 de 22 de janeiro de 1942 – “Art 7º - Os serviços de caráter educativo, organizados e dirigidos pelo Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários, serão isentos de impostos federais.

Qual seria então, a principal proteção criada em favor da entidade nascente, recomendada por dispositivo constitucional e surgida de um dever atribuído a indústrias e sindicatos? Qual seria a principal proteção desde a sua origem até hoje, concebida que foi num momento da história de extremada prevalência do trabalhismo sindical?

Ao baixar o Decreto nº 4.048 de 22 de janeiro de 1942, não mais realizou o Executivo Federal que uma ação vivificante, retirando da Carta Maior o ser que ela própria concebera, entregando-o ao empresariado da indústria, representado pela CNI, a quem também ela recomendara mantê-lo e conduzi-lo ao longo da sua existência. HELY LOPES MEIRELES²² ao referir-se aos Serviços Sociais Autônomos, e citando entre eles o SESI e SENAI, afirma que têm “estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras”. Porém, longe de serem uma criação “genuinamente brasileira”, são eles, antes, entes descaracterizadores do formato sindical, então conhecido. Na verdade, o SENAI e SESI constituem-se numa peculiaridade do sindicalismo brasileiro e até mesmo mundial.

Portanto, o embate entre serem o SESI e o SENAI entes parasindicais, como é possível entender que seja, por estar na estrita e absoluta órbita sindical, ou ser um ente paraestatal, é conceituação cuja definição se impõe inadiável, por justa que é, ante o mal disfarçado desejo do Poder Público, hoje, em utilizar-se de seus recursos e, talvez, mais tarde, do seu patrimônio. No tocante ao SESI e ao SENAI, uma vez dissolvidos, seus patrimônios reverterão para a Confederação Nacional da Indústria.

Cabe aqui entender se a qualificação dos Serviços Sociais Autônomos como entidades paraestatais é a mais apropriada, ou se não se trata de uma acomodação necessária ao silêncio das discussões sobre o tema, por falta de disposição em estudá-lo.

Compreende-se que doutrinadores não tenham vislumbrado a possibilidade de uma entidade sindical ter estrutura diversa da estrutura tradicional, clássica, ainda

22 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo brasileiro*. pág. 315

hoje acatada e reconhecida. Daí a conceituação do Sesi e do Senai entre os entes paraestatais.

Qualquer que seja a teoria consagrada sobre a natureza das pessoas jurídicas, haveremos de admitir que estas constituem uma criação da Ciência Jurídica para atender determinadas necessidades da organização social, sendo possível que as modalidades atuais ganhem, com o tempo, novas características e acabem se transformando em outras categorias e espécies.

Sob o mesmo aspecto, afirma o professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO²³ que os Serviços Sociais Autônomos mais recentes afastaram-se do modelo clássico e mais se aproximaram do Sistema de Administração Pública descentralizada”. Com efeito, a APEX-Brasil e a ABDI, “conquanto tenham sido qualificadas nas respectivas leis (que as criou) como “Serviços Sociais Autônomos” têm regime e perfil jurídicos bem diversos dos atribuídos tradicionalmente às entidades da mesma natureza”.

Nessas entidades, por exemplo, o presidente é nomeado pelo Presidente da República, enquanto no Senai o Diretor é designado pelo presidente do seu Conselho Nacional que é, também, o presidente da CNI. Para aquelas, há previsão de dotações orçamentárias consignadas no Orçamento da União, enquanto o Sesi e o Senai são mantidos por recursos privados.

Ainda reportando-se aos recursos mantenedores do Sesi e do Senai, afirma José dos Santos Carvalho Filho²⁴: Esses recursos não provêm do erário, sendo normalmente arrecadados pela Receita Federal do Brasil e repassados diretamente às entidades.

Há de se observar quanto a essa sedutora e paradoxal afirmativa que o serviço prestado pela autarquia arrecadadora, a Receita Federal, não é gratuito. Pelo serviço que realiza, o órgão é remunerado na base de 3,5 % (Três inteiros e

23 CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Direito Administrativo*, pág. 479.

24 Idem pág. 479-480.

cinco décimos por cento)²⁵ incidentes sobre os valores arrecadados a título de contribuição compulsória. Ademais, a categoria econômica, em especial a das indústrias, pode recolher diretamente essa contribuição ao Sesi e ao Senai, não sendo obrigatória a utilização dos serviços do agente arrecadador.

Emerge aqui o princípio da referibilidade, por estarem obrigados à contribuição apenas aqueles conectados à intervenção no domínio econômico.

Outrossim, no caso do Senai, e a bem da verdade, a que estão originalmente obrigadas as indústrias e os sindicatos, pelo texto da Carta de 1937, é a criação de “escolas de aprendizes destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados” e não ao pagamento das contribuições, pelo que a compulsoriedade se esfuma com a isenção conferida às indústrias que, às suas expensas, realizem aquela obrigação (Art. 5º do Decreto-lei nº 4.048 de 22 de janeiro de 1942).

Ora, o Sesi e o Senai, organizados, dirigidos e mantidos pela indústria por meio das suas legítimas representações sindicais é essencial à indústria, ao sucesso da livre iniciativa e à valoração social do trabalho, como elementos necessários ao desenvolvimento da mão-de-obra operária, sustentáculo da economia e fator de equilíbrio da organização social.

Como conciliar o proclamado publicismo desses recursos com o claro texto regimental/regulamentar²⁶, se todo o patrimônio das entidades constituídas mediante custeio das indústrias brasileiras através de sua legítima representação sindical seria absorvido, repita-se, em instância última, pela CNI, o que sedimenta o estabelecimento do Sesi e Senai na esfera parasindical.

25 De acordo com o artigo 94 da Lei 8.212/91 – o INSS poderá arrecadar e fiscalizar, mediante remuneração de 3,5% do montante arrecadado, contribuição por lei devida a terceiros.

26 Decreto-lei nº 4.048 de 22 de janeiro de 1942 (Senai) e Decreto-lei 9.403 de 25 de junho de 1946 (Sesi);

4. DA ORIGEM DOS RECURSOS DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

A CRFB/88 não possui norma desnecessária ou inócua, por certo. Leia-se o seu artigo 240 nas suas partes (contribuições compulsórias – privadas - sistema sindical) e em seu conjunto (contribuições destinadas a entidades privadas vinculadas a entes sindicais, estes autônomos, por natureza: art. 8º, da CRFB/88²⁷), para se ver, de forma cristalina, o modelo próprio que a CRFB/88 recepcionou e consagrou para os Serviços Sociais Autônomos, que os diferencia de todas as demais formas jurídicas.

A prova de confiança do constituinte no modelo por ele recepcionado está no artigo 62 do ADCT que autoriza a criação do SENAR à imagem e semelhança do SENAI e do SENAC, e não na forma típica e própria da Administração Pública indireta, enfatizando que este era o seu modelo para os Serviços Sociais Autônomos.

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.

No mais, de se destacar que os recursos destinados ao SESI e ao SENAI não têm origem na coletividade de forma indiscriminada, como se fora um imposto, sem vinculação de receita. Na espécie, o universo de contribuintes está adstrito ao segmento industrial, que vem a ser beneficiário direto daquelas contribuições, que são empregadas na qualificação da mão de obra industrial.

Subjacente a isto está o reconhecimento de que esses interesses coletivos são de interesse geral. São do interesse da sociedade civil, contribuem para bem comum.

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

Tais interesses, estritamente falando, não são “públicos”, enquanto que o Estado não os assume.

Mais. Além de não os assumir, o Estado deixa a tutela de tais interesses por conta de entidades distintas dele, que mesmo dele não emanam, como os sindicatos em geral, entidades como o SESI, o SENAI, etc., entidades essas inteiramente autônomas em relação a ele.

Não é o conjunto da sociedade, mas tão somente as empresas industriais que contribuem para o SESI e para o 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. Recursos estes repassados aos Serviços Sociais Autônomos, após a retenção de 3,5 % a título de remuneração pelos serviços de arrecadação e repasse. Quer dizer, titulares desses recursos são as entidades do Sistema ‘S’. 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. Quer dizer, trata-se de recursos de proveniência privada para entidades privadas, e o fato de passarem pelo INSS ou pela Receita Federal, simples intermediários, não os contamina de natureza pública.

Cabe reiterar que em se tratando de receita pública, esta obrigatoriamente integra o patrimônio público, do qual só sai em forma de despesa pública ou transferência pública. 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.²⁸

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

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.

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.

Em qualquer dos sentidos, é certo que se trata de contribuição, independentemente de ser esta de cunho social ou de interesse de categoria econômica, pois assim indica o artigo 240 da CRFB/88, no qual o produto de sua arrecadação destina-se a custear atividade social ou de interesse de categoria econômica.

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.²⁹

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 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.

29 Trabalho já citado.

Se o normal do tributo é aprovisionar o Estado e servir a interesses públicos, claramente essas contribuições em benefício de categorias profissionais e econômicas, são “tributos” anômalos. Servem elas aos interesses coletivos integrados no interesse geral, não a interesses públicos, *stricto sensu*. Sua aplicação é especial e visa finalidade também especial, por meio de ente não-estatal.

Os Serviços Sociais Autônomos não recebem recursos derivados de “dinheiro público”, muito menos de “dinheiro do trabalhador”.

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.

A contribuição para o SESI e o SENAI provém apenas e tão somente dos estabelecimentos 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 – sempre em termos vulgares – esse dinheiro não vem dos trabalhadores, mas das empresas empregadoras.

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”.³⁰

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO reafirma a posição não-administrativa dos os Serviços Sociais Autônomos, assim se pronunciando:

“Definiu-se a natureza jurídica das Consulentes como pessoas de direito privado, associadas por lei à Administração Pública Federal, sem, contudo, vir a integrá-la, para desenvolver uma atuação de fomento social no setor privado, em apoio da comunidade nacional dos trabalhadores da indústria e de suas famílias.

De toda essa conceituação doutrinária acerca dos Serviços Sociais Autônomos, construída há tempos e reafirmada até hoje, discrepa da tese autoral, despida de sustentáculo jurídico, de que os Serviços Sociais Autônomos, por receberem contribuições compulsórias, sujeitam-se às normas aplicáveis à Administração Pública, no que tange ao procedimento de contratação.”³¹

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 CRFB, 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.

30 Obra já citada

31 Parecer já citado.

E são justamente essas entidades, além, por óbvio, dos entes públicos internos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que se sujeitam às normas do art. 37 da CRFB/88, bastando se constatar que, para se chegar a essa conclusão, que esse artigo se encontra estrategicamente (e não casualmente) inserido no Capítulo VII, que cuida, exclusivamente, da Administração Pública.

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 há, 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.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO demonstra que interpretações deste tipo extrapolam:

“(...) a imposição de obrigações públicas concretas de fazer, que são aplicáveis exclusivamente a pessoas da Administração Pública, para estendê-las àquelas entidades privadas de colaboração, como o são os Serviços Sociais Autônomos, desse modo caracterizados no Direito Administrativo brasileiro, não obstante inexistir qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional que autorize ou justifique essa extensão interpretativa”.³²

O legislador brasileiro tanto conhece e reconhece que os Serviços Sociais Autônomos, bem como a origem de seus recursos estão fora da estrutura estatal, que os tratou em regra própria e separada das normas destinadas ao Poder Público, para, mais uma vez, reafirmar a sua natureza privada e a não vinculação à Administração Pública, mas sim à estrutura sindical.

³² Trabalho já mencionado.

Somente o próprio legislador constitucional poderia alterar tal sistemática. É defeso cogitar de uma inversão desses primados, sob pena de uma total, desautorizada e, principalmente, desproporcional subversão de valores constitucionais. Aliás, na PEC nº 298/2004, que intentava revogar o artigo 240 da CRFB/88, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, com força terminativa, aprovou parecer no sentido de sua inadmissibilidade, por violação de regras e princípios constitucionais pétreos.

A Corte de Contas reconheceu que cabe aos próprios Serviços Sociais Autônomos baixar e aprovar seus regulamentos de licitações e contratos.³³

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).

Na verdade, se reservou às instruções normativas a tarefa de criar os aspectos operacionais e internos de cada estrutura orgânica estatal, com o detalhamento necessário a evidenciar e a tornar efetivas as práticas legalmente autorizadas e normativamente regulamentadas que se encontram sob a responsabilidade executiva de um certo e específico órgão ou entidade.

Viu-se que aquele art. 240 da CRFB, reconhecendo, de forma expressa, que os Serviços Sociais Autônomos são privados, titulares de receitas compulsórias próprias e que estão vinculados ao sistema sindical a que se refere o art. 8º da CRFB/88, justificou toda a legislação infraconstitucional que reconhece a gestão privada dessas entidades.

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 CRFB/88 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).

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

Decisão proferida pelo Juiz Federal CÉSAR AUGUSTO BEARSI, do 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. (...)”³⁴

34 TRF da 1ª Região – AI nº 2007.01.00.51848-4/DF.

6. DO 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, verbi gratia, o Contrato de Gestão.

Quanto ao aspecto controlado temos:

1. Controle da legalidade ou legitimidade – decorrente do princípio da legalidade presente no Estado de Direito, objetiva verificar se o ato de gestão está conforme a lei que o regula. Esta modalidade de controle é exercida tanto pela Administração como pelo Legislativo e Judiciário, devendo estes dois últimos, contudo, serem provocados.
2. Controle de Resultado – este avalia não o ato, mas a atividade administrativa de per si, ou seja, o efeito decursivo da prática dos atos administrativos, visando aferir se o administrador público alcançou o resultado pretendido da melhor forma e com menos custos para a Administração.

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.

De acordo com o parágrafo único do artigo 70 da CRFB/88³⁵ 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 71³⁶ da mesma Carta Magna.

Nos termos do referido artigo 70, 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.

Os recursos (dinheiros, bens e valores) arrecadados pelos Serviços Sociais Autônomos não são públicos e a União não tem envolvimento algum com os recursos auferidos e administrados pelo Sistema 'S' que, por sua vez, não tem poderes para assumir obrigações pecuniárias ou outra qualquer em nome da União, nem tem como fazê-lo, logo o tema não lhe diz respeito.

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

35 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, assumira obrigações de natureza pecuniária

36 "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...."

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO entende que a mera utilização de recursos públicos oriundos de contribuições para-tributárias, que configuram a subvenção legal auferidas pelos Serviços Sociais Autônomos, tampouco bastaria para integrar uma entidade privada na órbita constitucional da Administração Pública, senão que, de direito, apenas a submete à regra geral de prestação de contas finalística dos valores recebidos, tal como prevista no artigo 70, parágrafo único da CRFB/88, sem que tal obrigação se estenda a uma ampla prestação de contas quanto às suas opções privadas de gestão para prosseguir suas finalidades.³⁷

Considerando que se tratam 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 CRFB/88³⁸, 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

37 Parecer já citado.

38 Artigo já citado.

termos da lei que as instituiu, que os recursos foram aplicados de forma regular na persecução dos objetivos visados em lei.

A lei nº 8.443/92, também conhecida como lei orgânica do TCU, em seu artigo 5º inciso V determina que a jurisdição do Tribunal também abrange 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:

I - ...

II - ...

III - ...

IV - ...

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. Não deve, portanto, o órgão de controle se imiscuir na rotina administrativa do SESI e do SENAI.

7. DO REGULAMENTO PRÓPRIO DE LICITAÇÃO E CONTRATO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

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

Pairava à época dúvida quanto a correta interpretação do artigo 119 da Lei nº 8.666/93. Cabia entender se a expressão ‘entidades controladas’ abrangeria apenas as empresas e/ou sociedades nas quais a União ou suas empresas detivesse a maioria absoluta dos direitos a voto, nos termos do artigo 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76, in verbis:

“Art. 243. ...

§ 2º - Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegure, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

Assim, nos termos do item 4.3 do Acórdão nº 152/2001 – Plenário/TCU, tanto o parágrafo único do artigo 1º quanto o artigo 119 da Lei nº 8.666/93 não podem abranger os Serviços Sociais Autônomos porque eles não se inserem entre as entidades que compõem a Administração Pública e tampouco são entidades controladas direta ou indiretamente pela União, conforme se pode aferir pela interpretação do conceito devido pela Lei nº 6.404/76. Além do mais, a competência atribuída à União para legislar em matéria de licitações e contratos não abrange os Serviços Sociais Autônomos porque, embora sendo beneficiários de recursos oriundos de contribuições parafiscais, não se incluem entre aquelas unidades e entidades classificadas nos dois grupos da Administração Pública indicados no artigo 22, inciso XXVII, da CRFB/88. Se a Lei nº 8.666/93, em consonância com a Constituição, não enumerou essas instituições entre aquelas a que se destina, é defeso ao intérprete fazê-lo.(Decisão nº 907/97).

A jurisprudência mais recente do Tribunal de Contas da União é pacífica no sentido de que os Serviços Sociais Autônomos, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666 de 21/6/1993, não estão sujeitas à observância dos estritos procedimentos ditados pela referida lei, e sim aos seus regulamentos de licitações e contratos, devidamente publicados (Decisão nº 907/1997 – Plenário; Decisão nº 211/1998 – Plenário; Acórdão nº 21/2000 - Plenário; Acórdão nº 57/2001 – Plenário. Acórdão nº 457/2005 – 2ª Câmara, dentre outras).

Os regulamentos de licitações e contratos dos Serviços Sociais Autônomos devem se submeter somente aos princípios gerais de direito, dentre eles aqueles impostos à administração pública. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte excerto extraído do relatório do Acórdão nº 57/2001 – Plenário: “Não obstante aplicar-se ao caso o entendimento esposado na prefalada Decisão Plenária nº 907/97, quanto à **desnecessidade de os Serviços Sociais Autônomos adequarem-se aos preceitos específicos do Estatuto federal de Licitações**, o mesmo decisum deixou assente a obrigatoriedade da submissão das entidades integrantes do chamado Sistema ‘S’ a seus próprios regulamentos de licitação. Outras deliberações que se seguiram ratificaram e detalharam o entendimento em foco, consignando a necessidade de que esses regulamentos seguissem os princípios constitucionais insertos no art. 37 da Carta Magna (Acórdão nº 21/200 e nº 309/00 – Plenário, decisão nº 461/98 – Plenário, Acórdão nº 300/98 – 1ª Câmara e outros).” (Grifamos)

A decisão nº 907/97 assevera, como dito anteriormente, a necessidade de que os regulamentos próprios dos Serviços Sociais Autônomos seguissem os princípios constitucionais insertos no art. 37 da Carta Magna. Neste contexto cabe trazer o auxílio do mestre J.J. GOMES CANOTILHO que estabeleceu características especiais para os princípios, quais sejam:

- a) Grau de abstração: Os princípios são normas com um grau geral de abstração relativamente elevado;

- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados carecem de mediações concretizadoras;
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico;
- d) Proximidade da ideia do direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” ou da ideia de direito;
- e) natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.³⁹

Pelo que se depreende das explicações de Canotilho, a sujeição aos princípios constitucionais insertos no art. 37 da Carta Magna não são suficientes para o entendimento elástico de vinculação ao procedimento administrativo público, nos moldes da Lei nº 8666/93, nem tampouco autoriza a compreensão de que é devida a utilização subsidiária da norma pública nos casos em que o regulamento de licitações e contratos dos Serviços Sociais Autônomos for silente ou omissivo.

Nesse mesmo sentido nos termos do entendimento da corte de contas somente se aplicam aos Serviços Sociais Autônomos as regras de contratação especificadas em suas regras próprias, não sendo, portanto, aplicável nem mesmo subsidiariamente os regramentos da Lei nº 8.666/93.

39 CANOTILHO, J.J Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 1034/1035

Neste sentido Marçal Justem Filho assim leciona:

“Como regra a ausência de controle público importa ausência de submissão ao regime da Lei nº 8.666/93. Assim, uma entidade privada que receba verbas públicas para desempenho de certas atividades socialmente relevantes não estará obrigada a cumprir as exigências da Lei nº 8666/93”.⁴⁰

No que tange à obediência aos ditames da Lei nº 8.666/93 os Serviços Sociais Autônomos não se encontram em nenhuma das situações enumeradas na citada norma legal.

DIOGENES GASPARINI ensina que os Serviços Sociais Autônomos não desfrutam de privilégios administrativos, tributários ou processuais, salvo os que lei específica lhes outorgar, demandam e são demandados na Justiça Estadual, não tendo foro privilegiado, estão sujeitos ao controle do Tribunal de Contas da União, devendo observar os seus regulamentos nos termos das Decisões nºs 907/99 e 461/98 da Corte de Contas da União, devendo nos casos de omissão observar os princípios de direitos aplicáveis à espécie e, por fim, e subsidiariamente da Lei Federal Licitatória.⁴¹

Para JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, as entidades sob o controle direto ou indireto das pessoas federativas são aquelas de natureza paraestatal, gerindo dinheiro público, normalmente instituídas por lei, são obrigadas a prestar contas para o TCU, incluindo-se nessa categoria os Serviços Sociais Autônomos, como, por exemplo, os destinados à formação profissional e à assistência social, estando obrigados respeitar os princípios básicos dos procedimentos licitatórios, ou a acatar integralmente a Lei nº 8.666/93 caso não edite e aprove regulamentos próprios.⁴²

Conforme asseverado anteriormente, o Tribunal de Contas da União em sua Decisão nº 907/97 consolidou novo entendimento sobre o tema segundo o qual apenas os órgãos da Administração Direta e Indireta estariam sujeitos à observância

40 JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pág. 30.

41 GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, pág. 465/466.

42 CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Direito Administrativo*, pág. 205.

estrita do processo licitatório. Repita-se, a expressão 'entidades controladas' abrangeria apenas as empresas e/ou sociedades nas quais a União ou suas empresas detivessem a maioria absoluta dos direitos a voto, nos termos do artigo 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76.

Os Serviços Sociais Autônomos, repita-se, estão obrigados a seguir apenas os princípios gerais de direito, dentre eles aqueles contidos no artigo 37 da CRFB/88.

Nesse sentido, as omissões e as lacunas existentes nos referidos regulamentos de licitações e contratos, porventura existentes, devem ser solucionados utilizando-se os princípios gerais de direitos além das regras contidas no Código Civil vigente, no que tange à matéria em estudo.

8. DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELO SESI E PELO SENAI

Diante de todo o exposto nos itens anteriores, 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 SESI e SENAI, 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.

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”.⁴³

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 “acordo” 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.

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

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 vez ajustado o contrato, não podem as partes se furtar ao respeito daquilo que fora convencionado, obrigando reciprocamente ao seu cumprimento. O contrato passa, então, a comandar, como se lei fosse, os interesses pactuados livremente entre os contratantes.

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.

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

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.

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 um 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.⁴⁴ 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 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 (omisso o direito administrativo positivo) será possível recorrer-se, na interpretação e na execução de suas cláusulas, ao direito privado; ainda assim, 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, entre outros o artigo 37, *caput*, da CRFB/88.

44 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo brasileiro* pág. 182.

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 8.666/93, 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.⁴⁵

O Professor DIOGENES GASPARINI leciona que as avenças disciplinadas pelo Direito Administrativo são denominadas *contratos 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.⁴⁶

Nos contratos administrativos são partes, de um lado, a Administração Pública, nos termos do artigo 6º da Lei nº 8666/93, 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), desde que prestadores de serviço público.

Tomando-se por base a distinção entre fato jurídico e ato jurídico proposta por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ⁴⁷ é possível se definir o contrato como a declaração prescrita, composta por um acordo de duas ou mais vontades, que insere normas jurídicas individuais destinadas à regulação dos interesses de

45 Obra já citada.

46 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, pág.692 e seguintes.

47 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*

suas partes. Na teoria dos atos jurídicos, o contrato classifica-se como negócio jurídico, haja vista o seu vínculo com o exercício da autonomia privada, segundo MARIA HELENA DINIZ, em seu Curso de Direito Civil Brasileiro.⁴⁸

O contrato encontra-se fundado nos seguintes princípios básicos:

1. Autonomia da vontade;
2. Consensualismo;
3. Obrigatoriedade dos preceitos vinculados (*pacta sunt servanda*);
4. Relatividade dos efeitos do contrato;
5. Boa-fé;
6. Função social do contrato.

Como bem leciona MARIA HELENA DINIZ,⁴⁹ 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”. Essa regra fundamental do sistema do direito positivo envolve a liberdade de:

1. Criar o contrato;
2. Contratar ou não;
3. Escolha do outro contratante; e
4. Fixar o conteúdo do contrato.

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 contrato é um instituto da teoria geral do direito, não sendo campo exclusivo da doutrina do direito privado. Todavia, os contratos assumem o perfil determinado pelos regimes jurídicos. Pode-se mencionar, inclusive, a existência de

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

49 idem

contratos de direito público, que abrangem os contratos de direito internacional e os contratos de direito administrativo, conforme nos ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.⁵⁰

O Estado contemporâneo desempenha suas atribuições utilizando servidores e recursos próprios ou mediante a contratação de entidades particulares. Não obstante, 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, são apenas agentes de

50, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*.

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 8.666/93 – 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 CRFB/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.

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.

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 8.666/93 o legislador afastou dessas entidades a obrigatoriedade da realização de processo licitatório e celebração de contratos nos moldes praticados pela administração pública federal.

Os Serviços Sociais Autônomos são entidades privadas que não integram a Administração Pública. Atuam no campo do fomento, eis que recebem, por delegação legal, a tarefa de promover a arrecadação das contribuições com vistas a desenvolver **uma atividade estritamente privada**, mas de reconhecida importância para a sociedade.

Para tanto, não precisa o Estado 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 doutrina⁵¹, de longa data, já vem sustentando a natureza privada dos Serviços Sociais Autônomos.

Logo, 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.

51 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.

Destarte, ainda que o regime jurídico privado dos Serviços Sociais Autônomos possa sofrer algumas limitações - em especial por força de interpretações mais restritivas dos órgãos de controle - é inegável que a lógica privada é a que predomina e orienta as suas ações.

Exemplo do que aqui se sustenta é a não aplicação da Lei n.º 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 doutrina⁵² e a jurisprudência⁵³ 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.

Daí porque foram editados, no ano de 2001, os Regulamentos de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI, referendados pelo próprio Tribunal de Contas da União, que firmou o correto entendimento⁵⁴ de que os Serviços Sociais Autônomos não devem se sujeitar aos rígidos procedimentos traçados na Lei n.º 8.666/93, podendo editar regulamento próprio orientado apenas pelos princípios que informam as licitações.

Há no Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema "S" um espaço reservado para o exercício da discricionariedade do administrador quando o

52 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, *Reforma Administrativa Constitucional*. pág. 375,

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

54 Ementa do TCU: Decisão nº 461/1998 - Plenário - O Tribunal Pleno,.

regulamento aduz que a proposta mais vantajosa será eleita segundo os critérios estabelecidos no instrumento convocatório. Em outras palavras, o edital poderá, à luz das especificidades do caso concreto, definir os critérios e formatos que melhor se adequam para atender a uma determinada necessidade em um regime de maior liberdade do que aquele conferido ao administrador jungido à Lei n.º 8.666/93.

Não fora essa interpretação, os Serviços Sociais Autônomos acabariam por se valer de procedimentos similares ou mesmo idênticos àqueles definidos na Lei n.º 8.666/93, o que aniquilaria toda a razão de se 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 a 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.

O primeiro ponto a ser levantado é que, como dito anteriormente, para que haja um contrato administrativo é necessário que a administração pública seja parte. Nesse sentido, não sendo o Sesi e o Senai parte integrante da esfera pública, estariam, pois, impossibilitados de celebrarem contratos administrativos. Cabendo, portanto, entender que às essas entidades cabe apenas a celebração de contratos de natureza privada.

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, entendo 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 esta 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, no estudo em tela, ao SESI e ao SENAI, que estarão sempre vinculados às cláusulas e condições dos contratos celebrados, exceto quando houver alguma ilegalidade, posto serem contratos eminentemente privados.

9. 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, fazendo parte de uma ordem econômica que se deseja seja ideal nos aspectos que promove, conforme indica o artigo 170 da CRFB/88.

Uma vez que o SESI e o SENAI dependem de contribuições legalmente previstas para materializar os seus objetivos seria o caso de se suspeitar que devessem obedecer aos ditames da Lei nº 8666/93. Trata-se de um grande equívoco.

Se as entidades fossem obrigadas a cumprir integralmente o que está disposto no referido diploma 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. Às entidades, portanto, conforme entendimento lúcido do TCU, é exigível tão somente a obediência aos princípios gerais do processo licitatório e à prestação de suas contas junto àquele mesmo Tribunal.

Saliente-se que tal prestação de contas deve ser considerada única e exclusivamente para a comprovação da realização da sua atividade finalística, sendo uma invasão na autonomia privada dessas entidades, eminentemente privadas e fora do condão controlador da máquina estatal, a realização de auditorias de gestão.

Quanto aos seus contratos, estes 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 as normas inseridas no direito administrativo a entes privados, no tocante às suas contratações.

Por tudo que se encontra elencado neste trabalho é de se concluir que os Serviços Sociais Autônomos não integram a Administração Pública e não prestam serviço público, pois apenas desenvolvem atividades estritamente privadas, de reconhecida importância para a sociedade, não estando, portanto, obrigados a seguir os ditames da Lei nº 8666/93, que regula os contratos com a administração.

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.

Deste entendimento podemos concluir:

- (i) Os Serviços Sociais Autônomos, dentre eles o SESI e o SENAI, detêm **personalidade jurídica de Direito Privado** e não integram a Administração Pública, na forma do ordenamento jurídico e da doutrina mencionada;
- (ii) O SESI e o SENAI são entidades **parasindicais** com seus respectivos atos constitutivos inscritos no registro competente, conforme determinado pela lei civil aplicável;
- (iii) O SESI e o SENAI possuem existência jurídica, administração e patrimônio próprios;
- (iv) Pelas leis autorizadoras da criação de cada uma dessas entidades, com personalidade jurídica de direito privado, estão sujeitas, apenas, ao controle das finalidades constantes dos respectivos atos legislativos e referendados nos atos constitutivos, bem como quanto à prestação de contas, a fim de fiscalizar a boa aplicação dos recursos advindos de contribuições legais vinculadas diretamente ao Sistema “S”, sem interferência na configuração jurídica de suas personalidades;

- (v) O regulamento do SESI e o regimento do SENAI foram aprovados por meio de lei formal. Estes diplomas deixaram expressos que as respectivas entidades se regeriam pelo direito privado, com natureza privada.⁵⁵ Tais características necessariamente indicam a interpretação mais adequada de que tanto os seus recursos, obtidos junto ao empresariado, quanto os contratos que poderiam celebrar com particulares seriam regidos também pelas normas de direito privado. Ora, a lei, em geral, quando cria qualquer órgão ou entidade indica a sua natureza jurídica como sendo pública ou, em alguns casos específicos, privada, porém, neste último caso, com expressa indicação de que sua principal fonte de recursos é pública e vinculando-os obrigatoriamente à obediência dos ditames da administração pública quanto à contratação. Desta forma, de maneira inequívoca, o Estado-Lei, com a força de suas atribuições, optou soberanamente em criar entes de cooperação que não se incluíam nos padrões até então praticados.
- (vi) O regime de contratações do SESI e do SENAI não se subsume a Lei n.º 8.666/93 (como já reconhecido pelo Colendo TCU), mas a um Regulamento de Licitações e Contratos próprio, dotado de maior flexibilidade e liberdade, e, de forma mais adequada, sujeito apenas aos princípios que regem as licitações.
- (vii) As regras inseridas no Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI, e aquelas mais flexíveis inseridas nos editais elaborados pelo Sistema 'S', inserem-se na margem de discricionariedade que o próprio Regulamento conferiu ao administrador; não foi, acertadamente, previsto um procedimento rígido tal qual ocorre na Lei n.º 8.666/93; aliás, se assim fosse, não haveria o menor sentido em se criar um Regulamento próprio e adequado às necessidades das entidades que compõem esse mesmo Sistema.

⁵⁵ Artigo 3º do Regimento do SENAI, aprovado pelo Decreto 494 de 10/01/1942 e artigo 9º do Regulamento do SESI aprovado pelo Decreto 57.375 de 02/12/1965.

- (viii) Os contratos celebrados pelo SESI e pelo SENAI seguem regras próprias, utilizando o direito privado como corrente legal de sustentação, não se confundindo com os contratos administrativos haja vista estarem regulando atividades eminentemente privadas, afastamento o regime público e a lei federal de licitações e contratos.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Alzira Alves de (et al). *Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro: Pós 30 - 2ª* Edição revista e atualizada, rio de Janeiro FGV, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034/1035
- CARONE, Edgard. *O Estado Novo (1937-1945)*, Ed. Difel, 1976.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 12006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro (teoria geral do direito civil)*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro (teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais)*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15 ed. São Paulo, Jurídico Atlas, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª ed. São Paulo, Jurídico Atlas, 2006.

- ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*. 1ª ed. Reimpressão. Coimbra - Portugal, Almedina, 2003.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos. Casos e Polêmicas*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atual. Eurico de Andrade Azevedo et al. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Administrativo, Novas Considerações – Revista Eletrônica IDPB, Número 2, Salvador, 2005*.
- THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO, *O Contrato e seus Princípios*, 3ª edição, Aide Editora, Rio de Janeiro, 2001.