



**Título :** AS LICITAÇÕES NO SISTEMA S E AS RECENTES DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO  
**Autor :** Gilian Daniel de Oliveira  
**Autor :** Guilherme Carvalho e Sousa

## **SISTEMA "S" - 1115/237/NOV/2013**

### **AS LICITAÇÕES NO SISTEMA S E AS RECENTES DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

por **GUILHERME CARVALHO E SOUSA**

Mestre em Direito e Políticas Públicas. Pós-graduado em Direito Público e em Direitos do Trabalho e Processual do Trabalho. Professor universitário em Brasília/DF. Palestrante e professor de pós-graduação em Direito e Gestão Pública em várias instituições de ensino e tribunais de contas. Advogado militante, com atuação prioritária nos tribunais superiores. Procurador do Estado. Bacharel em Administração.

#### **e GILIAN DANIEL DE OLIVEIRA**

Graduada em Direito. Pós-graduada em Direito Público. Advogada militante na área de contratação pública.

A discussão acerca do Terceiro Setor, incluindo o Sistema S, prepondera em grande parte da doutrina administrativista, na medida em que essas entidades possuem natureza jurídica não facilmente identificável. Induvidoso que não fazem parte da Administração Pública; inquestionável, de igual modo, que não integram o mercado, tal como as demais empresas e organizações que podem ser denominadas "iniciativa privada".

O debate permeia vários ramos do Direito - Trabalhista, Constitucional, Administrativo. Mas é nesse último, em especial, que as divergências afloram, com destaque reservado para a área de contratação pública. Afinal, estariam as entidades do Terceiro Setor obrigadas a licitar? Quais normas sobre elas incidem? Como se promove o equilíbrio entre a dinamicidade da iniciativa privada e as amarras burocráticas da Administração Pública? Tais questionamentos, na prática, são de notória dificuldade de serem solucionados.

No que pertine ao Sistema S, objeto deste ensaio, as cortes jurisdicionais, em particular o Supremo Tribunal Federal, não se manifestaram de forma tão clara.

O Tribunal de Contas da União se posicionou, em várias oportunidades, sobre as contratações públicas no Terceiro Setor, afirmando que, sobre elas, não recaem as regras da contratação do Poder Público, cujas enlaças se encontram fincadas, notadamente, na Lei nº 8.666/93.

É manifesto na doutrina que:

Os órgãos integrantes do denominado Sistema S, mesmo possuindo regulamentos próprios, estão adstritos ao disciplinado no art. 37 da Constituição Federal e, por conseguinte, devem observar os princípios que norteiam as contratações públicas.<sup>1</sup>

O Tribunal de Contas da União vem mantendo constante esse posicionamento, o que se infere da leitura do Acórdão nº 1.785/2013, Plenário, TC-005.708/2013-3, Relator Ministro-substituto Marcos Bemquerer Costa, no qual ficou ajustado que:

As entidades do Sistema S não podem inovar na ordem jurídica, por meio de seus regulamentos próprios, instituindo novas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, haja vista que a matéria deve ser disciplinada por norma geral, de competência privativa da União.<sup>2</sup>

Seguindo a mesma trilha, em outro julgado, o TCU afirma a possibilidade de as entidades integrantes do Sistema S adotarem seus regulamentos próprios, podendo estar desobrigadas da utilização da modalidade licitatória pregão. A Corte de Contas entendeu que tais entidades "(...) estão obrigadas ao cumprimento de seus regulamentos próprios, os quais devem estar pautados nos princípios gerais do processo licitatório e consentâneos ao contido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal". Não custa rememorar, contudo, que, em outra recente oportunidade, manifestando-se sobre caso similar, acerca da obrigatoriedade de utilização da modalidade pregão, o TCU determinou a adoção, preferencial, dessa modalidade para aquisição de bens e serviços comuns.<sup>3</sup>

Percebe-se que o Tribunal de Contas da União, nada obstante determinar a observação pelas entidades integrantes do Sistema S quanto aos princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, flexibiliza a possibilidade de adoção de normas internas, as quais - eis o problema - podem não atender, fielmente, ao desiderato constitucional, em decorrência, especialmente, do fato de que os princípios ali encartados (é dizer, no art. 37, *caput*, da Constituição Federal), regentes da Administração Pública, admitem interpretações multifocais, muito embora a exegese deles decorrente deva incidir direcionalmente ao melhor atendimento do interesse público (primário).

Mesmo assim, na vagueza das precisões terminológicas atribuídas a cada norma elaborada pelas entidades do Terceiro Setor - Sistema S -, poderá haver infringência a um princípio constitucional, pois a questão passa a ser, muitas vezes, de interpretação (leia-se: interpretação conferida pelo Tribunal de Contas da União). Exemplificativamente: impossível saber, com precisão, se dada norma, constante de regulamento, resolução, etc. de uma entidade do Sistema S, impõe afronta aos princípios constitucionais.

Parece não ser dúbio que existem casos manifestos de afronta ao princípio constitucional do dever de licitar, bem como aos princípios constantes no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Entretanto, há zonas nebulosas, as quais, muitas vezes, existem diante da necessidade de o Terceiro Setor dispor - como de fato dispõe - de regras mais maleáveis de contratação. E, nesse ponto, precisamente nesse, reside o problema. Há, então, a necessidade de elaboração de uma normatização única, que abranja todo o Terceiro Setor? Esse questionamento, certamente, merece calorosas reflexões.

#### **Como citar este texto:**

SOUSA, Guilherme Carvalho e; OLIVEIRA, Gilian Daniel de. As licitações no Sistema S e as recentes decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 237, p. 1115-1116, nov. 2013.

---

<sup>1</sup> *Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 60, p. 146, fev. 1999, seção Tribunais de Contas.

<sup>2</sup> Notícia veiculada no Informativo de Licitações e Contratos n. 159/TCU.

<sup>3</sup> TCU, Acórdão nº 5.613/2012, 1ª Câmara, Rel. Min. José Múcio Monteiro, sessão de 18.09.2012.