



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Posicionamentos pertinentes e polêmicos no terceiro setor

Marcelo Pereira Gonçalves

Rio de Janeiro
2016

MARCELO PEREIRA GONÇALVES

Posicionamentos Pertinentes e Polêmicos no Terceiro Setor

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo.

Professor Orientador: Maria Carolina Cancellata de Amorim.

Rio de Janeiro
2016

POSICIONAMENTOS PERTINENTES E POLÊMICOS NO TERCEIRO SETOR

Marcelo Pereira Gonçalves

Graduado pela Universidade Gama Filho. Advogado. Pós-graduando em Direito Administrativo pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo demonstrar os entendimentos importantes e controvertidos nas Instituições do Terceiro Setor.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Terceiro Setor. Licitação. Gestão. Responsabilidade Civil

Sumário: Introdução. 1 Entidades do Terceiro Setor e suas características. 2. Aspectos relevantes e polêmicos no Terceiro Setor. 3. A responsabilidade civil das Entidades do Terceiro Setor. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica debate os aspectos relevantes e polêmicos nas Entidades do Terceiro Setor, bem como suas qualificações e características.

Em virtude das recentes notícias que circulam ultimamente, sobre o uso indevido de dinheiro público, se torna conveniente a abordagem do presente tema.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, de modo a conseguir debater e escolher o entendimento mais razoável.

Entre as questões a serem discutidas, vale destacar a necessidade do uso de licitação na formação da parceria entre a Administração Pública e as Entidades do Terceiro Setor, se é dispensável o uso de licitação nas contratações entre a Administração Pública e as Instituições que integram o Terceiro Setor, do mesmo modo como competência de foro processual, controle e responsabilidade civil.

O primeiro capítulo do trabalho apresenta as Entidades Integrantes do Terceiro Setor, exprimindo suas características.

Segue-se, abordando, no segundo capítulo, os supracitados pontos polêmicos discutidos pela doutrina.

O terceiro capítulo versa sobre a responsabilidade civil das Entidades do Terceiro Setor.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica e levantamento de campo.

1. ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR E SUAS CARACTERÍSTICAS

O termo Terceiro Setor, de origem americana, “Third Sector”, muito utilizado nos Estados Unidos, é imputado às associações e entidades sem fins lucrativos, que praticam atividades de interesse social em parceria com o Estado.

A ilustre Professora Di Pietro¹ ensina que “denominam de terceiro setor, assim entendido, aquele que é composto por entidades da sociedade civil que exercem atividades de interesse público e não lucrativas”.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello² a denominação terceiro setor consiste:

criatividade dos administradores ou economistas do período apogeu do neoliberalismo entre nós, a expressão designa entidades que não são estatais e também não estão predispostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, á realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados.

Alguns doutrinadores usam denominação diferente para as Entidades do Terceiro Setor, Diógenes Gasparini³ usa a expressão “Entidades de Cooperação” e Diogo de Figueiredo Neto⁴ utiliza o termo “Administração Associada Extraestatal”.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.260.

² DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 225.

³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.520.

Segundo o Eminentíssimo Procurador Rafael Oliveira⁵, a aparição do segmento Terceiro Setor se justifica pela passagem da administração pública imperativa para a administração pública consensual, pela consagração do princípio da subsidiariedade e pelo fomento estatal às atividades privadas de caráter social.

Os meios de atendimento do interesse público são realizados pelo primeiro setor, que é formado pelo Estado (Entes Federados e Entidades da Administração Pública Indireta), pelo segundo setor, que se refere ao mercado (Empresas Privadas) e pelo terceiro setor, que são as Associações sem fins lucrativos.

Ao prestar atividade de interesse público, o Estado realiza parceria com as entidades que compõem o terceiro setor, que devem atender aos requisitos determinados por lei e, que uma vez cumpridos, recebem título de utilidade pública ou certificado da entidade beneficente de assistência social.

Apesar das instituições que integram o terceiro setor serem de iniciativa privada e não pertencerem à administração pública indireta, tais entidades possuem conexão com o Estado através de leis, contratos de gestão e termos de parceria e a partir desse vínculo, recebem benefícios. Nesse sentido, o ilustre Professor Paulo Modesto⁶ ensina:

as entidades de colaboração não são delegadas do Estado e não gozam de prerrogativas de Direito Público, processuais ou materiais. Não editam atos administrativos nem estão sujeitas ao processo administrativo para decidir. São entidades privadas, não estatais, que colaboram com o Estado, mas não se equiparam a ele ou a qualquer órgão do poder público.

As supracitadas parcerias influenciam no regime jurídico das Entidades do Terceiro Setor, aplicando-se normas de caráter público, provocando divergências doutrinárias e jurisprudenciais, como será demonstrado adiante.

Portanto, pode-se afirmar que as Entidades do Terceiro Setor não são criadas pelo Estado (ainda que algumas sejam autorizadas por lei) e sim pela iniciativa privada, não possuem finalidade lucrativa, não integram a administração pública, prestam atividades

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.299.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 335.

⁶ MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do terceiro setor: a aplicação do Direito Público às entidades privadas sem fins lucrativos. In: *Terceiro setor e parcerias na área de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.32.

privadas de relevância social, possuem vínculo legal ou negocial com o Estado e recebem benefícios públicos.

A classificação das entidades não é pacífica na doutrina, no entanto, visando explanar e especificar as principais entidades que compõe o terceiro setor, pode-se destacar as expressas abaixo.

Os Serviços sociais autônomos, também conhecidos também como “Sistema S”, são constituídos pelas confederações privadas, mediante autorização legislativa, com o intuito de exercerem atividade que ofereçam suporte a categorias profissionais estabelecidas em lei. A *posteriori* criação, tais entidades recebem, entre outras receitas, dinheiro público através de contribuições sociais, cobradas compulsoriamente das empresas privadas, conforme prevê o Art. 240 da Carta Magna de 88⁷, *in verbis*:

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.

O ilustre Professor José dos Santos Carvalho Filho⁸, em sua obra Manual de Direito Administrativo, denomina os Serviços Sociais Autônomos também como Pessoas de Cooperação Governamental e assim define:

Pessoas de Cooperação Governamental são aquelas entidades que colaboram com o Poder Público, a que são vinculadas, através de execução de alguma atividade caracterizada como serviço de utilidade pública. Alguns autores as têm denominado de serviços sociais autônomos. A denominação também tem sido adotada por leis mais recentes que autorizaram a instituição de tais entidades.

Em virtude de serem pessoas jurídicas de criação por lei autorizativa e por receberem dinheiro público, conforme exposto acima, as Entidades de Serviços Sociais Autônomos se submetem ao controle do Poder Público na forma definida em lei e prestam contas ao Tribunal de Contas.

As entidades mais tradicionais de serviços sociais autônomos são o Serviço Social de Indústria – SESI, Serviço Social do Comércio – SESC, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, Serviço Nacional de

⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 538.

Aprendizagem Rural – SENAR, Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT e Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP.

As Organizações Sociais (OS) são pessoas jurídicas de direito privado que mediante contrato de gestão com a administração pública prestam serviços sociais sem fins lucrativos, dirigidos ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente e à saúde. Esses entes foram regulamentados formalmente pela Lei 9.637/1998, que estabeleceu quais requisitos deverão ser atendidos para que uma pessoa jurídica de direito privado seja qualificada como organização social e assim possa receber recursos públicos. O contrato de gestão formalizado entre a administração pública e as Organizações sociais, além de respeitar os princípios da administração pública, devem obedecer alguns preceitos expressos no Art. 7º da Lei 9.637/1998⁹, nesses termos:

Art. 7º - Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I – Especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II – a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Parágrafo único - Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

Importante ressaltar, que o contrato de gestão celebrado com as Organizações Sociais não é o mesmo tipo de contrato celebrado com Agências Executivas e, que o mesmo será fiscalizado pelo órgão ou entidade supervisora da área correspondente à atividade fomentada e pelo Tribunal de Contas.

De acordo com Diogo de Figueiredo Neto¹⁰, o termo “contrato de gestão” é inadequado, dado que, a relação constituída entre o Estado e a OS não apresenta natureza contratual, em virtude de não existir pacto de prestações recíprocas e sim solidariedade de interesses, se classificando como convênios.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips) são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos e constituídas por particulares que prestam

⁹BRASIL. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹⁰ MOREIRA NETO, op. cit., p.312.

serviços de utilidade pública de competência não exclusiva do Estado, com incentivo e fiscalização do poder público, mediante vínculo jurídico constituído por meio de termo de parceria.

A lei 9.790/1999, modificada pela lei 13.109/2014, em seu Art. 3º¹¹, exprime os objetivos sociais necessários para uma pessoa jurídica de direito privado adquirir qualificação como Oscips, que são, promoção da assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações; promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais, estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas; produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas anteriormente, estudos e pesquisas para o desenvolvimento; a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

A autorização de qualificação de Oscips, é vedado às sociedades comerciais, sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional, instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais, às organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações, às entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios, às entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados, às instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras, às escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras, às organizações sociais, às cooperativas, às fundações públicas, às fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas, às

¹¹BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Depois de obterem qualificação de Oscips, tais entidades podem realizar termo de parceria com a administração pública, mediante estipulação de programas de trabalho, ou seja, metas de desempenho, conseqüentemente podendo receber recursos orçamentários do Poder Público.

Insta destacar que, antes de formalizar o referido termo, haverá uma consulta aos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes nos respectivos níveis de governo.

O termo de parceria tem como cláusulas essenciais o objeto, onde conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; a estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; a previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria, a seus diretores, empregados e consultores; as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV da lei qualificadora; a de publicação na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; de extrato do termo de parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V da lei.

Embora as OS's e Oscips tenham atuação e particularidades semelhantes, existem algumas diferenças entre as duas, Diogenes Gasparini¹² retrata as seguintes distinções:

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, embora muito parecidas, não se confundem com as Organizações Sociais. Diferenciam-se, substancialmente, pelas seguintes notas: a outorga do status é vinculada; não celebram contrato de

¹² GASPARINI, op. cit., p.528.

gestão; o Poder Público outorgante da qualificação não participa da sua direção ou administração; seus objetivos são mais amplos, não se destinam a substituir o Poder Público na prestação de certos serviços públicos.

Outrossim, resta hialino que a finalidades dessas organizações divergem, nesse sentido Di Pietro¹³ ensina:

[...] nas organizações sociais, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas ultimas. Nas organizações da sociedade civil de interesse público, essa intenção não resulta, implícita ou explicitamente, da lei, pois a qualificação da entidade como tal não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública.

As Fundações de apoio são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, em regime de direito privado, mediante convênio com a Administração Pública que geralmente destinam-se a colaborar com instituições de ensino e pesquisa.

Não fazem parte da Administração Pública nem das Universidades ou Instituições que prestam auxílio, mas são instituídas pelo Poder Público, representado na pessoa dos servidores públicos e mediante aplicação de recursos desses, que também serão os prestadores de serviço, utilizando-se da sede, instrumentos e equipamentos públicos.

As Fundações de Apoio são suscetíveis à fiscalização do Ministério Público, legislação trabalhista, bem como registo e credenciamento ao Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia.

Enquanto, no âmbito federal, a Lei nº 8.958/1994¹⁴ normatiza o vínculo entre as Instituições Federais de Ensino Superior e de Pesquisa Científica e as Fundações de Apoio, os demais entes federados possuem autonomia para legislar sobre a matéria.

Importante destacar, que é dispensável licitação na realização de convênios e contratos entre as Fundações de Apoio e as Instituições Federais de Ensino Superior e Instituições Científicas e Tecnológicas, na forma do Art. 24, XIII da Lei 8.666/1993¹⁵ e Art. 1º da Lei 8.958/1994¹⁶, devendo ressaltar que projetos de desenvolvimento institucional

¹³ DI PIETRO, op. cit. p.627.

¹⁴BRASIL. Lei n. 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18958.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹⁵BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹⁶BRASIL. Lei n. 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18958.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

limitam-se às obras laboratoriais e à aquisição de materiais, equipamentos e outros insumos diretamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica.

2. ASPECTOS RELEVANTES E POLÊMICOS NO TERCEIRO SETOR

As Entidades do Terceiro Setor não fazem parte da administração pública, mas possuem elo jurídico com o Estado, mediante lei, contrato e termo de parceria, tornando-se beneficiárias de verbas públicas.

Em virtude dessa ligação, os regimes jurídicos dessas entidades são influenciados por normas de direito público, gerando discórdia na doutrina e jurisprudência, conforme exposto a adiante.

O primeiro aspecto relevante é quanto ao foro processual competente para ações que envolvam as Entidades do Terceiro Setor, o que gera uma certa incerteza.

Considerando que uma Entidade do Sistema S recebe contribuições sociais instituída pela União, poderia ser levado em conta que a competência para julgar tais ações seria da Justiça Federal.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal¹⁷, na época da vigência da Constituição Federal de 1967, entendeu que o SESI por ser uma entidade privada e por não existir previsão constitucional, seu foro processual não seria diferenciado, portanto o foro seria da justiça estadual.

Ademais, seguindo o supracitado posicionamento, o Supremo Tribunal Federal editou as Súmulas 517¹⁸ e 556¹⁹, entendendo que as ações envolvendo as Sociedades de

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sumula 516. O Serviço Social da Indústria (SESI) está sujeito à jurisdição da Justiça estadual. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sumula 517. As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2054>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

Economia Mista Federais seriam de competência da Justiça Estadual, posto a ausência de previsão constitucional.

O segundo aspecto relevante é quanto a sujeição de controle pelo Poder Público, que devido as inúmeras notícias veiculadas na imprensa sobre a má gestão de recursos públicos, se torna de extrema necessidade.

Como a ideia inicial do legislador, ao criar as entidades de apoio e demais entidades equiparadas, era de afastar o enquadramento das mesmas entre as entidades da administração indireta e em decorrência ao regime jurídico público, tais entidades não submeteriam ao controle público.

Contudo, a posterior alterações legislativas e atuação do Tribunal de Contas da União, essa ideia foi afastada. Nesse sentido Di Pietro²⁰ esclarece:

[...]considerando que tais entidades administram, em regra, bens do patrimônio público, inclusive dinheiro público, não é possível que fiquem inteiramente à margem de determinadas normas publicistas, sob pena, de burla aos preceitos constitucionais que regem a Administração Pública, precisamente para proteger o patrimônio público.

Assim, em razão das Entidades do Terceiro Setor formalizarem contratos ou termos de parcerias com a administração pública e, conseqüentemente, administrar verba pública, tais entidades são passíveis de fiscalização pelo Ente Federativo Parceiro, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, conforme prevê o PÚ do Art. 70 da CRFB/88²¹, *in verbis*:

Art. 70. 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 jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Ademais, é importante salientar a existência do controle social, que é exercido pela sociedade, seja indiretamente por meio do Ministério Público ou diretamente por proposição de ação popular.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sumula 556. É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2054>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

²⁰ DI PIETRO, op. cit. p.609.

²¹ Vide nota 07.

Outro aspecto relevante, diz respeito ao regime de pessoal das Entidades do Terceiro Setor, uma vez que, são pessoas jurídicas de direito privado e não integram a administração pública, não obedecem às regras do concurso público e seguem o regime celetista.

Entretanto, como administram verba pública, a contratação de pessoal deve respeitar os princípios do direito administrativo da impessoalidade e da moralidade.

Corroborando com esse posicionamento, vale destacar a seguinte orientação do Tribunal de Contas da União²²:

ACÓRDÃO 1461/2006 ATA 33 - PLENÁRIO - 16/08/2006 -Relator: MARCOS BEMQUERER - SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. REGULAMENTO DE SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS PELAS ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA “S”. FALHAS NAS NORMAS ADOTADAS. SUSPENSÃO CAUTELAR DO ATO. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. 1. A competência do TCU para apreciar os atos praticados pelos responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais, tais como aquelas integrantes do Sistema “S”, abrange o exame das formas de seleção e contratação de empregados, como parte integrante dos atos de gestão. 2. O processo seletivo para admissão de pessoal realizado pelas entidades do Sistema “S”, deve assegurar a observância dos princípios constitucionais aplicáveis à seleção de pessoal. 3. Estando demonstrado que a observância dos normativos impugnados poderá acarretar contratações irregulares de difícil reparação, bem como a ineficácia de determinações já endereçadas a entidades do Sistema “S”, mostra-se acertada a proposta de determinação de suspensão cautelar dos atos impugnados.

Ainda ratificando o supracitado entendimento, o Supremo Tribunal Federal²³, em repercussão geral, se manifestou da mesma forma, conforme o Informativo de jurisprudência n 759 e seguinte Jurisprudência:

Ementa: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA “S”. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE. NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF). 1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema “S”, vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho – SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos

²²BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.461/2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces;jsessionid=QRzehkmC5qyPpyoFE+-k3avY.host1a20;juris>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 789874. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo759.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 789874, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-227 DIVULG 18-11-2014 PUBLIC 19-11-2014)

No que tange ao patrimônio das Entidades do Terceiro Setor, em razão de serem pessoas jurídicas de direito privado, seus patrimônios são considerados bens privados.

Não obstante, quando houver a cessão temporária de bem público a tais entidades para cumprir as metas sociais estabelecidas, esses bens continuarão sendo públicos.

Vale destacar, que os bens que fazem parte do patrimônio das referidas entidades seguem em regra a inalienabilidade, impenhorabilidade e a imprescritibilidade, exceto quando esses bens forem adquiridos através de recursos públicos.

No que concerne a utilização de licitação pelas Entidades do Terceiro Setor, esse é o aspecto que mais gera polêmica doutrinária.

O Professor Rafael de Oliveira²⁴ esclarece que sobre esse aspecto deve ser considerada a aplicação de licitação na formalização de parceria e na utilização de recursos públicos nas contratações realizadas pelas entidades perante terceiros.

Quanto à necessidade de realização de licitação para escolher a entidade que formalizará a parceria, existem dois posicionamentos doutrinários²⁵.

O primeiro posicionamento entende a obrigatoriedade de licitação na contratação de entidade que formalizará contrato gestão e termo de parceria. Nesse sentido, Marçal Justen Filho²⁶ esclarece a necessidade de prévia licitação para configurar o contrato de gestão e escolher a entidade privada que será contratada, salvo as situações de dispensa e inexigibilidade, bem como de credenciamento.

O segundo posicionamento entende que não é necessário a realização de licitação na supracitada efetivação de parceria, uma vez que, os contratos de gestão e termos de parceria são convênios, caracterizados pelo interesse em comum das partes, entendendo ainda que a

²⁴ OLIVEIRA, op. cit, p. 374.

²⁵ Ibid. p. 374.

²⁶ Ibid. p. 375.

regra de licitação é direcionada aos contratos administrativos e não aos convênios. Seguindo essa ideia, José dos Santos Carvalho Filho²⁷ e o Tribunal de Contas da União.

É salutar destacar, que a inexistência da formalização de licitação, não gera a dispensa da observância dos princípios constitucionais.

Quanto à necessidade de licitação para contratações realizadas pelas Entidades do Terceiro Setor utilizando verba pública, existem 3 posicionamentos.

Como premissa de apreciação, antes de demonstrar tais posicionamentos, vale transcrever o Art. 1º e seu Parágrafo Único da Lei 8666/1993²⁸, *in verbis*:

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.

O primeiro posicionamento²⁹, defendido pelo Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, compreende na dispensa da utilização de licitação, uma vez que, seria inconstitucional a inclusão das entidades controladas direta ou indiretamente pela administração pública no rol dos destinatários expressos no parágrafo único da supracitada lei, visto a impossibilidade de interferência estatal, prevista no Art. 5º, XVII da CRFB/1998, exceto nos casos autorizado pela constituição. Isto é, a referida lei não poderia ampliar o rol de entidades destinatárias da regra de licitação, visto que é mencionado as Entidades da Administração Pública, não incluindo as Entidades Privadas do Terceiro Setor.

O segundo posicionamento³⁰, defendido pelo Professor José dos Santos Carvalho Filho, entende que o uso de licitação é indispensável, visto que, as Entidades do Terceiro Setor se enquadram na expressão “demais entidades controladas diretamente ou indiretamente” pela administração direta, expresso no Parágrafo Único da referida Lei.

²⁷ Ibid. p. 375.

²⁸ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

²⁹ OLIVEIRA, op. cit, p. 377.

³⁰ Ibid. p. 375.

O terceiro posicionamento³¹, consagrado pela orientação do Tribunal de Contas da União, entende que a realização de licitação é desnecessária. Porém, necessita de um procedimento simplificado, que obedeça aos princípios constitucionais, realizado pela própria entidade que realize a contratação.

Os Artigos 17 da Lei nº 9.637/1998³² e 14 da Lei nº 9.790/1999³³ determinam a necessidade de edição de regulamentos próprios, respectivamente, pelas Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, para a contratação de obras, serviços e compras através de verba pública.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

A responsabilidade civil desponta em caso de descumprimento obrigacional através da desobediência de uma regra instituída em contrato ou por violação a preceito normativo que regule a vida, respectivamente, se classificando quanto a origem em responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual, ambas de natureza jurídica distinta da responsabilidade penal e administrativa.

Somente há configuração de responsabilidade civil, quando existir dano ou prejuízo a terceiro, ou seja, sem tais elementos, inexistente responsabilidade civil.

Segundo Di Pietro³⁴, de maneira oposta ao direito privado, que necessita da prática de um ato ilícito para se configurar a responsabilidade civil, no direito administrativo, a responsabilidade decorre da prática de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior que o imposto aos demais membros integrantes da coletividade.

³¹ Ibid. p. 378.

³²BRASIL. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

³³BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

³⁴ DI PIETRO, op. cit., p.785.

Em virtude de o Estado ser mais poderoso que o administrado, o mesmo deve assumir com o risco natural oriundo de suas atividades, surgindo assim a teoria do risco administrativo e conseqüentemente, sua responsabilidade objetiva, que dispensa a constatação da culpa em relação ao dano.

Na responsabilidade objetiva não há a necessidade de se comprovar a existência de culpa do agente ou serviço, mas sim a necessidade de três requisitos que são: fato administrativo, dano e nexo causal.

No âmbito da administração pública, o Estado ao administrar os interesses públicos, seja de forma direta ou indireta, deve respeitar o patrimônio dos administrados e sua incolumidade pessoal. Logo, o Estado e as entidades prestadoras de serviço público, respondem por danos a terceiros, conforme exprime Art. 37, § 6º da CRFB/1998³⁵:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Dessa forma, o Estado é incumbido na responsabilidade de arcar com as conseqüências de suas ações e omissões e ainda realizar todas as providências destinadas a corrigir imperfeições constatadas perante a sociedade e órgãos de controle.

Nesse sentido, vale destacar orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal³⁶:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido.

³⁵ Vide nota 7.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 591874. Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000166369&base=baseAcordaosjut30>> em: 15 ago. 2016

(RE 591874, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01820 RTJ VOL-00222-01 PP-00500)

Todavia, quando se fala em responsabilidade civil das Entidades quem fazem parte do Terceiro Setor, não há posicionamento uno, posto que, na o tema gera muita polêmica e discórdia no sentido de a responsabilidade ser objetiva ou subjetiva.

O primeiro posicionamento, defendido por Di Pietro, Cristiana Fortini e Marçal Justen filho, entende que a responsabilidade é objetiva, com fulcro no Art. 37, § 6º da CRFB/1988, posto que, as entidades detêm vínculos jurídicos com a administração pública com a finalidade de sucedê-la na execução de atividades sociais equiparadas a serviços públicos.

No sentido de esclarecer melhor esse entendimento, vale exprimir o exemplo dado pelo ilustre Professor Marçal Justen Filho³⁷:

suponha-se que um paciente sofra danos nas instalações de um hospital transferido a organização social através de contrato de gestão. Não é cabível negar a aplicação do regime de responsabilidade civil de direito público em favor do paciente. Em suma, as regras acerca da responsabilidade civil contidas no art. 37, § 6º da CF/88 serão aplicáveis no curso da atividade desenvolvida pela organização social.

O segundo posicionamento, compreende que a responsabilidade dos Serviços Sociais Autônomos é objetiva, em razão do desempenho de atividades sociais consideradas serviços públicos e o elo formal com Estado através de lei. Porém, quanto à responsabilidade das Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, o entendimento é de que os mesmos respondem de forma subjetiva, em virtude de desempenharem parceria desinteressada. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho³⁸ argumenta:

O motivo reside na circunstância de que são elas vinculadas ao ente estatal por meio de contratos de gestão ou termos de parceria, bem como pelo fato de se propõem ao desempenho de serviço público. Em que pese a existência desses elementos de vinculação jurídica ao Estado, entendemos que sua responsabilidade é subjetiva e, conseqüentemente, regulada pelo Código Civil.

O terceiro posicionamento, sustentado por Marcos Juruena Villela Souto e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, considera que a responsabilidade civil das Entidades do Terceiro Setor é subjetiva, uma vez que, as atividades realizadas pelas Entidades do Terceiro Setor não

³⁷FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. Disponível em: <<http://fernandohenriquecastro.jusbrasil.com.br/artigos/260406345/aspectos-do-dano-moral-no-direito-das-relacoes-de-consumo>>. Acesso em: 17 ago 2016.

³⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 562.

podem ser consideradas serviço público, conseqüentemente, tornando-se inaplicável o Art. 37, § 6º da CRFB/1998.

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira³⁹, a alegação do supracitado posicionamento, compreende na ideia de que as atividades desempenhadas no terceiro setor não podem ser consideradas de serviço público, uma vez que, há entendimento majoritário no Brasil de que o serviço público é de titularidade do Estado e que sua prestação por particulares só pode ser realizada mediante delegação formal. Argui ainda, que mesmo os serviços públicos referentes à área da saúde e educação, estes abertos pela Carta Magna de 88 à iniciativa privada sem precisar de delegação formal, só são considerados público quando prestados pelo Estado, quando prestados pela iniciativa privada, são considerados somente atividades de relevância pública.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico aborda os temas que geram controvérsia na doutrina e jurisprudências sobre as Entidades do Terceiro Setor.

Tendo em vista os últimos conhecimentos sobre a má gestão na Administração Pública, o presente tema serve para apresentar e esclarecer os entendimentos doutrinários.

As Entidades integrantes do Terceiro Setor surgiram, inicialmente, com o objetivo de ajudar o Estado a realizar os serviços públicos, que não conseguia realizar com êxito. Em contrapartida, tais entidades, com natureza jurídica de direito privado, não se sujeitaram as imposições as Entidades de Direito Público, como concurso, licitação e controle.

Com o decurso do tempo e com ocorrências de gestões públicas deficientes, esse entendimento foi modificando e foi se percebendo que as Entidades do Terceiro Setor, embora de direito privado, poderiam sim se submeter às conseqüências do regime público, visto que administram patrimônio público e recebem receita pública.

Entretanto, as Entidades do Terceiro Setor não podem se sujeitar a todos os efeitos jurídicos do direito público, do contrário perderiam a finalidade de prestar um serviço público

³⁹ OLIVEIRA, op. cit, p. 380.

mais eficiente e mais célere. Assim, devem pelo menos respeitar os preceitos constitucionais que regem a Administração Pública.

Como demonstra o presente trabalho, existe entendimentos diferentes com relação à necessidade de licitação, regime de pessoal e responsabilidade civil das Entidades do Terceiro Setor. Porém, existe um consenso na doutrina e na jurisprudência de que tais entidades devem obedecer aos princípios da administração pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Lei n. 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8958.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.461/2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces;jsessionid=QRzehkmC5qPpyoFE+-k3avY.host1a20:juris>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 789874. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo759.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 591874. Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000166369&base=baseAcordaosjut3o>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sumula 516. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sumula 517. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2054>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sumula 556. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2054>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27^a. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO apud FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. Disponível em: <<http://fernandohenriquecastro.jusbrasil.com.br/artigos/260406345/aspectos-do-dano-moral-no-direito-das-relacoes-de-consumo>>. Acesso em: 25 jul 2016.

JUSTEN FILHO apud OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do terceiro setor: a aplicação do Direito Público às entidades privadas sem fins lucrativos. In: *Terceiro setor e parcerias na área de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.