

Terceiro Setor e o Direito Administrativo

Ponto n. 10 – Responsabilidade das entidades do Terceiro Setor e Responsabilidade civil do Estado



PROFESSOR DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), 17 de outubro de 2016.

Sumário de aula

1. Responsabilidade das entidades do Terceiro Setor
 - 1.1. Responsabilidade civil contratual
 - 1.2. Responsabilidade civil extracontratual
 - 1.3. Improbidade administrativa
 2. Responsabilidade civil extracontratual do Estado
 - 2.1. Panorama
 - 2.2. Responsabilidade do Estado em face da atividade administrativa do fomento por danos praticados pela entidade fomentada
-

1. Responsabilidade das entidades do Terceiro Setor

1.1. Responsabilidade civil contratual

O descumprimento do instrumento de parceria e da legislação acarreta à entidade do Terceiro Setor, assegurado o contraditório e a ampla defesa, a aplicação das sanções **administrativas** - multa, advertência, suspensão temporária de participar de processos de seleções e celebrar parcerias com a Administração Pública, declaração de idoneidade – a depender do que dispuser a lei de regência e as regras estabelecidas no instrumento.

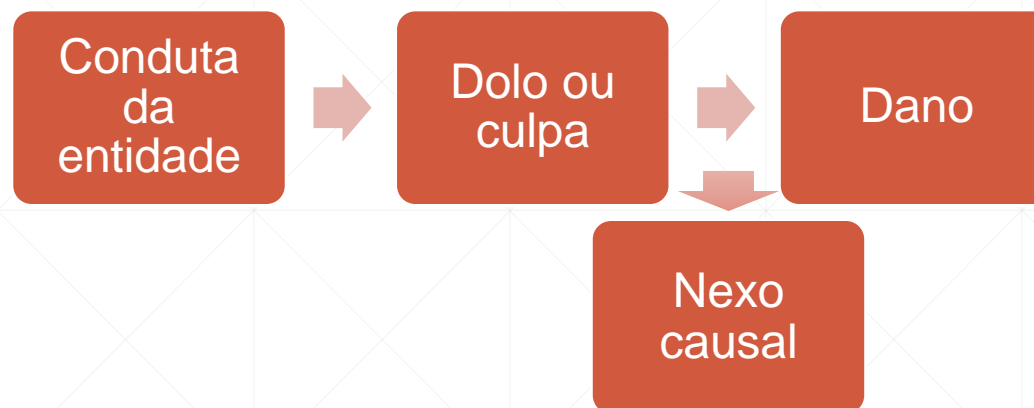
A entidade do Terceiro Setor, de igual modo, **está sujeita ao ressarcimento de dano que venha a ocasionar ao erário**. A Administração Pública pode, a qualquer tempo, buscá-lo, **sendo certo que a indenização não tem caráter de sanção**.

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS. TERMO DE PARCERIA CELEBRADO NOS TERMOS DA LEI N.º 9.790/99. PROJETO ELABORADO PELA AUTORA CONTEMPLANDO ESTRATÉGIAS, MESTAS E CUSTOS, APROVADO PELO PARCEIRO PÚBLICO. INADIMPLÊNCIA INCONTROVERSA DA OSCIP PASSÍVEL DE COLOCAR EM RISCO O INTERESSE PÚBLICO. LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE DETERMINOU A DEVOLUÇÃO PARCIAL DOS RECURSOS PÚBLICOS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO” (Apelação n.º 0147584-28.2010.8.26.0000, TJSP, Rel. Des. Ferras de Arruda, j. 04/08/2010)

“Administrativo. Improbidade. **Dano ao erário**. Culpa. Improbidade configurada. Ressarcimento. Insuficiência. Aplicação das sanções propriamente ditas. Necessidade. Dosimetria a cargo do julgador ordinário. (...) 4. **O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ. (...)**” (Resp 1.184.987/PE, STJ, Rel. Min. Hermam Benjamin, Dje. 27/04/2011)

1.2. Responsabilidade civil extracontratual

Regra: a entidade do Terceiro Setor responde nos termos do art. 927 do Código Civil que dispõe: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. **Trata-se de responsabilidade subjetiva** – e, portanto, o lesado terá que fazer a prova do dolo ou culpa para ser ressarcido. Não havendo culpa ou dolo, não haverá qualquer responsabilidade.



- ❑ A atividade prestada, embora de relevância pública, **é exercida pela entidade por direito próprio, além dela não integrar a Administração Pública.** Logo, não se aplica a responsabilidade consagrada no art. 37, §6.º, CF

Organizações Sociais

“suponha-se que um paciente sofra dano nas instalações de um hospital transferido à organização social através de contrato de gestão. Não é cabível negar a aplicação do regime da responsabilidade civil de direito público em favor do paciente. **Em suma, as regras acerca da responsabilidade civil contidas no art. 37, §6.º da CF/88 serão aplicáveis no curso da atividade desenvolvida pela organização social**” (JUSTEN FILHO, Marçal, 2006:35)

1.3. **Improbidade administrativa**

Por receberem subvenções, benefícios ou incentivos, fiscais ou creditícios, **as entidades do Terceiro Setor e os seus dirigentes podem** ser enquadrados como agentes públicos ou terceiro que induza ou concorra **para a prática de ato de improbidade administrativa** ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

“não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrativa. Qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é agente público, tal como definimos no item 13.2, **incluindo** as quatro modalidades ali referidas: (...) d) **os particulares em colaboração** com o Poder Público que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente” (DI PIETRO, 2011:835)

Em relação à subsunção da conduta à tipologia dos atos de improbidade, vale reiterar que os agentes das organizações sociais e das OSCIP's (dirigentes, empregados, etc.) estão sujeitos a seguinte disciplina:

(ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson, 2014)

Recebendo a organização **benefício, incentivo ou subvenção inferior a 50% de sua receita anual**, aplica-se o parágrafo único do art. 1.º da LIA, somente **estando o agente público sujeito a sanções se houver comprovado o dano ao erário.**

Recebendo a organização **subvenções** (transferências do erário destinada a cobrir suas despesas) **que representem mais de 50% de sua receita anual**, será aplicado o caput do art. 1.º da LIA, **estando o agente público sujeito à tipologia legal da improbidade administrativa ainda não ocorra dano**

É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9.º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) **e ao menos de culpa nos termos do art. 10**, que censura os atos de improbidade administrativa por dano ou erário. **Precedentes do STJ: Agrg no Resp 1500812/SE**, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21/05/2015; **Resp 1230301/MG**, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 19/03/2015; **Resp 1478274/MT**, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/03/2015.

2. Responsabilidade civil extracontratual do Estado

2.1. Responsabilidade civil do Estado: panorama

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Responsabilidade Administrativa

Dever jurídico-político de prestar informações e contas por suas ações e omissões e de corrigir as imperfeições verificadas em sua conduta.

Responsabilidade Civil

Dever de recompor os prejuízos acarretados a terceiros, em virtude de condutas infringentes da ordem jurídica

Contratual

Extracontratual

Objetiva
(ação)

Subjetiva
(omissão)

2.1. Responsabilidade civil extracontratual do Estado: panorama

Constituição Federal

Art. 37. (...) §6.º 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.

Regra: Responsabilidade objetiva do Estado. Para a configuração da responsabilidade basta a presença dos elementos: **ato ilícito ou lícito, dano e o nexa causal, dispensando-se** o elemento subjetivo (**dolo e culpa**).

❑ **Teoria do risco administrativo e repartição dos encargos sociais**

❑ **Teoria do risco integral** que não admite as excludentes de responsabilidade nos casos de danos nucleares (art. 21, XXI, "d", CF), dano ambiental e atos terroristas (Lei n.º 10.744/03)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVI. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO.** C.F., ART. 37, §6.º.

I – **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que se exige dolo ou culpa**, em sentido estrito, desta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço" . (...)” (Rexp 382.054/RJ, STF, Segunda Turma, Min. Carlos Velloso, j. 03/08/2004)

"(...) 2. **Nos termos da jurisprudência do STJ, a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva**, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexa causal entre ambos” (AgRg no AREsp 501.507/RJ, STJ, Segunda Turma, Min. Humberto Martins, j. 27/05/2014)

2.2. Responsabilidade do Estado em face da atividade administrativa do fomento por danos praticados pela entidade fomentada

Há divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a responsabilidade do Estado decorrente da atividade administrativa do fomento. Sobre o tema, há os seguintes entendimentos:

Primeira posição: a atividade administrativa de fomento está sujeita à responsabilidade subjetiva, em razão do dever estatal de fiscalização.

“Sendo assim, quanto aos danos causados aos agentes fomentados, ou a terceiros, em decorrência da atividade de fomento – atividade, como se viu, que não se enquadra tecnicamente como serviço público -, a responsabilidade indenizatória sujeita-se à disciplina do Direito comum, que não prescinde do exame do elemento subjetivo da culpa, em sentido lato (culpa e dolo), entre os demais requisitos ensejadores da obrigação de indenizar. (MELLO, Célia Cunha. 2003:153-154).

SUBSIDIÁRIA

“Assim, se o dano é causado diretamente pela ação do parceiro privado, o dever indenizatório será disciplinado pela lei civil geral. Entretanto, parece-nos nesse ponto aplicável a mesma solução já comentada a propósito de obras e serviços contratados pelo Estado. **Na eventualidade de o parceiro privado não lograr satisfazer o crédito do lesado, o Estado-parceiro terá responsabilidade subsidiária**, eis que em última análise o parceiro privado não deixa de ser um de seus agentes. Tal responsabilidade – enfatize-se – somente terá incidência mediante a consumação do devido suporte fático: a insolvência do parceiro privado diante do interesse do credor” (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2006:155)

SOLIDÁRIA

“O Estado responderá se ficar demonstrada a negligência na fiscalização do termo de parceira, assim como o nexo entre essa negligência e o dano ocasionado a terceiro. Fala-se, portanto, em responsabilidade subjetiva, na medida em que, além do nexo causal, haverá de se constatar a negligência do Estado. Entendemos, ainda, que **a falha na fiscalização pode tornar o Estado responsável solidário perante terceiros**. (REGULES, 2006:161)

Essa também é a posição do TJSP (AI n.º 2075315-44.2016.8.26.0000, TJSP, Rel. Des. Teresa Ramos Marques, j. 09/05/2016; Apelação n.º 0020105-58.2007.8.26.0032, Rel. Des. Rubens Rihl, j. 05/06/2013)

2.2. Responsabilidade do Estado em face da atividade administrativa do fomento por danos praticados pela entidade fomentada

Segunda posição: não há que se falar, nem mesmo na modalidade subsidiária, em responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos danos causados pelas entidades privadas, em regime de mútua colaboração, no cumprimento dos instrumentos de fomento administrativo.

“o Estado, via de regra, não responde pelos danos causados pelos agentes fomentados a terceiros, no exercício das atividades objeto de fomento, posto que essas pessoas jurídicas não integram a Administração Pública Direta ou Indireta do Estado e nem desempenham serviços públicos por delegação do Poder Público (autorização, permissão ou concessão)” (HIGA, 2010:265)

Lei Federal n.º 13.019/2014 (MROSC): “A Lei 13.019/2014 estabelece a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relativos ao funcionamento da instituição e ao adimplemento do termo de colaboração ou de fomento, **inexistindo responsabilidade solidária ou subsidiária da Administração Pública nas hipóteses de inadimplemento**” (OLIVEIRA, 2015:325)

Observação: há jurisprudência que reconhece a responsabilidade objetiva do Estado.

“Todavia, a despeito de não restarem dúvidas de que o Estado, ou a entidade privada que lhe faça as vezes, responde objetivamente somente quando presta serviço público, e de que medida de intervenção econômica de tabelamento de preços, por exemplo, assim como o fomento público, não se caracteriza como tal, os tribunais pátrios, equivocadamente, têm responsabilizado, civilmente, o Estado pelos danos advindos de eventuais tabelamentos de preços, com fundamento no artigo 37, §6.º, da Constituição da República, que cogita da responsabilidade civil do Estado nos moldes objetivos” (MELLO, Célia Cunha, 2003:153-154)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – **Indenização – Atendimento médico ineficaz** – Hospital Regional de Itapetininga – **Administração do hospital de responsabilidade de OSCIP** autorizada por lei municipal – **Responsabilidade do Município** – Decisão agravada que excluiu o Município de Itapetininga do polo passivo da demanda – Reforma – **Responsabilidade prevista no art. 37, §6.º, da Constituição Federal.**” (AI 2011319-77.2013.8.26.000, TJSP, Rel. Des. Paulo Galizia, j. 07/06/2013)

Referências

- ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. 8.º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
 - CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 18.ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.
 - HIGA, Alberto Shinji. Terceiro Setor: Da Responsabilidade Civil do Estado e do Agente Fomentado. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
 - JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9.ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.
 - MELLO, Célia Cunha. O fomento da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.
 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática. 4.ª ed. São Paulo: Forense, 2015.
 - REGULES, Luis Eduardo Patrone. Terceiro Setor: regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006.
-