

# Terceiro Setor e o Direito Administrativo

## Ponto n. 11 – Aspectos Polêmicos do Terceiro Setor



**PROFESSOR DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA**

---

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)  
São Paulo (SP), 24 de outubro de 2016.

# Sumário de aula

1. Regime jurídico aplicável: ausência de consenso.

1.1. Terceirização

1.2. Desvios e Corrupção

---

# 1. Regime jurídico aplicável: ausência de consenso

## Sem identidade definida, terceiro setor cresce

Entre polêmicas para definir seus conceitos, entidades que não são Estado nem mercado ganham mais espaço no país

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj0612200503.htm>

O Terceiro Setor ainda é carente de uma definição legal e de uniformização das regras aplicáveis às organizações quando elas estabelecem relações com o Poder Público. A **ausência de definição provoca discussões diversas**, tais como:

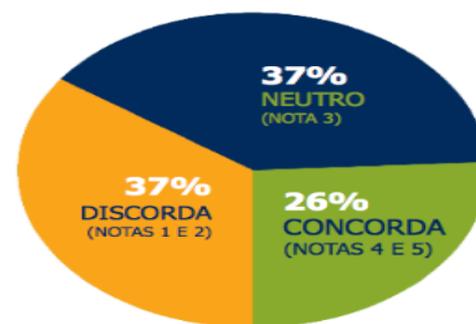
- É permitida a remuneração aos dirigentes** das entidades sem lucrativos? A remuneração implica em lucratividade?
- As entidades sem fins lucrativos **devem instaurar licitação** para contratação de bens e serviços?
- As entidades **devem promover concurso público** para contratação de pessoas?

As **incompreensões e dúvidas** quanto ao Terceiro Setor **promovem a desconfiança da sociedade e desvios** na atuação do Terceiro Setor.

Conforme recente pesquisa (2016) do Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social **apenas 26% dos brasileiros acreditam que a maioria das ONGs é confiável**

► A maior parte das ONGs é confiável (todos os entrevistados)

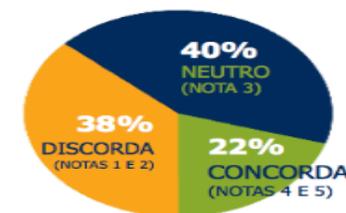
### POPULAÇÃO EM GERAL



### DOADORES



### NÃO DOADORES



NOTA 1 = DISCORDA TOTALMENTE | NOTA 2, 3 e 4 | NOTA 5 = CONCORDA TOTALMENTE

# 1. Regime jurídico aplicável: ausência de consenso

Se a organização do Terceiro Setor não mantém relação com o Poder Público e não manuseia recurso público, o regime jurídico é de direito privado.

Mas se a organização do Terceiro Setor mantém relação com o Poder Público e manuseia recurso público, o regime jurídico é de direito privado parcialmente derogado por normas de direito público.

## **A problemática é qual a extensão da aplicação do direito público a essas entidades?**

“existe grande dificuldade em determinar, de modo mais preciso, o conteúdo do regime jurídico aplicável a tais entidades. **É problemático determinar exatamente as regras de direito público aplicável a tais entidades, o que gera problemas práticos de grande relevo.** Afigura-se, no entanto, que tais dificuldades **somente poderão ser solucionadas de modo preciso por via da edição de regras gerais.** Enquanto as normas legais mais precisas não são editadas, é preciso decidir as questões concretas a partir da legislação existente e as normas estabelecidas na Constituição Federal.” (JUSTEN FILHO, Marçal, 2011:254)

### **Alguns contornos foram delineados no julgamento da ADI 1923:**

**Licitação** – não se submetem, porém, por estarem regidas pelos princípios administrativos, as contratações devem observar o disposto em regulamento próprio que fixe regras objetivas e impessoais.

**Concurso público** – não se aplica, mas a seleção de pessoal deve ser precedida de procedimento objetivo e impessoal.

**E a remuneração?** Não há proibição legal. Há um pressuposto social de que as entidades sejam geridas por voluntários. A legislação impunha restrições. **Atualmente a remuneração é expressamente permitida por lei (Lei n.º 13.019/14, Lei n.º 13.151/15, Lei n.º 9.790/99 e Lei n.º 9.637/98)**

Lucratividade -> distribuição de lucros x Remuneração -> profissionalização

# 1. Terceirização

---

## 1. Terceirização

# Órgãos do MP se unem contra as organizações sociais na Saúde do DF

*Recomendação assinada pelo MP de Contas, MPDFT e MP do Trabalho contra a “terceirização” na rede pública foi entregue ao Palácio do Buriti na manhã desta sexta-feira (8/7). Eles alegam que a contratação é inconstitucional*

<http://www.metropoles.com/distrito-federal/saude-df/orgaos-do-mp-se-unem-contra-as-organizacoes-sociais-na-saude-do-df> - (2016)

09/12/2015 16h48 - Atualizado em 09/12/2015 21h29

# Alunos ocupam escola estadual em protesto contra terceirização, em GO

Eles criticam medida de conceder gestão da Educação para OSs. Secretaria diz que colégio está fechado e defende novo modelo: 'Parceria'.

<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/12/alunos-ocupam-colegio-publico-em-protesto-contra-terceirizacao-em-go.html>

22/12/2015 11h32 - Atualizado em 22/12/2015 15h45

# Sindicalistas promovem ato contra a terceirização de serviços em Alagoas

Eles são contra projeto que prevê implantação das Organizações Sociais. Ato acontece em frente à Assembleia Legislativa, no centro de Maceió.

<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2015/12/sindicalistas-promovem-ato-contra-terceirizacao-de-servicos-em-alagoas.html>

SAÚDE

# Contra terceirização da saúde, conselheiros fazem passeata

Grupo é contra comando da gestão da saúde por organizações sociais

<http://www.correiadoestado.com.br/cidades/campo-grande/contra-terceirizacao-da-saude-conselheiros-fazem-passeata/257975/>

15/10/2015 08h00 - Atualizado em 15/10/2015 09h13

# 'Terceirização deve ocorrer em mais dois hospitais do Piauí', afirma CRM

Gestão de hospitais por organizações sociais segue causando polêmica. CRM-PI diz que o mais importante é mudar a realidade da saúde pública.

<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/10/gestao-de-hospitais-por-organizacoes-sociais-segue-causando-polemica.html>

# 1. Terceirização

**Por quais motivos os contratos de gestão com as Organizações Sociais são considerados terceirização?**

- ❑ Contratos de prestação de serviços e/ou mero fornecimento de mão-de-obra.
- ❑ Operacionalização e gerenciamento de diversas Unidades Básicas de Saúde e Hospitais no mesmo contrato.
- ❑ Falta de apresentação de estudos técnicos (econômico-financeiro, jurídico) a comprovar a vantagem para a celebração da parceria.
- ❑ Lei de Responsabilidade Fiscal: ultrapassa os gastos com pessoal.

**Mas, afinal, há terceirização?**



# 1. Terceirização

Decisão do TCU de agosto de 2016 que analisou a solicitação do Congresso Nacional a respeito da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área de saúde reconheceu a possibilidade. O TCU mencionou o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que **os contratos de gestão com organizações sociais têm natureza de convênio e que não há, portanto, que se falar em terceirização de serviços nessas parcerias. Mas exarou recomendações.**

“9.2.3. a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União (e.g. Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário deste Tribunal) é no sentido de reconhecer a possibilidade de realização de contratos de gestão com organizações sociais, com as seguintes orientações sobre a matéria: (...) 9.2.3.2. **do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado** que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais **mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados**, bem assim **planilha detalhada com a estimativa de custos** a serem incorridos na execução dos contratos de gestão; 9.2.3.3. a escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, **ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização**, se for esse o caso, e os critérios objetivos, previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7.º da Lei 9.637/1998 e no art. 3.º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993; (...)” (Acórdão 2057/2016, Rel. Min. Bruno Dantas, j. 10/08/2016)

Em 21/09/2016, o **TCU exarou decisão no sentido de que os contratos de gestão com organizações sociais não entram no cálculo dos limites de gastos da Lei de Responsabilidade Fiscal**. Isso significa que a remuneração dos profissionais contratados pelas OS's não interfere no limite de gastos com pessoal imposto pela LRF. (Acórdão n.º 2444/2016, Rel. Min. Bruno Dantas, j. 21/09/2016.)

## **2. Desvios e Corrupção**

---

## 2. Desvios e Corrupção

TCU quer reaver R\$ 9,9 milhões repassados a Oscips para a saúde no Paraná

08/04/2012

Auditoras do Tribunal de Contas da União encontram indícios de desvios e superfaturamento envolvendo duas organizações de Curitiba e as prefeituras de Paranaguá, Castro e Pinhais



<https://fopspr.wordpress.com/tag/parana-brasil-saude-publica-sus-terceirizacao-e-privatizacao-fraudes-corrupcao-e-desvio-de-dinheiro-oscips/>

Política

## ONGs: o caminho fácil para a corrupção

Escândalos recentes envolvendo entidades não-governamentais revelam influência de apadrinhamentos políticos. Organizações se queixam da má fama

<http://veja.abril.com.br/politica/ongs-o-caminho-facil-para-a-corrupcao/>

14/06/2016 14h59 - Atualizado em 14/06/2016 18h25

## Ex-deputado preso em SC é suspeito de desviar recursos de ONGs

Chegam a R\$ 551,5 mil os recursos destinados a eventos esportivos. Gilmar Knaesel e outras três pessoas foram presas.

<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2016/06/ex-deputado-preso-em-sc-e-suspeito-de-desviar-recursos-de-ongs.html>

## Das dez OSs que operam no município, oito estão sob investigação

A maioria das investigações teve por base 16 auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas do Município (TCM)

<http://oglobo.globo.com/rio/das-dez-oss-que-operam-no-municipio-oito-estao-sob-investigacao-18494571>

## Exposto esquema de corrupção em OS na saúde do Maranhão

24 DE NOVEMBRO DE 2015

A Polícia Federal (PF) realizou uma operação nos dias 16 e 17 de novembro para reprimir o desvio de recursos públicos da saúde do estado do Maranhão por meio de Organizações Sociais (OS). A operação, nomeada Sermão Aos Peixes, prendeu 13 pessoas e cumpriu, ainda, 60 mandados de busca e apreensão e 27 mandados de condução coercitiva, entre eles a do ex-secretário de Saúde do Maranhão, Ricardo Murad.

<http://andes-ufsc.org.br/exposto-esquema-de-corrupcao-em-os-na-saude-do-maranhao/>

## 2. Desvios e Corrupção

### As CPI's das ONG's

#### **Primeira CPI das ONGs**

Instalada em 19/02/2001 para apurar denúncias veiculadas pela imprensa a respeito da atuação irregular de organizações não governamentais – ONGs em território nacional, bem como **apurar a interferência dessas organizações em assuntos indígenas, ambientais e de segurança nacional, sobretudo daquelas que são atuantes na Região Amazônica**. As denúncias referiam-se à **atuação irregular de organizações estrangeiras** que ao executar programas do governo federal permitiam a atuação de empresas para exploração das reservas naturais.

#### **Segunda CPI das ONGs**

Instalada em 03/10/2007, a Comissão Parlamentar de Inquérito das ONG's objetivou **apurar a liberação, pelo Governo Federal, de recursos públicos para organizações não governamentais (ONGs) e para organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs)**, bem como a utilização, por essas entidades, desses recursos e de outros por elas recebidos do exterior”

Após o estouro do **Escândalo do Dossiê de que a ONG Unitrabalho teria recebido mais de R\$ 18 mm da União** desde o início do governo Luiz Inácio Lula da Silva, como denuncia a ONG Contas Abertas, o senador Heráclito Fortes (PFL-PI) coleta no dia 21 de setembro, oito assinaturas e garantiu que há outros 18 senadores interessados em assinar o documento que defende a abertura de uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) destinada a investigar o repasse de recursos do governo federal para organizações não-governamentais (ONGs).

A **1.ª CPI das ONG's** teve o relatório final aprovado em 2002 que destacou a **diversidade das organizações e atuação, apontando dificuldade de delimitação de conceito único que abarque tal multiplicidade**. Originou seis projetos de lei para **regras de registro, fiscalização e controle das ONG's**. A **2.º CPI das ONG's** encerrou os trabalhos em 2010 sem aprovação do relatório final que criou projeto de lei para **uniformização dos instrumentos jurídicos** passíveis de serem celebrados entre a Administração Pública e as organizações. Tal projeto de lei foi um dos textos originários da Lei Federal n.º 13.019/2014.

## 2. Desvios e Corrupção

### Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção)

Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

#### **Sujeito passivo: Sofre o ato de corrupção.**

Art. 1.º - **Administração pública, nacional ou estrangeira.**

Art.5.º (...) §1.º - Conceito de administração pública estrangeira.

§5.º Equiparação das organizações públicas internacionais ao conceito.

#### **Tipificações: os atos puníveis (art. 5.º)**

- I - **prometer, oferecer ou dar** (...) **vantagem indevida** a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - (...) **financiar, custear, patrocinar, (...) subvencionar** a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - (...) utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para **ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade** dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante **a licitações e contratos**: (tipos específicos)
- V - **dificultar atividade de investigação ou fiscalização** (...) de agentes públicos, ou **intervir**, (...)

#### **Sujeito responsabilizado pelo ato de corrupção**

Art. 1.º (...)

Parágrafo único: Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às **sociedades empresárias** e às **sociedades simples**, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a **quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas**, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

#### **A Lei Anticorrupção se aplica às entidades do Terceiro Setor?**

**Sim, as entidades podem ser responsabilizadas no âmbito administrativo e civil** pelos atos tipificados na lei anticorrupção. Além disso, a **responsabilização das associações e fundações não exclui a responsabilidade de seus dirigentes**, administradores ou de qualquer pessoa física que participe do ato ilícito.