

Responsabilidade Civil do Estado:

Tema: A RCE nas Parcerias do Estado com o Terceiro Setor

PROF. DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), primeiro semestre de 2017.

Sumário de aula

- 1. Introdução ao Terceiro Setor**
 - 2. Evolução Constitucional e Legislativa**
 - 3. Conceituação de Terceiro Setor – Enquadramento nas Atividades Administrativas**
 - 4. Responsabilidade do Estado em face da atividade administrativa desempenhada pela entidade parceira do Terceiro Setor , no seio do contrato de parceria, por danos por ela causados a Terceiros**
 - 5. Responsabilidade Objetiva (art. 37, § 6º, da CF) aplica-se às OS's e OSCIP's?**
 - 6. Responsabilidade do Estado em face da atividade administrativa desempenhada pela entidade parceira do Terceiro Setor , no seio do contrato de parceria, no âmbito trabalhista.**
-

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (Brasília, 1995)

6.4 Objetivos para os Serviços Não-exclusivos: -

Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de “publicização”, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.

- Lograr, assim, uma maior autonomia e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços.
 - Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social.
 - Lograr, finalmente, uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações. - Aumentar, assim, a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor.
-

2. Evolução Constitucional e Legislativa

EC/19 – DEZ 1998

Tem-se em 1998, a Emenda nº 19 na chamada **Reforma Administrativa** que estabelece os contratos de gestão na Administração Pública, na esteira da chamada **Administração Pública Gerencial**.

Art. 37...

(...)

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

MAIO/1998

LEI DE ORG. SOCIAIS - OS (Lei nº 9.637)

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

MARÇO/1999

LEI DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (Lei nº 9.790)

Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

Áreas de atuação, a título de exemplo: promoção da assistência social; promoção da cultura, e promoção gratuita da educação e saúde.

JULHO/2014

LEI DE PARCERIAS (Lei nº 13.019)

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

3. Conceituação de Terceiro Setor – Enquadramento nas Atividades Administrativas

Maria Tereza Fonseca Dias (DIAS, 2008) define o terceiro setor como: [...] conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e constituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público.

O terceiro setor, relevante colaborador da Administração Pública, seja no âmbito Federal, Estadual e Municipal se compõe de entidades privadas sem fins lucrativos que têm como uma de suas relevantes finalidades, prestar serviços de utilidade pública visando à consagração de políticas públicas almejadas pela sociedade e garantidas pelo Estado, e que diante da gama de atribuições que este possui, necessita do amparo dessas entidades colaboradoras para efetivar a garantia dos direitos da população brasileira.

O papel do terceiro setor na execução de políticas públicas tem caráter de complementaridade à atuação estatal (em programa, projeto ou atividade), sob pena de frustrar alguns direitos e garantias fundamentais inscritos na CR de 1988.”

Do ponto de vista das atividades administrativas, as entidades do Terceiro Setor, quando receptoras de recursos públicos, se enquadram como entidades fomentadas.

Fomento é uma atividade administrativa de intervenção no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando a promover o desenvolvimento econômico e social.

3. Conceituação de Terceiro Setor – Enquadramento nas Atividades Administrativas

Jurisprudência - Fomento: (ADIN nº 1.923/DF - Relator Min. Ayres Britto. Publicação: DOU 11.02.2016). Voto de divergência do Ministro Luiz FUX em relação ao relator, que foi seguido pelos demais Ministros:

Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, **pelo foco no fomento** para o atingimento de determinados deveres estatais.

Do ponto de vista conceitual, o fomento é a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar do tema, firma que “o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado”, porquanto fortemente calcada na efetivação do princípio da consensualidade e da participação no direito administrativo.

Do ponto de vista das atividades administrativas, as entidades do Terceiro Setor, também, podem ser entendidas como Prestadoras de Serviço Públicos (TCU, Acórdão-2057-31/16, Plenário, Publicação: DOU 19/08/2016). Oriundo de Solicitação do Cong. Nacional: Processo 023.410/2016-7)

Ementa: O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 1.923, ratificou a constitucionalidade da contratação pelo Poder Público, por meio de contrato de gestão, de organizações sociais para a prestação de serviços públicos de saúde. A jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União (e.g. Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário) é no sentido de reconhecer a possibilidade de realização de contratos de gestão com organizações sociais. É necessária cautela para não se criar confusão entre o instrumento do contrato de gestão e o seu eventual mal uso. É certo que a aplicação prática do modelo tem revelado distorções que devem merecer a atenção redobrada dos órgãos de controle. A utilização de contratos de gestão com organizações sociais para a prestação de serviços públicos de saúde é opção discricionária do governante, cuja valoração cresce em importância em momentos de retração econômica e queda na arrecadação.

4. Responsabilidade do Estado em face da atividade administrativa desempenhada pela entidade parceira do Terceiro Setor , no seio do contrato de parceria, por danos por ela causados a Terceiros

Há divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a RCE decorrente da atividade administrativa desempenhadas pelas entidades do Terceiro Setor nas parcerias. Sobre o tema, há os seguintes entendimentos:

Primeira posição: a atividade administrativa , objeto do contrato de parceria, 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 parceria, 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)

4. Responsabilidade do Estado em face da atividade administrativa desempenhada pela entidade parceira do Terceiro Setor , no seio do contrato de parceria, por danos por ela causados a Terceiros

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)

4. Responsabilidade do Estado em face da atividade administrativa desempenhada pela entidade parceira do Terceiro Setor , no seio do contrato de parceria, por danos por ela causados a Terceiros

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)

5. Responsabilidade Objetiva (art. 37, § 6º, da CF) aplica-se às OS's e OSCIP's?

Doutrina1 – não se aplica : Assim, tomando-se como exemplo a questão atinente à responsabilidade civil extracontratual, em regra, o fato de receberem recursos públicos **não altera a natureza da responsabilidade da entidade e, de igual modo, não atrai a responsabilidade solidária do Estado fomentador. Vale dizer, uma entidade sem fins lucrativos que tenha recebido recursos públicos para a execução de um projeto responde usualmente por dolo ou culpa perante terceiros**, o que atrai apenas a responsabilidade subsidiária do órgão fomentador. (HIGA®ULES:2015)

- Na mesma linha CARVALHO FILHO (2006)

Doutrina2 - aplica-se o art. 37, § 6º, da CF: desde que prestadoras de serviço público

MARÇAL JUSTEN FILHO (2005):

Suponha-se que um paciente sofra dano nas instalações de um hospital transferido a 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, § 6º da CF/88 serão aplicáveis no curso da atividade desenvolvida pela organização social.

- Na mesma linha: CRISTIANA FORTINI em Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros, 2006, p.9.

6. Responsabilidade do Estado em face da atividade administrativa desempenhada pela entidade parceira do Terceiro Setor , no seio do contrato de parceria, no âmbito trabalhista

Posição da Just.Trabalhista: A Jurisprudência entende pela aplicação da Súmula 331 do TST. Incorrendo a Administração em culpa *in eligendo* e *in vigilando* na Parceria (caso em que a OSCIP ou OS deixe de pagar os encargos trabalhistas e a Administração não fiscaliza estes pagamentos), esta (a Administração) responde subsidiariamente.

TRT-1 - Recurso Ordinário RO 24510520105010451 RJ (TRT-1)

Data de publicação: 29/05/2013

Ementa: RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS. **TERCEIRIZAÇÃO** ILÍCITA. TERMO DE PARCERIA. **OSCIP**. Diante da celebração do Termo de Parceria entre o Instituto Sorrindo para a Vida e o Município de Itaboraí, à presente discussão não se aplica a Lei nº 8.666 /93, pois ausente licitação e contratação de empresas prestadoras de serviço. Todavia, em razão das culpas *in eligendo* e *in vigilando*, a condenação subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas devidas pelo devedor principal, inclusive, as verbas rescisórias. Recurso a que se nega provimento.

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 1844004520095020361 184400-45.2009.5.02.0361 (TST)

Data de publicação: 18/11/2013

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E **OSCIP** - FRAUDE - CONTRATAÇÃO VIA COOPERATIVA - INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA POR COOPERATIVA QUE ATUA COMO EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - **TERCEIRIZAÇÃO** ILÍCITA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO DECORRENTE DO MERO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS POR PARTE DO PRESTADOR DOS SERVIÇOS - CONDUTA ILÍCITA E CULPOSA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. Com ressalva de meu entendimento, a SBDI-1 do TST, em sua composição plena, decidiu que a celebração de convênio de prestação de serviços de utilidade pública, em razão de interesse comum às partes, não exclui a responsabilidade da Administração Pública pelas consequências jurídicas dele decorrentes, podendo o ente público responder subsidiariamente pelos direitos trabalhistas reconhecidos. Quanto à responsabilidade subsidiária propriamente dita, o STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666 /93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pelo prestador dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria.

7. Referências

- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- FORTINI, Cristiana. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 38, jul. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33185>>. Acesso em maio de 2017.
- HIGA, Alberto Shinji. Terceiro Setor: Da Responsabilidade Civil do Estado e do Agente Fomentado. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- HIGA, Alberto Shinji; REGULES, Luis Eduardo Patrone. Supremo definiu elementos indispensáveis para legalidade das Oss. *Conjur*, em 23.06.15. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-jun-23/stf-definiu-elementos-indispensaveis-legalidade-oss#_ftnref7. Acesso em maio de 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2005. p.35.
- 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.