



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Submissão ao sancionamento por improbidade administrativa e equiparação aos “funcionários públicos” para efeitos penais em caso de mau uso ou uso indevido dos recursos orçamentários e financeiros

Submission to the sanction for administrative misconduct and equalization to "civil servants" for criminal purposes in case of misuse or misuse of budgetary and financial resources

André Saddy; João Victor Tavares Galil

Resumo: O trabalho objetiva a análise do modo de incidência do regime jurídico sancionatório por improbidade administrativa e por crimes vigentes sobre a figura dos dirigentes de organizações sociais, entidades qualificadas representantes, por excelência, do terceiro setor. Verifica-se a compatibilidade de sua natureza jurídica com a figura de agentes públicos, bem como a coerência de extensão da pretensão punitiva a tais agentes nos moldes como se dá sobre aqueles atuantes em entidades verdadeiramente estatais, levando em consideração a natureza privada das pessoas jurídicas fomentadas.

Palavras-chave: organizações sociais; dirigentes; improbidade administrativa; funcionário público; fomento.

Abstract: The work aims to analyze the incidence of the legal sanctioning regime for administrative impropriety and for crimes in force on the figure of the leaders of social organizations, qualified entities representing, par excellence, the third sector. The compatibility of their legal nature with the figure of public agents is verified, as well as the consistency of the extension of the punitive claim to such agents in the same way as it happens on those who operate in truly state entities, taking into account the private nature of legal entities, while fostered.

Keywords: non-profit organizations; directors; administrative dishonesty; public agent; fostering activity.

Disponível na URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8n2p01-22>

SUBMISSÃO AO SANCIONAMENTO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E EQUIPARAÇÃO AOS “FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS” PARA EFEITOS PENAIIS EM CASO DE MAU USO OU USO INDEVIDO DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS E FINANCEIROS

SADDY, André*

GALIL, João Victor Tavares**

Sumário: 1 Introdução; 2 Submissão ao sancionamento por improbidade administrativa em caso de mau uso ou uso indevido dos recursos orçamentários e financeiros; 3 Equiparação aos “funcionários públicos” para efeitos penais em caso de mau uso ou uso indevido dos recursos orçamentários e financeiros; 4 Conclusão; 5 Referências bibliográficas

1. Introdução

Desde a edição da Lei das Organizações Sociais, em 1998, o panorama jurídico das entidades do terceiro setor vem sendo campo de constantes conflitos jurisprudenciais e doutrinários que dificilmente encontram solo comum. Não obstante a genialidade dos diversos autores que sobre o tema se debruçam, a verdade é que a polêmica é marca característica de qualquer abordagem a respeito das entidades sem fins lucrativos prestadoras de serviços sociais fomentadas pelo Estado para cumprimento de um plano de trabalho ou instrumento semelhante.

O presente trabalho visa o olhar mais atento a determinado aspecto de tal campo conflituoso. Aborda-se o regime jurídico sancionatório por improbidade administrativa e por ilícitos penais sobre a figura dos gestores daquelas entidades, tentando-se, mais uma vez, a descoberta de qual o tratamento do sistema que lhes afasta ou lhes aproxima da figura dos agentes públicos, atuantes em entidades estatais. Para tal empreitada é de suma importância que se atenha para importantes

*Pós-doutor em Direito pela Universidade de Oxford. Doutor em Direito, com menção europeia - Doctor Europeo - pelo Departamento de Direito Administrativo da Universidad Complutense de Madrid, realizado com bolsa de estudos do Programa UCM - MAE becas predoctoral. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com bolsa de estudos do Programa Alban. Especialista em regulação pública e concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atualmente é consultor jurídico, parecerista e professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado na Universidade Federal Fluminense. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, atuando principalmente no seguinte tema: Administração Pública, política, regulação, intervenção econômica, silêncio administrativo e discricionariedade.

** Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Diretor Financeiro Adjunto do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Membro do Centro de Estudos Empírico Jurídicos (CEEJ) e do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Membro do Grupo de Pesquisa Ponderação de Princípios e Contrafações Administrativas, da PUCSP. Assessor Jurídico do Serviço Funerário do Município de São Paulo (SFMSP).

distinções da doutrina jurídica, tais como a diferença entre atividade normativa e atividade material, atividade de fomento e atividade de concessão e, precipuamente, a prestação de serviços públicos, sob regime funcional, e a exploração de atividades econômicas, sob as balizas do livre-arbítrio.

A importância da contribuição para a Ciência do Direito é explícita, pois se encontra aí o enfrentamento de importante aspecto da insegurança jurídica incidente sobre os gestores das entidades do terceiro setor. A questão vai além: está aí a insegurança a respeito da própria delimitação dos campos de atuação entre Estado e particular no programa constitucional instituído a partir de 1988. Dessa maneira, passa-se a enfrentar o próprio conceito de improbidade administrativa, a natureza jurídica das atividades prestadas pelas entidades de terceiro setor e da relação veiculada pelo instrumento por elas firmado. Após esses passos, examina-se a incidência do poder punitivo do Estado em esfera de improbidade administrativa sobre os dirigentes dessas entidades, relacionando-os com a figura dos agentes públicos. Após esses passos, passa-se à análise da figura desses dirigentes no âmbito penal.

Para tal estudo, utiliza-se o método analítico-dogmático, extraindo conclusões a partir das análises do ordenamento jurídico vigente, sob aspecto deontológico. Todavia, não se nega a importância de consulta a fontes jurisprudenciais, que tem o viés de fortalecer as proposições seguintes.

2. Submissão ao sancionamento por improbidade administrativa em caso de mau uso ou uso indevido dos recursos orçamentários e financeiros

Discute-se a responsabilização por improbidade administrativa de gestores das organizações sociais por mau uso ou uso indevido dos recursos orçamentários e financeiros repassados pelos órgãos supervisores e intervenientes, cuja matéria legal, à incidência do art. 37, §4º, da CRFB, encontra-se veiculada pela Lei n.º 8.429/1992¹.

¹ Esclarece-se que o § 4º do art. 37 da CRFB, não definiu quais seriam os atos de improbidade, relegando à legislação infraconstitucional tal função. Determinou, apenas, que aos praticantes de tais atos deveriam ser impostas a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário.

Visando a regulamentação de tal dispositivo, foi editada a Lei n.º 8.429/1992 que trouxe a previsão de quais seriam os atos de improbidade e as sanções que lhes seriam aplicadas. Acercada da classificação dos atos de improbidade, a Lei n.º 8.429/1992 divide, atualmente, os atos de improbidade em quatro categorias considerando, para sua classificação, o bem jurídico afetado pela conduta do agente ímprobo.

Inicialmente, a Lei n.º 8.429/92, dividiu os atos de improbidade entre aqueles que causam o enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), aqueles que causam lesão ao erário público (art. 10) e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Todavia, atualmente, além dos demais tipos, a Lei n.º 8.429/1992 prevê ainda como ato de improbidade a concessão, a manutenção ou a aplicação de benefícios fiscais ou tributários em desconformidade com o artigo, instituído pela inclusão do artigo 10-A, conforme determinado pela Lei Complementar n.º 157/2016.

A doutrina se divide no tocante à sua abordagem. Aqueles que defendem a possibilidade de sancionamento dos gestores da entidade privada se balizam no voto do Min. LUIZ FUX, quando do julgado da ADI 1.923/DF. Segundo o Ministro: “*as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos*”. No entanto condicionou tal sujeição, bem como a atuação dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, ao recebimento de benefícios decorrentes do contrato de gestão por parte das organizações sociais, visto que essas entidades não são obrigadas a recebê-los.

CLÁUDIO SMIRNE DINIZ (2019), por exemplo, entende que o descumprimento de determinados parâmetros enseja a responsabilização no campo da Lei de Improbidade Administrativa. Tal posicionamento é, porém, até mesmo anterior a ADI 1.923/DF. Cita-se JUAREZ FREITAS (1998 p. 102), que defende, desde 1998, que, apesar de pertencerem ao chamado terceiro setor, às organizações sociais se aplica a legislação de combate à improbidade administrativa, sempre que, de algum modo, houver uso indevido dos recursos públicos.

Além de tais autores, pode-se referir que tal posicionamento é constante na doutrina. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2014, item 18.3.3.1) defende que:

[...] entidades privadas em relação às quais o Estado exerce a função de fomento, por meio de incentivos, subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para a criação ou custeio. Podem ser incluídas nessa modalidade as entidades do tipo dos serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc e outras semelhantes), as chamadas organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e qualquer outro tipo de entidade criada ou mantida com recursos públicos.

MATEUS BERTONCINI (2007, p. 257), da mesma forma, entende que, se houver participação do Estado na criação de pessoas de direito privado, na sua manutenção, no seu custeio, na sua subvenção ou no seu incentivo, haverá a possibilidade de cometimento de ato de improbidade administrativa.

Logo, para essa doutrina, se constatada malversação de recurso público por desvios de verbas de origem pública, configurado estará o ato de improbidade administrativa, por prejuízo ao erário. Nessa esteira, a prática dos atos de improbidade por quem tinha o dever de primar pela responsabilidade dos recursos privados de natureza pública, com claros indícios de enriquecimento ilícito, deve ensejar, sem sombras de dúvidas, o estabelecimento de medidas que visem assegurar o ressarcimento dos danos ao patrimônio público.

Vale lembrar que, havendo malversação, as autoridades incumbidas da fiscalização devem representar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade, no sentido de que seja requerida judicialmente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens de dirigentes, de

agentes públicos e de terceiros envolvidos com o fato delituoso e, possivelmente, beneficiados com enriquecimento ilícito.

Existe, porém, posicionamento distinto. O STJ, por exemplo, decidiu que terceiros ou particulares podem praticar atos de improbidade, logo, dirigentes ou empregados de organizações sociais podem ser sujeitos ativos de improbidade, desde que atendidas condicionantes:

[...] responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público. (STJ, REsp n.º 1.405.748/RJ, Relator(a): Ministra MARGA TESSLER (JUIZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), Julgamento: 21/05/2015, Órgão Julgador: Primeira Turma)

Em breves termos, mais bem elucidados, a seguir, a divergência se instaura no questionamento de se o gestor dos recursos frutos de repasse mantém situação jurídica suficiente que lhe permita a responsabilização por ilícito configurado como improbidade administrativa, sem a indicação de conduta praticada em concurso a agente público.

Antes de dissertar melhor sobre a questão, vale a percepção de que a esfera de responsabilidade administrativa não se confunde com a esfera de sancionamento administrativo em sentido estrito. Embora autores, como FÁBIO MEDINA OSÓRIO (2019, p. 201-206), entendam que os efeitos resultantes do ilícito previsto na Lei n.º 8.429/1992 tenham natureza de sanção administrativa, considerada a partir de seu aspecto material, ainda que aplicada pelo Poder Judiciário e não, de diverso modo, pela própria Administração Pública, fato é que ganha relevância a posição segundo a qual, por sua vez, a responsabilização por condutas ímprobas se constitui em esfera autônoma de responsabilização, a responsabilização por improbidade administrativa (OLIVEIRA, p. 258-266).

Para aqueles que compreendem que a responsabilização por improbidade administrativa é, de fato, uma responsabilização administrativa, o sancionamento de gestores privados de recursos oriundos de repasse, previsto em eventual contrato de gestão, como ocorre nas organizações sociais, seria possível, tal como também seria permitido o estabelecimento de sanções pelo Tribunal de Contas competente.

Sem embargo, aqueles que defendem a autonomia constitucional da esfera de responsabilização não se aleijam das manifestações a favor da possibilidade de gestores de recursos oriundos de repasse, a título de fomento, serem sancionados perante Ação de Improbidade Administrativa sem a comprovação de concurso de conduta junto a agente público.

Para apresentar essas posições é necessário, antes, pequena digressão a respeito da Lei n.º 8.429/1992.

O signo “improbidade”, conforme positivado na redação constitucional, carrega o significado de imoralidade qualificada pela desonestidade do agente público.² Não pode ser confundido, portanto, com o mero descumprimento contratual, por exemplo. O estabelecimento constitucional dessa esfera de responsabilização teve, como finalidade, a defesa da moralidade administrativa. O método utilizado foi, como ainda é, o estabelecimento, pelo legislador, de condutas reconhecidas como atentatórias ao dever de probidade da pessoa física enquanto agente que representa o Estado, ou seja, que o torna presente nas relações jurídicas constituídas. Eis, portanto, o primeiro tópico a ser considerado: o agente, para ser responsabilizado, tem de haver praticado ato como se fosse o Estado presente em determinada relação jurídica.

Para tutelar esse dever de probidade, houve por se estabelecer sistema que evitasse a prática de condutas cuja vontade do agente fosse contrária às finalidades estatais, coincidentes com os interesses públicos. Dessa maneira, estabeleceu-se extensa lista de práticas dolosas. Em paralelo, como forma de se manifestar preocupação com o erário, foi, ainda, prevista a possibilidade de sancionamento por condutas culposas que o danificassem, sob a égide do dever de cuidado que deve ser mantido pelos agentes estatais. Essa realidade deôntica fundamentou a elaboração de uma lei voltada à responsabilização subjetiva dos agentes.

O art. 1º c/c art. 2º da Lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) considera agente público, servidor ou não, todo aquele que exerce, ainda que transitariamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em alguma das entidades elencadas no primeiro dispositivo do diploma. Essas, por sua vez, constituem-se em sujeitos passivos do ato ímprobo, vitimizados pela conduta tipificada. Segundo a lei, são aquelas pertencentes à Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios, de território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. Por extensão, a lei reconhece a possibilidade de serem sujeitos passivos do ato, as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como aquelas cuja criação ou custeio o erário teve ou tenha participação com menos de

² A expressão “imoralidade administrativa qualificada” é de autoria de JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 678). O complemento, no entanto, foi conferido por ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no Direito Brasileiro, in: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 111).

50% do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Autores como EMERSON GARCIA, ROGÉRIO PACHECO ALVES (2017, p. 315) e LEONARDO AUGUSTO SANTOS MELO (2018, p. 54-89) entendem que o dispositivo torna possível a responsabilização de agentes gestores de recursos repassados a título de fomento, visto que o dispositivo, ao referenciar entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, não exclui o fato de que tais entidades possam ser integrantes da Administração Pública, pois tais mecanismos também são estabelecidos entre entidades estatais. Além disso, o mesmo dispositivo há que ser lido em harmonia com o *caput*. Seus termos dispõem a respeito de entidades vitimizadas, mas o artigo, como um todo, deixa expresso que a conduta deve partir de agente público, produtor, portanto, de atos administrativos, cuja ausência impede qualquer sanção a agentes privados.

De igual maneira, não se pode estender efeitos em razão da previsão de que se deva sancionar agentes em razão de condutas praticadas contra o patrimônio de entidades cuja criação ou cujo custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual. Essa leitura não exclui o fato de que o agente ímprobo há que ser público. Em acréscimo, não se pode afirmar que as organizações sociais são custeadas ou criadas pelo Poder Público. Sua criação é oriunda de atos da vida civil e o fomento recebido é destinado à adaptação de suas atividades próprias, de forma a não permitir confusão com o custeio da própria pessoa jurídica, algo que se comprova, como já colocado, pela reversão de bens adquiridos com os recursos transferidos.

A figura do agente privado é introduzida no microsistema legal a partir do art. 3º. O dispositivo reza que tais agentes, não inseridos no conceito dos dois artigos anteriores, são considerados agentes ímprobos quando induzirem ou concorrerem para a conduta tipificada ou, ainda, quando dela se beneficiarem, direta ou indiretamente. Perceba-se que, a *contrario sensu*, não havendo indução, coparticipação ou benefício comprovado, não há razão jurídica que lhes fundamente sanção.

A sistemática subjetiva traz, ainda, questionamentos quanto ao direcionamento da Lei n.º 8.429/1992 à responsabilização de pessoas jurídicas, visto que seu aspecto artificial contraria a lógica baseada em elemento subjetivo. A doutrina e a jurisprudência encontram a possibilidade jurídica da sanção em razão dos benefícios auferidos, com base no art. 3º do diploma, sem considerar, no entanto, que os incisos do art. 12, *in fine*, deixam expresso que o legislador considerou, para os fins pretendidos, a personalidade jurídica como mero instrumento para a prática do ato proibido (FAZZIO JÚNIOR, p. 2016, p. 67-69). Todavia, com a vigência da Lei n.º 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção, o argumento a favor do sancionamento perde rigidez, pois eventual reprovabilidade pelos dois diplomas, analisada pelo Poder Judiciário, incidiria em *bis in idem*, que é proibido no ordenamento nacional.

Ainda que munida de tais reflexões, fato é que parte da doutrina afirma não ser necessária a coparticipação do agente da entidade privada, receptora dos recursos, junto a agente público, pois o próprio agente já seria o agente principal mirado pelo legislador.³

JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA (2008, p. 170), por exemplo, compreende dessa forma. Segundo o autor, o regime jurídico-administrativo não teria sua aplicabilidade determinada por um critério subjetivo, mas material-objetivo, com sua rede principiológica inferindo e fundamentando regras aplicáveis a todos aqueles que, qualificados, de alguma forma, por algum ato estatal, prestassem atividades materiais de interesse público, ainda que ausente eventual repasse de caráter pecuniário. Segundo propõe, o ato qualificatório, individual, por meio de título, ou bilateral, de natureza convencional, seria suficiente para permitir a conclusão de que o Estado, ao qualificar a entidade privada, qualificava as atividades prestadas pelas entidades com importância maior, assim, permitindo a incidência do regime principiológico estatal sobre os particulares prestadores.

Discorda-se do autor, por alguns motivos. Entre eles, porque a atividade administrativa, às vistas do Direito, é constituída pela produção de diferentes formas de manifestação de intenção. Tais manifestações são aquelas que concretizam os valores constitucionais sob os postulados da supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos, cujas atividades materiais resultantes não são mais que os efeitos dessas manifestações. Portanto, não há razão de se considerar, juridicamente, a importância da atividade desempenhada pelo particular, pois seu desempenho não é resultado de uma manifestação de vontade unilateral da Administração, ou seja, de um ato administrativo e, logo, não deve ocorrer sob os mesmos pressupostos normativos.

Essa ideia, que fundamenta todo o plano constitucional, é o dever-poder estatal (MELLO, 2009, p. 73), ou seja, o pressuposto jurídico de que o Estado existe, tão somente, para a concretização dos interesses públicos e, portanto, submete-se a um regime dotado de limitações e prerrogativas necessárias para o cumprimento dessa função (Idem). Por sua vez, os particulares, ainda que atuem por benemerência, não estão vinculados, em finalidade, às respostas fornecidas pelo ordenamento jurídico. Mesmo que pretendam o bem comum, fato é que têm a liberdade para definirem seu modo de agir.

³ Como exemplo: MELO, Leonardo Augusto Santo. Improbidade, convênios e terceiro setor: o particular que gere recursos e sua responsabilização por improbidade administrativa, In: BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 5. Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018, p. 54-89.

Todo o exposto parece ser suficiente para reafirmar a razão da primeira turma do STJ⁴, bem como para outras searas da jurisprudência⁵, e não deve ser afastada mesmo diante de condutas subsumidas às hipóteses traçadas pelo art. 10, incs. XIX e XX, do diploma sobre improbidade, de destinação especial ao Terceiro Setor, visto que, ainda assim, a finalidade normativa é sancionar, primordialmente, o agente previsto pelo art. 1º.

Não se pode olvidar, sem embargo, que, diferentemente da Lei n.º 8.429/1992, a Lei n.º 12.843/2013, a chamada Lei Anticorrupção, não exige a presença do agente público para a configuração do ilícito punível.

A Lei Anticorrupção, diferentemente da Lei de Improbidade Administrativa, não se destina, precipuamente, ao sancionamento das pessoas físicas, ainda que estas tenham dado causa à conduta ilícita, uma vez que suas ações se caracterizam pela presença de elemento volitivo. Pelo contrário, o teor normativo estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas passíveis de praticarem as condutas elencadas no art. 5º, contrárias à Administração Pública. Tanto com empresas, com fins lucrativos, quanto com as associações civis e fundações privadas, não há distinção no que diz respeito à sujeição sancionatória, pois ambos os institutos estão elencados no parágrafo único do art. 1º.

A respeito das pessoas físicas, o teor da lei se limita a asseverar que a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, não é excluída pela responsabilização da pessoa jurídica nos termos do diploma e que, não o sendo, tais pessoas físicas apenas respondem na medida da sua culpabilidade. Perceba-se que, pela redação, não há a determinação de que a responsabilidade dos agentes seja, de fato, pelos termos da Lei Anticorrupção. O viés da norma é, tão somente, permitir o claro diálogo entre a Lei n.º 8.429/92 e a Lei n.º 12.846/2013, sem incorrer em *bis in idem*.

Há, todavia, a necessidade de uma atenção especial sobre o teor do art. 14 da Lei n.º 12.846/2013. A questão é traçada na lógica de que o instituto da pessoa jurídica, utilizada meramente como mecanismo de atos corruptivos, não tenha a capacidade de desviar o exercício do poder punitivo estatal. Dessa maneira, comprovado o fato de que a constituição da personalidade foi realizada com abuso de direito, com finalidade ilícita ou para provocar confusão patrimonial, operar-se-á o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Nessa conformidade, as sanções legais atingirão os sócios da maneira de deveria haver ocorrido com a pessoa jurídica. Claramente, a redação é atécnica, e o signo “sócios” guarda conotação mais ampla,

⁴ Exemplifica-se: BRASIL. STJ. AgInt no REsp 1.442.570/SP. Relator: HELENA COSTA. Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 16/05/2017; BRASIL. STJ. AgInt no REsp 1.608.855/PR. Relator: ASSUSETE MAGALHÃES. Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe 12/04/2018.

⁵ A título de exemplo, vide: BRASIL. TRF 1ª Região. APELAÇÃO CÍVEL - 0048173-31.2016.4.01.0000/AC. SIGLA_CLASSE: ApCiv. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Data: 26/08/2019.

valendo, também, para associados e dirigentes de entidades privadas sem fins lucrativos. Cabe mencionar que, para o âmbito sancionatório das contas, o TCU reconhece a solidariedade entre a pessoa jurídica destinatária de recursos transferidos a título de fomento e as pessoas físicas envolvidas na má gestão dos recursos, como expressou na Súmula n.º 286:

A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos.

Referente às condutas elencadas no art. 5º, três guardam especial interesse para os integrantes das organizações sociais.

A primeira é aquela prevista pelo art. 5º, inc. III, da lei, que estabelece como conduta passível de sanção a utilização de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. Essa previsão guarda especial interesse porque as organizações sociais, frequentemente, são vistas como meios para a conquista de contratos lucrativos disfarçados sob o manto dos convênios, em desvio ao regime licitatório.⁶ Da mesma maneira, muitas vezes, esses vínculos conquistados são considerados burlas da própria Administração ao seu regime de restrições, que se utiliza da personalidade civil e de uma suposta roupagem de fomento para a fuga do regime público e, consequentemente, do controle dos órgãos responsáveis.⁷ É inegável o papel de um eficiente programa de *compliance* interno às entidades para que se evite qualquer prática que possa fundamentar suspeitas desarrazoadas nesse sentido.

A segunda conduta a ser elencada diz respeito ao inciso IV, alínea “f”, do mesmo dispositivo. Não há motivo para lhe negar atenção apenas em razão de haver, o legislador, enunciado a sua hipótese em questões atinentes a contratos, e não, de diverso modo, a convênios, mesmo porque, frequentemente, o termo contrato é utilizado em sentido amplo, de forma a abranger tanto instrumentos considerados como de interesses contrapostos quanto instrumentos considerados como de interesses paralelos, o que justifica a própria utilização do rótulo “contrato de gestão”. Pois bem, a atenção especial diz respeito ao fato de a lei considerar conduta ilícita a obtenção de vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos, ou convênios, se assim restar entendido, celebrados.

⁶ Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. Acesso à informação nas parcerias voluntárias, p. 276-278. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n.º 13.019/14. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 273-307.

⁷ Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de direito administrativo neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 137-142.

Em primeiro plano, há que ser considerado o termo utilizado por meio de seu sentido técnico, o que afastaria a possibilidade de sanção sobre relações conveniais. Diferentemente dos contratos, os convênios não tratam de relações jurídicas sob as quais o particular presta serviço em favor da Administração.⁸ Já o fomento é a atividade incentivada pela Administração que, todavia, dela não se beneficia diretamente, pois o seu destinatário é a própria sociedade civil. Se, todavia, houver interpretação em sentido contrário, favorável ao exercício punitivo, há que se perceber que a hipótese normativa não se configura quando há demonstração da necessidade de repactuação do acordado em razão das metas estipuladas, seja tal modificação dada por acordo entre a entidade e a Administração, que reconheceu a eficiência do particular, seja em razão de eventos posteriores que obrigaram a releitura do anteriormente disposto em convênio.

Por último, há o dever de se atentar para a conduta tipificada no inc. V. Isso porque a origem pública dos recursos permite que a Administração fiscalize a sua aplicação com fins a verificar o respeito ao escopo convenial. Isso não significa que os recursos são empregados em atividade pública, ou melhor, que a origem dos recursos confere *publicatio* à atividade privada, visto que a atividade fiscalizatória é prevista em diplomas destinados estritamente a pactos contratuais, lucrativos e de interesses contrapostos, como a própria Lei n.º 8.666/93 (art. 58, inc. III). No entanto sua utilização exige transparência dos gestores que administrarão tais recursos e, portanto, há que ser exercida de maneira responsável e organizada, que permita a avaliação formal da sua aplicação pelo Poder Conveniente, limitado ao estipulado no pacto bilateral. Eis, aqui, a importância de auditorias internas e externas independentes, as quais podem facilitar o exercício do controle estatal. Como enfatizado anteriormente, o fomento mantém a natureza privada da atividade, mas não é por isso que a gestão dos recursos oriundos do poder público deva ser executada de maneira irresponsável, leviana ou sem zelo, visto que a finalidade de tal gestão está prevista no instrumento pactuado com o Estado.

3. Equiparação aos “funcionários públicos” para efeitos penais em caso de mau uso ou uso indevido dos recursos orçamentários e financeiros

O art. 327 do Código Penal, inserido no Capítulo que trata dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública, em seu §1º, determina que *“equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade parastatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviços contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”*.

⁸ A distinção entre os institutos é evidenciada por GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA (2010, p. 125-130).

A doutrina tem interpretado a norma de modo a compreender que está incluso no conceito de “funcionário público” o empregado de pessoas jurídicas que tenham contrato ou convênio com o poder público para o exercício de atividade de interesse do Estado. Essa extensão, segundo entendimento de CEZAR ROBERTO BITENCOURT⁹, atinge tanto a figura do agente praticante da conduta ilícita quanto a figura da vítima, como bem pode ser invocada em benefício de eventual réu.

Apesar do Código Penal ter utilizado termos como “empresa” e “entidade paraestatal”, doutrinária e jurisprudencialmente, ao menos no que diz respeito ao âmbito penal, tem-se defendido que os diretores e membros do Conselho de Administração das organizações sociais são equiparados a “funcionários públicos”, submetendo-se às sanções direcionadas aos crimes praticados por “funcionários públicos” contra a Administração Pública em geral, em razão da norma extensiva prevista no §1º do art. 327 do Código Penal.

Assim sustentam, pois entendem que as entidades qualificadas como organizações sociais se subsomem à noção conceitual de entes paraestatais.¹⁰ Destaca-se a lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2014, p. 551-554):

Usando a terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro, incluímos essas entidades, quando tenham vínculo com o poder público, entre as chamadas entidades paraestatais, no sentido em que a expressão é empregada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ou seja, para abranger pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações do seu poder de império, como o tributário, por exemplo; não abrangem as entidades da Administração Indireta; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional. Exatamente por atuarem ao lado do Estado e terem com ele algum tipo de vínculo jurídico, recebem a denominação de entidades paraestatais; nessa expressão podem ser incluídas todas as entidades integrantes do chamado terceiro setor, o que abrange as declaradas de utilidade pública, as que recebem certificado de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos (como Sesi,

⁹ São as palavras do autor: “Não há por que fazer a distinção, para fins de aplicação do conceito extensivo de funcionário público, entre sujeito ativo e sujeito passivo do delito.” (BITENCOURT, 2018, p. 192). Mais adiante: “Por fim, esse conceito ampliado de funcionário público, para fins penais, também deve ser aplicado quando, de alguma forma, puder beneficiar o sujeito passivo pela sua condição de funcionário público próprio ou por equiparação.” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Impetus, 2010, p. 185; FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum 2007, p. 226/230; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 891; entre outros.

Sesc, Senai), os entes de apoio, as organizações sociais e as organizações de sociedade civil de interesse público.

Esse entendimento doutrinário tem prevalecido, também, na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O STF entende¹¹:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FUNCIONÁRIO PÚBLICO POR EQUIPARAÇÃO. DIRIGENTE DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. Associação civil qualificada como Organização Social é considerada entidade paraestatal para os fins do disposto no § 1º do artigo 327 do Código Penal, o que torna legítima a qualificação de seus dirigentes, para efeitos penais, como funcionários públicos por equiparação. 2. O Instituto Candango de Solidariedade - ICS, enquanto ostentou a condição de Organização Social, constituiu entidade paraestatal, enquadrando-se no disposto no § 1º do artigo 327 do Código Penal. 3. Os ocupantes de cargo, emprego ou função no Instituto em referência respondem pela prática de crimes contra a Administração Pública. 4. Agravo regimental conhecido e não provido.

Vale mencionar que o STJ¹², por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 1.519.662/DF, assentou entendimento de que:

[...] o conceito de entidades paraestatais existente no § 1º do artigo 327 do Código Penal contempla as chamadas Organizações Sociais, estas previstas no âmbito federal pela Lei n.º 9.637/98 e na órbita distrital pela Lei n.º 2.415/99, de maneira que, levando em conta que "o ICS foi qualificado como Organização Social pelo artigo 19 da Lei Distrital n.º 2.415/99, tem-se que seus dirigentes são equiparados a funcionários públicos para os efeitos penais, submetendo-se às sanções direcionadas aos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública em geral, em razão da norma extensiva prevista no § 1º do artigo 327 do Código Penal, que equipara a funcionário público, todo o agente que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal".

Argumenta-se no sentido de que tanto a natureza da atividade de interesse público desempenhada por tais entidades quanto a utilização de recursos públicos

¹¹ BRASIL. STF. HC-AgR - AG.REG. NO HABEAS CORPUS 131672. Relator: ROSA WEBER. Órgão Julgador: Primeira Turma, Sessão Virtual de 28.9.2018 a 4.10.2018; BRASIL. STF. HC-ED - EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 126608. Relator: ROSA WEBER. Órgão Julgador: Primeira Turma, Sessão Virtual de 6.9.2019 a 12.9.2019; BRASIL. STF. HC - HABEAS CORPUS 138484. Relator: MARCO AURÉLIO. Órgão Julgador: Primeira Turma, 11.9.2018.

¹² BRASIL. STJ. AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 857179. Relator: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data: 20/09/2016; BRASIL. STJ. RESP - RECURSO ESPECIAL - 1519662. Relator: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data: 18/08/2015.

fundamentam a equiparação. Vale fazer menção aqui ao entendimento do TRF da 3ª Região¹³, que assim decidiu:

Em consequência, as entidades integrantes do chamado "terceiro setor", isto é, fundações, associações, cooperativas, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público, quedam-se abrangidos pela incidência da norma penal, na medida em que por seu intermédio venham a ser empregados recursos públicos, os quais constituem o bem jurídico protegido pela norma penal.¹⁴

Essa interpretação, no entanto, não é a única possível. Apesar de pouco provável que os tribunais mudem seu posicionamento, pode-se entender que as organizações sociais não pertencem à classe das entidades paraestatais. Isso porque parte da doutrina compreende que apenas os Serviços Sociais Autônomos pertencem a tal classe. É o caso, por exemplo, do MARÇAL JUSTEN FILHO (2014, p. 325):

Na atualidade, a expressão tem sido utilizada à falta de outra forma melhor para indicar uma categoria heterogênea de instituições associativas encarregadas do desempenho de serviços sociais autônomos. Alguns exemplos são o Serviço Social da Indústria (SESI), o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), o Serviço Social do Comércio (SESC) e assim por diante.

Nesse sentido, ALEXANDRE MAZZA (2014, p. 182), apesar de não evidenciar sua posição, afirma que *"tem predominado em concursos públicos o entendimento de que o conceito de entidades paraestatais inclui somente os serviços sociais"*.

Outros, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2009, 158), preferem enquadrar na classe de paraestatais os Serviços Sociais Autônomos, as sociedades de economia mista, e as empresas públicas, *in verbis*:

[...] A expressão paraestatal sugere tratar-se de criatura que atua paralelamente ao Estado, ao lado dele, sustenta posição insuscetível de ser aceita no direito brasileiro. Isso porque inclui em seu âmbito, além de pessoas como o SESI, SESC, SENAI, SENAC, conhecidas como serviços sociais autônomos, as sociedades de economia mista e empresas públicas. Assim, sob a mesma rotulação englobou entidades jurídicas sujeitas a regimes jurídicos inegavelmente diversos, pois estas últimas, como se sabe, fazem parte da Administração Indireta do Estado.

¹³ BRASIL. TRF 3ª Região. APELAÇÃO CRIMINAL - 75484 ..SIGLA_CLASSE: ApCrim. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data: 03/09/2018.

¹⁴ Vale mencionar que esse mesmo tribunal e o TRF da 5ª Região admitiram a responsabilidade criminal de agentes ligados ao terceiro setor pela prática de crime próprio contra a Administração Pública (BRASIL, TRF 3ª Região, ACr n. 2009.03.99.001632-9, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 12.05.14; TRF 5ª Região, ACr n. 00052726720104058400, Rel. Des. Fed. Joana Carolina Lins Pereira, j. 03.12.13).

Há, também, aqueles que excluem os Serviços Sociais Autônomos, mantendo apenas as empresas públicas, as sociedades de economia mista, e as fundações públicas. É o caso do DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (2014, p. 375 e 376):

A classificação positiva quadripartite, originalmente adotada pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 – empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e serviços sociais autônomos – reduziu a três os tipos de paraestatais – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas – excluindo, portanto, os serviços sociais autônomos, que haviam sido incluídos por Hely Lopes Meirelles. Posteriormente, com a Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998, a Constituição acresceu ao elenco as subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista (art. 37, XX, e art. 173, § 1.º, CF).

A maioria, no entanto, ainda entende que sujeitos que integram as entidades paraestatais são os Serviços Sociais Autônomos, as organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e entidades de apoio. Aqui, pode-se citar MATHEUS CARVALHO (2015, p. 693):

São quatro as espécies de entes do terceiro setor tratados no direito brasileiro, a saber: entidades do serviço social autônomo, organizações sociais (OS), organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) e entidades de apoio.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2014, p. 555 e 570) compreende da mesma forma:

No mesmo sentido de entidades paralelas ao Estado, adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello para definir os entes paraestatais, podem ser consideradas, hoje, além dos serviços sociais autônomos, também as entidades de apoio (em especial fundações, associações e cooperativas), as chamadas organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público [...]

Todas elas atuam ao lado do Estado, em colaboração com ele, sem integrarem a Administração Pública direta ou indireta. São esses elementos que permitem enquadrá-las todas no mesmo rol de entidades paraestatais. Não há mais justificativa para somente considerar como tal os serviços sociais autônomos, idealizados na primeira metade do século passado. Depois disso, outras tantas modalidades de entidades foram surgindo, com inúmeros pontos comuns, que permitem incluí-las todas na mesma categoria. Como se verá, em termos de responsabilidade civil por danos causados a terceiros, o regime jurídico também é absolutamente idêntico.

Cita-se, ainda, FERNANDA MARINELA (2010, p. 159):

Compreendem entes de cooperação: os serviços sociais autônomos; as entidades de apoio; as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público. Atente-se no fato de que não há uniformidade terminológica no enquadramento dessas entidades.

Por fim, e para não estender muito, vale mencionar DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR (2012, p. 221):

Atualmente, esses entes de cooperação compreendem os serviços sociais autônomos, as entidades ou fundações de apoio, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Termina-se com aqueles que compreendem que, além das supramencionadas, incluem-se as Instituições Comunitárias de Educação Superior. Aqui, cita-se MARCELO ALEXANDRINO e VICENTE DE PAULO (2015, p. 30):

Ao lado da estrutura da administração pública brasileira, positivada em nosso ordenamento jurídico, são objeto de estudo do direito administrativo determinados entes privados que, sem integrarem a administração direta ou a administração indireta, colaboram com o Estado no desempenho de atividades de interesse público, de natureza não lucrativa. São as chamadas entidades paraestatais, que compreendem: os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAT e outros), as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), as instituições comunitárias de educação superior (ICES) e as denominadas "entidades de apoio". Entidades paraestatais são, portanto, pessoas jurídicas privadas que, sem integrarem a estrutura da administração pública, colaboram com o Estado no desempenho de atividades não lucrativas e às quais o Poder Público dispensa especial proteção.

Como se pode depreender dos ensinamentos transcritos, a maioria da doutrina entende que as organizações sociais fazem parte da classe de entidade paraestatal. Ocorre que outra parte, por mais que minoritária, excluem-nos de tal classe. Para esses, poder-se-ia sustentar que os dirigentes das organizações sociais não são equiparados a "funcionários públicos".

Mesmo sendo possível tal interpretação, por conta do foco que os tribunais dão ao termo "paraestatal" na previsão da norma, entende-se pouco provável de não se equiparar os dirigentes das organizações sociais aos "funcionários públicos". Isso, porque, o art. 327, §1º, do Código Penal, não equiparou aqueles que exercem cargo, emprego ou função em entidades paraestatais apenas, mas, também, as pessoas que trabalham para entes que celebram convênio com a Administração Pública, natureza do contrato de gestão.

PAULO GOMES FERREIRA FILHO (2020) conclui da mesma forma:

O enquadramento legal dos funcionários do Terceiro Setor como funcionários públicos, para fins penais, é perfeito: ainda que não se admita a interpretação proposta quanto ao alcance da expressão empresa utilizada pela lei penal ou mesmo quando a entidade privada não for contratada ou conveniada da Administração, em todos os casos de prestação de serviços de relevância pública haverá o desempenho de verdadeira função pública pelos funcionários do Terceiro Setor, os quais serão considerados funcionários públicos pelo próprio *caput* do artigo 327 do Código Penal.

Logo, importa muito mais compreender o bem jurídico protegido pela norma penal e o fundamento de tal dispositivo para alegar que os atos praticados pelos dirigentes podem sim ser equiparados, para fins penais, aos praticados por “funcionários públicos”, principalmente, pelo fato de que as organizações sociais realizam seus objetivos por meio de contratos de gestão, de natureza convencional, e por receberem recursos públicos.

A consequência jurídica, portanto, é que as pessoas empregadas pelas organizações sociais são equiparadas aos funcionários públicos para fins penais e podem ser responsabilizadas como sujeitos ativos dos crimes previstos no Título XI do Código Penal, que trata dos crimes contra a Administração Pública (arts. 312 a 326 do CP) e outros tipificados em normas penais, sendo os mais comuns, praticados por dirigentes e empregados dessas entidades, os crimes de: (i) peculato (art. 312 do CP), quando se apropria de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou o desvia, em proveito próprio ou alheio; (ii) emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315 do CP), quando dá às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei; (iii) corrupção passiva (art. 317 do CP), quando solicita ou recebe, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem; (iv) prevaricação (art. 319 do CP), quando retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal; (v) inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A do CP), quando insere ou facilita, o funcionário autorizado, dados falsos, altera ou exclui indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano, afinal tem obrigação de inserir dados no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SINCOV (art. 13 do Decreto n.º 6.170/2007); (vi) utilização de serviços e bens públicos a favor de partido ou organização de caráter político (arts. 346 e 377 da Lei n.º 4.737/1965), quando utiliza o serviço, o prédio e as suas dependências para beneficiar partido ou organização de caráter político; entre outros.

4. Conclusões

Tanto os diretores como os conselheiros que deliberarem de forma contrária as obrigações estatutárias ou regimentais praticarão irregularidades e poderão responder por suas atuações. Ressalta-se que, quando a decisão da Diretoria e do Conselho de Administração for colegiada, a responsabilidade pelas tomadas de decisão será solidária e, por não possuir índole genérica, pois não engloba a totalidade da gestão, pelo contrário, restringe-se a atos específicos que são submetidos à sua apreciação, a responsabilidade será subjetiva e, portanto, sujeita à comprovação de dolo específico ou culpa grave, sendo os diretores e os conselheiros, pessoal e solidariamente, responsáveis pelas deliberações emanadas.

Entretanto cabe, a cada diretor e conselheiro, de modo individual, o poder de diligência no tocante aos assuntos de alçada da Diretoria e do Conselho de Administração, respectivamente. Nesses casos, caberá tratar de uma responsabilização individual do diretor/conselheiro, por culpa *in vigilando* ou *in eligendo*.

Há um risco, portanto, da geração de graves responsabilidades, seja perante a associação/fundação, eventuais terceiros lesados, seja funcional/trabalhista perante a associação/fundação e, até mesmo, administrativa perante os mais diversos órgãos ou entes públicos, incluindo o órgão supervisor e intervencionista.

Vale também mencionar que a Lei n.º 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) prevê sanções sobre condutas, elencadas no art. 57, relacionadas diretamente à fiscalização do Tribunal sobre o contrato de gestão. Há que se ter em mente que, embora a atividade seja privada, a transferência dos recursos é efeito de atuação administrativa, de forma que o mau emprego deles gera débito a ser cobrado do responsável. Da mesma maneira, sua fiscalização não pode ser obstada, o que justifica o dever de gerenciar o produto da transferência de maneira legítima e eficiente e agir, sempre, de modo a facilitar, e não obstar, o exercício fiscalizatório, inclusive, de inspeções e auditorias determinadas pela Corte de Contas, pautadas na busca pela pertinência entre os recursos e os resultados alcançados, como restou determinado pelo Acórdão 8683/2015-Segunda Câmara, Relator: ANDRÉ DE CARVALHO. Qualquer multa aplicada em razão desses ilícitos pode ser cobrada de maneira solidária entre os administradores e a entidade.

Além dessas responsabilidades, discute-se sobre a possibilidade de sancionamento por improbidade administrativa, ou seja, por imoralidade qualificada pela desonestidade. Entende-se que, constatada malversação de recurso público por desvios de verba de origem pública, configurado estará o ato de improbidade administrativa. O STJ, conquanto entenda que dirigentes ou empregados de organizações sociais possam ser sujeitos ativos de improbidade, impõe condicionantes para tal caracterização: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público. Logo, não havendo

indução, coparticipação ou benefício comprovado, não há razão jurídica que fundamente sanção ao agente privado.

Apesar de tal posicionamento, parte da doutrina afirma não ser necessária a coparticipação do agente da entidade privada, receptora dos recursos, com agente público, pois o próprio agente já seria o agente principal mirado pelo legislador. Discorda-se, contudo, disso, por dois motivos. Primeiro, porque a atividade administrativa, às vistas do direito, é constituída pela produção de diferentes formas de manifestação de vontade. Segundo, porque o Estado, como uma realização humana, é constituído sob uma ideia finalística de concretização dos interesses públicos.

Termina-se enfatizando que está incluso no conceito de “*funcionário público*” do art. 327, do Código Penal, o empregado de pessoas jurídicas que tenham contrato ou convênio com o poder público para o exercício de atividade de interesse do Estado. Logo, diretores e membros do Conselho de Administração das organizações sociais são equiparados a “funcionários públicos”, submetendo-se às sanções direcionadas aos crimes praticados por “funcionários públicos” contra a Administração Pública (arts. 312 a 326 do CP) e outros tipificados em normas penais, sendo os mais comuns, praticados por dirigentes e empregados dessas entidades, os crimes de: peculato (art. 312 do CP), emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315 do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP), prevaricação (art. 319 do CP), inserção de dados falsos em sistemas de informações, utilização de serviços e bens públicos a favor de partido ou organização de caráter político, entre outros.

Tal é assim, não só porque parte da doutrina entende que as organizações sociais fazem parte das entidades paraestatais, até porque este é o foco dos tribunais e da maioria da doutrina, mas, também, as pessoas que trabalham para entes que celebram convênio com a Administração Pública, natureza do contrato de gestão.

5. Referências bibliográficas

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente de. *Direito Administrativo Descomplicado*. 23. ed. São Paulo: Método, 2015.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no Direito Brasileiro, in: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Vol 5. São Paulo: Saraiva, 2018.

- BRASIL, TRF 3ª Região, ACr n. 2009.03.99.001632-9, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 12.05.14; TRF 5ª Região, ACr n. 00052726720104058400, Rel. Des. Fed. Joana Carolina Lins Pereira, j. 03.12.13.
- BRASIL. STF. HC-AgR - AG.REG. NO HABEAS CORPUS 131672. Relator: ROSA WEBER. Órgão Julgador: Primeira Turma, Sessão Virtual de 28.9.2018 a 4.10.2018; BRASIL. STF. HC-ED - EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 126608. Relator: ROSA WEBER. Órgão Julgador: Primeira Turma, Sessão Virtual de 6.9.2019 a 12.9.2019; BRASIL. STF. HC - HABEAS CORPUS 138484. Relator: MARCO AURÉLIO. Órgão Julgador: Primeira Turma, 11.9.2018.
- BRASIL. STJ. AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 857179. Relator: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data: 20/09/2016.
- BRASIL. STJ. AgInt no REsp 1.442.570/SP. Relator: HELENA COSTA. Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 16/05/2017
- BRASIL. STJ. AgInt no REsp 1.608.855/PR. Relator: ASSUSETE MAGALHÃES. Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe 12/04/2018.
- BRASIL. STJ. RESP - RECURSO ESPECIAL - 1519662. Relator: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data: 18/08/2015.
- BRASIL. TRF 1ª Região. APELAÇÃO CÍVEL - 0048173-31.2016.4.01.0000/AC. SIGLA_CLASSE: ApCiv. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Data: 26/08/2019.
- BRASIL. TRF 3ª Região. APELAÇÃO CRIMINAL - 75484 ..SIGLA_CLASSE: ApCrim. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data: 03/09/2018.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2015.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DINIZ, Cláudio Smirne. *A improbidade administrativa no contexto das parcerias públicas com o terceiro setor*. Disponível em: https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2019/Claudio_Diniz_-_A_improbidade_administrativa_no_contexto_das_parceiras_publicas.pdf. Acesso em 11 ago. 2020.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2016.

- FERREIRA FILHO, Paulo Gomes. O combate dos crimes praticados por integrantes do terceiro setor. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 13 ago 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48203/o-combate-dos-crimes-praticados-por-integrantes-do-terceiro-setor>. Acesso em: 13 ago 2020.
- FREITAS, Juarez. Regime peculiar das organizações sociais e o indispensável aperfeiçoamento do modelo federal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 214, p. 99-106, out./dez. 1998.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum 2007.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Impetus, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Acesso à informação nas parcerias voluntárias, p. 276-278. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n.º 13.019/14*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELO, Leonardo Augusto Santo. Improbidade, convênios e terceiro setor: o particular que gere recursos e sua responsabilização por improbidade administrativa. In: BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 5. *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade administrativa e terceiro setor¹. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.