

Inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa como mecanismo de sanção aos gestores do Sistema S

Poliana Oliveira Fonseca e Tiago Henrique Simões Copati

Introdução

Os Serviços Sociais Autônomos – SSAs vinculados ao sistema sindical, como é o caso do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai; do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac; do Serviço Social da Indústria – Sesi; e do Serviço Social do Comércio – Sesc, foram criados pelos entes sindicais de grau superior de cada ramo de atividade econômica, tendo por base autorizativa decretos-lei federais que remontam à década de 1940, com o fim precípua de promover a capacitação e melhora na qualidade de vida dos trabalhadores das empresas ligadas aos entes sindicais respectivos, cuja base constitucional é o art. 240 da Carta Magna.¹

Os recursos dessas instituições advêm de contribuições compulsórias arrecadadas pelos empregadores do setor empresarial respectivo, além de rendas oriundas da prestação de serviços vinculados às suas atividades finalísticas.

De acordo com os conceitos mais modernos, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais, em especial após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no RE n. 789.874/DF, sob a sistemática da repercussão geral, estabeleceram-se parâmetros fundamentais no sentido de reconhecer a natureza privada dessas entidades, bem como a autonomia administrativa e de autogestão de seus recursos, estes classificados como verbas próprias, arrecadadas junto ao próprio setor econômico beneficiado pelas atividades desempenhadas.

Assim, considerando os parâmetros jurisprudenciais e doutrinários pacificamente estabelecidos quanto à natureza própria dos Serviços Sociais Autônomos vinculados a entes sindicais de grau superior, e seus recursos, exsurge a problemática, que ora se aventa, quanto à aplicabilidade, ou não, dos ditames da Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) como mecanismo de controle e sanção da atuação dos gestores para com o patrimônio dessas entidades.

¹ Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Para os órgãos de controle externo, como o Ministério Público Estadual, os dispositivos expressos especialmente nos parágrafos 6º e 7º, do art. 1º, da Lei n. 8.429/92, com as alterações promovidas pela recente Lei n. 14.230/21, que têm como norte a extensão dos efeitos da Lei de Improbidade Administrativa para as entidades privadas, mas desde que recebam “subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais”, ou para cuja “criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual”, atrairiam automaticamente a aplicação dessa lei aos Serviços Sociais Autônomos vinculados a entes sindicais.

Contudo, como se demonstrará, essa interpretação restritiva não observa as características básicas, legais e jurisprudenciais, quanto ao caráter, a natureza dos recursos recebidos, e a autonomia gerencial e orçamentária das entidades, o que as diferencia e afasta do modelo de gestão da administração pública, fazendo com que sejam reconhecidas como prestadoras de serviços assistenciais de excelência.

1 Natureza e Regime Jurídico dos SSAs Vinculados a Entes Sindicais e Seus Recursos

De acordo com a doutrina da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro², os Serviços Sociais Autônomos vinculados a entes sindicais são entidades enquadradas como pertencentes ao terceiro setor, uma vez que não integram a estrutura da Administração Direta ou Indireta (primeiro setor), nem tampouco atuam visando a lucro no mercado (segundo setor), sendo inseridas no conceito de entidades paraestatais, pois são pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, em cooperação com o Estado.

A expressão “entidades paraestatais”, trazida por Di Pietro, muito embora corroborada por grandes administrativistas, como Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Melo e José dos Santos Carvalho Filho, não é pacífica na doutrina e jurisprudência, em especial após a decisão da Suprema Corte, em 2014, pois acaba por ensejar compreensões equivocadas quanto à natureza das instituições.

Em tratados mais recentes e **específicos** sobre os Serviços Sociais Autônomos vinculados a entes sindicais de grau superior, como é o caso da obra *Sistema S: fundamentos constitucionais*, o doutrinador Edvaldo Nilo de Almeida³ propõe uma conceituação para essas

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

³ ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. **Sistema S: fundamentos constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

entidades, já em conformidade com os parâmetros traçados pela Suprema Corte em 2014, sem enquadrá-las na condição de “entidades paraestatais”. Para o autor:

O conceito constitucional dos serviços sociais autônomos que se propõe é o de pessoa jurídica de direito privado sem finalidade lucrativa, destinada exclusivamente à promoção dos direitos sociais inscritos no art. 6º da Constituição Federal, criada por lei que preveja delimitação de sua atuação e de obtenção de recursos, detentora de participação equitativa dos setores sociais em seus órgãos de direção, com poder de autorregulamentação e autogestão de recursos, porém submetida para controle finalístico à fiscalização do Tribunal de Contas da União. (ALMEIDA, 2021, p. 414).

Jurisprudencialmente, a partir de 2014, como já mencionado, quando do julgamento do **RE n. 789.874/DF**, sob a sistemática da **Repercussão Geral (Tema 569)**, em decisão histórica para as entidades do chamado Sistema S, sepultando interpretações casuísticas em face dessas entidades, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de que os serviços sociais autônomos vinculados às entidades sindicais patronais de grau superior (criados na década de 1940) **ostentam natureza jurídica de direito privado, possuem patrimônio e receita próprios, patrocinados, basicamente, por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado.**

O citado julgado restou assim ementado:

Ementa: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA “S”. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE. NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF). 1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema “S”, vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho – SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 789874, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-227 DIVULG 18-11-2014 PUBLIC 19-11-2014 RTJ VOL-00234-01 PP-00275)

Ainda, como mote de extrema importância para as instituições e suas operações, a Corte Suprema definiu que as entidades, em virtude das características próprias, **possuem a prerrogativa de autogerir seus recursos, elaborar seus orçamentos e definir seu quadro de cargos e salários**, estando **sujeitas apenas ao controle finalístico pelo Tribunal de Contas da União – TCU**, o que significa dizer que o controle pela Corte de Contas deve se

dar apenas quanto a aplicação dos recursos das entidades nas atividades para as quais foram instituídas.

Especificamente quanto aos recursos geridos, a Suprema Corte tratou de assentar premissas conceituais básicas no sentido de reconhecer que o patrocínio das entidades de Serviço Social Autônomo vinculados a entes sindicais advém de contribuições recolhidas do próprio setor produtivo beneficiado pelas ações finalísticas daqueles, e, especialmente, que **esses recursos possuem natureza própria, de titularidade exclusiva das entidades, não transitando ou integrando, ainda que provisoriamente, os cofres públicos da União.**

De se destacar o zelo do Supremo Tribunal Federal ao diferenciar os Serviços Sociais Autônomos vinculados às entidades sindicais patronais de grau superior (criados na década de 1940), de outras entidades também denominadas Serviços Sociais Autônomos, mas criadas após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (tais como APEXBrasil, ABDI e APS), em virtude da diferente forma de estrutura institucional e em razão dos recursos geridos.

Conforme consolidado no julgamento do **RE n. 789.874/DF**, as denominadas novas entidades de Serviços Sociais Autônomos (APEXBrasil, ABDI e APS) são financiadas, majoritariamente, por **dotações orçamentárias consignadas no orçamento da própria União** e estão obrigadas a gerir seus recursos de acordo com os critérios, metas e objetivos estabelecidos em contrato de gestão, cujos termos são definidos pelo próprio Poder Executivo, estando, pois, a ele subordinadas.

Lado outro, como exposto, os Serviços Sociais Autônomos vinculados às entidades sindicais não estão sujeitos a esses requisitos, em razão, como dito, de gerirem recursos próprios, não advindos de “subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais”, ou mesmo integrantes do orçamento da União, que apenas realiza o serviço de arrecadação das verbas por intermédio da Receita Federal do Brasil, sendo por isso remunerada (§1º, do art. 3º, da Lei n. 11.457/07⁴):

Bem se vê, portanto, que ao contrário dos serviços autônomos do primeiro grupo, vinculados às entidades sindicais (SENAC, SENAI, SEST, SENAT e SENAR), os do segundo grupo (APS, APEX e ABDI) não são propriamente autônomos, pois sua gestão está sujeita a consideráveis restrições impostas pelo poder público, restrições

⁴ Art. 3º. As atribuições de que trata o art. 2º desta Lei se estendem às contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, na forma da legislação em vigor, aplicando-se em relação a essas contribuições, no que couber, as disposições desta Lei.

§ 1º. A retribuição pelos serviços referidos no caput deste artigo será de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) do montante arrecadado, salvo percentual diverso estabelecido em lei específica. (Grifo nosso).

que se justificam, sobretudo, porque são financiadas por recursos do próprio orçamento federal.

Tem-se, pois, que o STF vem firmando entendimento sólido e aprofundado sobre o regime jurídico das receitas compulsórias recebidas e administradas pelos Serviços Sociais Autônomos vinculados a entidades sindicais, afastando tais conceitos do âmbito jurídico da Administração Pública, e, via de consequência, do campo de tutela da Lei de Improbidade Administrativa.

2 Exclusão do Campo de Proteção da Lei de Improbidade Administrativa

Certo é que a Lei n. 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, em sua versão original, e com as alterações promovidas pela recente Lei n. 14.230/21, expressamente estende os efeitos da referida norma aos atos de improbidade praticados contra o patrimônio de **entidade privada**.

Contudo, a **norma é clara ao listar os pressupostos fundamentais sem os quais não se pode tutelar as entidades de natureza privada no âmbito da LIA**. É o que se extrai da redação dos parágrafos 6º e 7º, do art. 1º, da Lei n. 8.429/92:

Art. 1º. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

(...)

§ 6º. Estão sujeitos às sanções desta Lei os **atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada** que **receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais**, previstos no § 5º deste artigo.

§ 7º. Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os **atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada** para **cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual**, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (Grifos nossos).

Resta claro, pois, que somente se caracterizará a ocorrência de atos de improbidade administrativa contra o patrimônio de entidades privadas e, conseqüentemente, a responsabilização de seus gestores, na condição de agentes particulares, quando essas entidades receberem “**subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais**”, ou, ainda, quando os atos de improbidade forem praticados contra o patrimônio das entidades, para cuja “**criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual**”.

Com efeito, deve ser ressaltado, primeiramente, que a Lei de Improbidade Administrativa é norma que regulamenta atividade punitiva do Estado e, diante do princípio constitucional da legalidade estrita, e da segunda parte do inciso XXXIX, do art. 5º, da CR/88, as suas disposições devem ser interpretadas restritivamente, não sendo admitida sua aplicação nas hipóteses que não encontram tipificação plena no texto legal.

Dito isso, e conforme já exposto, tem-se que o patrimônio dos Serviços Sociais Autônomos vinculados a entes sindicais, como definido pelo Supremo Tribunal Federal, compõe-se, basicamente, de contribuições compulsórias arrecadadas do próprio setor produtivo beneficiado, de titularidade exclusiva dos entes, ou seja, verba esta não integrante do orçamento público, bem como de receitas de atividades próprias.

Não se trata, portanto, de verbas recebidas em caráter de **subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais**, ou mesmo que o **erário haja concorrido para o custeio desses entes**.

A propósito, é válido conceituar o que venha a ser subvenção de ente público ou governamental, a atrair a tutela da Lei de Improbidade Administrativa.

A **subvenção** se concretiza por meio da **concessão de dotação orçamentária**. Em outros termos, é necessário que exista prévia base orçamentária legal que vincule a subvenção à lei orçamentária, o que a diferencia das contribuições correntes, que são previstas em leis especiais. Assim, as respectivas leis de diretrizes orçamentárias – sejam da União, do Estado ou do Município – devem consignar disposições específicas para tratar das subvenções (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL)⁵.

Cumpra ressaltar que as **normas e procedimentos que precedem a concessão de subvenção são complexas e rígidas**, assim como os procedimentos após a formalização do processo, uma vez que a transferência não ocorre de maneira direta, sendo necessário firmar instrumentos negociais para concretização da concessão da subvenção, por meio de termos de convênio e outros. Além disso, caberá à empresa recebedora da subvenção prestar contas dos recursos recebidos, nos prazos e condições fixados nas respectivas legislações (OLIVEIRA)⁶.

⁵ FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de direito financeiro e tributário**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Em suma, **as subvenções caracterizam-se como a transferência de recursos oriundos do erário**, daí a intransponível necessidade de dotação orçamentária específica, para a consecução de políticas públicas sociais, ou de intervenção no domínio econômico, razão do rigor dos procedimentos a serem adotados para a concretização dos repasses (OLIVEIRA).

Nenhum desses requisitos e preceitos básicos vinculados ao conceito de subvenção previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal é aplicável aos SSAs vinculados a entes sindicais, uma vez que esses procedimentos não são adotados para o recebimento dos recursos que se prestam ao custeio dessas entidades.

Não se está a dizer que os SSAs vinculados a entes sindicais não possam receber subvenções pontuais em momentos específicos, o que pode atrair a proteção da Lei de Improbidade Administrativa, mas sim que as receitas compulsórias recebidas por essa instituição não se caracterizam como subvenção e estão fora do âmbito de tutela da LIA.

De igual modo, quanto aos demais pressupostos, quais sejam, o recebimento de **benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais**, ou a **concorrência do erário para o custeio desses entes**, tem-se que também não se aplicam aos SSAs vinculados a entes sindicais.

Os conceitos de benefícios ou incentivos, fiscais ou creditícios, podem ser extraídos da Lei Complementar n. 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, como sendo **instrumentos de política econômica, visando ao desenvolvimento de determinada região ou setor produtivo**.

Por certo, os Serviços Sociais Autônomos vinculados a entes sindicais por vezes fazem jus à imunidade tributária prevista na CR/88, bem como a normas isentivas, em razão da natureza jurídica que ostentam.

Contudo, tais normas não se confundem com os “benefícios ou incentivos, fiscais ou creditícios de entes públicos ou governamentais”, previstos na LIA, uma vez que tanto a imunidade constitucional como as isenções fiscais, concedidas em função de certos bens (isenção objetiva) ou de certas pessoas (isenção subjetiva), a que fazem jus os entes, **se dão em razão das atividades finalísticas desenvolvidas por essas entidades, e não de forma específica, como forma de política econômica**.

Como ocorre com as subvenções, e após o advento da Lei Complementar n. 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, a concessão de benefícios ou incentivos fiscais demanda o respeito a rígidos requisitos legais pelo ente público concedente, de forma a evitar a

desordenada outorga de benefícios a determinados setores econômicos, que pode acarretar desequilíbrio das contas públicas. Como expresso no art. 14 da citada lei, para a concessão de benefícios ou incentivos fiscais, o ente público deverá, por exemplo, **motivar o ato, estimar o impacto financeiro-orçamentário da medida e apresentar métodos de compensação financeira pela redução de receitas decorrentes do benefício ou incentivo concedido.**

Nada disso ocorre com os recursos próprios geridos pelo denominado Sistema S, que possui imunidades e isenções fiscais em decorrência das atividades sociais que desempenha, e não como ato discricionário de qualquer ente público.

Não há que se falar, ainda, que há **concorrência do erário para o custeio dos Serviços Sociais Autônomos vinculados a entes sindicais**, uma vez que, como exaustivamente exposto, a fonte de custeio maior desses entes são as contribuições compulsórias arrecadadas junto ao próprio setor produtivo beneficiado, de titularidade exclusiva das entidades, sem qualquer interferência do tesouro público, sendo certo que o simples fato de serem verbas de natureza tributária não possui o condão de qualificá-las como verbas públicas, na mesma linha do que ocorre com as contribuições destinadas aos conselhos profissionais, a título de exemplo.

Conclui-se, pois, que os SSAs vinculados a entes sindicais possuem legitimação constitucional para receber, em nome próprio, as suas contribuições, conforme previsto no artigo 240 da CR/88, de forma que suas receitas ordinárias não advêm de subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, dos entes públicos estatais, e não há concorrência do erário na formação de seus patrimônios, o que afasta por completo a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa para tutela do patrimônio dessas instituições.

Nesse sentido:

Administrativo. Constitucional. Improbidade Administrativa. SESC. Natureza Jurídica. Pessoa Jurídica de Direito Privado. Não Integrante da Administração Pública. Precedentes do STF. Inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa.

1. O SESC é integrante do denominado sistema "S", vinculado a entidades patronais de grau superior e patrocinado basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública.

2. Tratando-se de entidade que faz parte do sistema "S", não deve ser aplicada a Lei de Improbidade Administrativa e nem a Lei de Licitações.

3. Isto posto, ante o acima exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento para manter a sentença apelada em todos os seus termos. O Órgão Ministerial Superior, por entender desnecessária sua intervenção, não emitiu parecer de mérito.

Por fim, ao se analisarem as próprias atribuições constitucionais do Ministério Público, titular da Ação de Improbidade Administrativa (art. 7º, da LIA), bem como aquelas previstas em sua Lei Orgânica Nacional (art. 25, da Lei n. 8.625/93), percebe-se que a tutela atribuída ao referido Órgão se refere ao patrimônio público da administração direta e indireta e das entidades privadas de que estas participem. Não há menção expressa às entidades privadas em que não há patrimônio advindo da administração direta ou indireta, como já demonstrado. Há de se esclarecer que a impossibilidade de tutela do patrimônio dos Serviços Sociais Autônomos vinculados a entes sindicais, por meio da Lei de Improbidade Administrativa, não implica a total ausência de controle ou fiscalização da atuação dos gestores dessas entidades, que continuam sujeitos às sanções da Lei Civil e Penal pátrias.

Conclusão

De acordo com os parâmetros definidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, consolidou-se o conceito de que os Serviços Sociais Autônomos vinculados às entidades sindicais patronais ostentam natureza jurídica de direito privado, possuem patrimônio e receita próprios, patrocinados, basicamente, por recursos recolhidos do setor produtivo beneficiado por suas atividades. Por conta disso, possuem a prerrogativa de autogerir seus recursos, elaborar seus orçamentos e o seu quadro de cargos e salários, de forma livre e desembaraçada, sujeitos apenas ao controle finalístico de suas ações pelo Tribunal de Contas da União.

Tais parâmetros, por certo, especialmente quanto ao regime jurídico dos recursos geridos, com legitimação constitucional no art. 240 da Carta Magna, **não advindos de benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais**, ou mesmo com a **concorrência do erário na sua formação**, afastam por completo o âmbito de tutela da Lei de Improbidade Administrativa, ante a ausência de previsão legal nesse sentido, bem como em função da impossibilidade constitucional de ampliação interpretativa de norma de caráter punitivo.

Assim, conclui-se pela inadequação da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa para fins de proteção das receitas compulsórias dos Serviços Sociais Autônomos vinculados a entes sindicais, considerando a natureza de seus recursos, formados, ordinariamente, por contribuições que a CR/88 atribui como próprias e que não ingressam no erário público, além

do fato de que, conforme entendimento do STF, possuem autonomia administrativa e orçamentária, sujeitando-se apenas ao controle finalístico do TCU.

Poliana Oliveira Fonseca é Gerente Jurídica do Serviço Social do Comércio – Sesc/MG. Especialista em Direito Administrativo pela UFMG e em Direito Público pela PUC/MG.

Tiago Henrique Simões Copati é Advogado Sênior no Serviço Social do Comércio – Sesc/MG. Especialista em Direito Tributário e Administrativo pela PUC/MG.