



Ricardo Garcia: “Sistema S” e a sujeição passiva à Lei Anticorrupção

Introdução

A Lei 12.846/2013, mais conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), representou um avanço legislativo na repressão e no combate à corrupção. A norma tem a missão de suprir uma lacuna no âmbito da responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção nas suas relações com o poder público.

Em seu desiderato, o legislador identificou tanto os sujeitos ativos quanto os sujeitos passivos dos atos tidos como lesivos à Administração Pública ou atos tidos como corruptos. Entretanto, atualmente existe grande discussão acerca da abrangência tanto da sujeição ativa, quanto da sujeição passiva dos atos lesivos previstos na LAC.

No que tange à sujeição ativa do ato lesivo, embora o caput do art. 1º faça menção de que a lei será aplicada em face de “pessoas jurídicas” – dando a entender que qualquer pessoa jurídica poderia cometer os atos ilícitos previstos na norma –, ao especificar essas “pessoas jurídicas”, o parágrafo único do art. 1º fez referência apenas às sociedades, às associações e às fundações, deixando de referenciar os partidos políticos, as entidades religiosas e as empresas individuais de responsabilidade limitada (Eirelis).

Essa técnica legislativa fez surgir grandes dúvidas se esses tipos de pessoas jurídicas não mencionadas no parágrafo único do art. 1º estariam abrangidos ou não na sujeição ativa da LAC. Hoje não há consenso na doutrina acerca da abrangência da sujeição ativa da Lei Anticorrupção.

Se por um lado não há dúvidas de que as sociedades, as associações e as fundações podem ser responsabilizadas pela Lei Anticorrupção, por outro lado há grande divergência doutrinária quanto à possibilidade de responsabilização dos partidos políticos, das entidades religiosas e das empresas individuais de responsabilidade limitada (Eirelis).

Sobre a divergência apontada, existe apenas o enunciado da Comissão de Coordenação de Correição (CCC)[\[1\]](#), unidade do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, afirmando que a LAC é aplicável às Eirelis, sem contudo fazer qualquer referência quanto aos partidos políticos e às entidades religiosas.

No que se refere à sujeição passiva dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção também há uma série de divergências quanto às pessoas que podem ser vítimas de ato lesivo previsto na LAC.

Se por um lado não há dúvidas de que os órgãos e entidades da administração direta e indireta de qualquer dos poderes e de qualquer das esferas de governo estão englobados na sujeição passiva do estatuto anticorrupção, por outro lado há divergências doutrinárias quanto à sujeição passiva de entidades que atuam junto à administração pública tais como: organizações sociais (OS); organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips); entidades paraestatais; entidades que compõe o chamado Serviços Sociais Autônomos; concessionárias de serviços públicos; consórcios públicos; Sociedades de Propósito Específicos (SPEs) cujo parte do capital social seja composto por empresas públicas ou sociedades de economia mista; etc.

Apresentada a divergência doutrinária existente sobre a abrangência da sujeição passiva e ativa dos atos

lesivos previstos na lei anticorrupção, este artigo se propõe a analisar especificamente a possibilidade de se incluir as entidades do chamado serviço social autônomo, ou entidades do “Sistema S”, na abrangência subjetiva da LAC.

1. Abrangência subjetiva da lei anticorrupção

Inicialmente, cabe fazer uma análise de quem se submete à sujeição passiva dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção. Nesse sentido, o caput do art. 1º da Lei 12.846/13 traz a figura da “administração pública nacional ou estrangeira”[\[2\]](#) como sujeitos passivos dos atos ilícitos.

No que se refere ao conceito de administração pública estrangeira, este restou assentado no § 1º do art. 5º da seguinte forma:

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

O §2º equiparou as organizações públicas internacionais – tais como ONU, OEA, OCDE e OMS – ao conceito de administração pública estrangeira, e o §3º apresentou o conceito de agente público estrangeiro.

Então, como se vê, o termo “administração pública estrangeira” restou muito bem conceituado no âmbito da LAC. O mesmo não se pode afirmar quanto ao conceito de administração pública nacional. É que a Lei Anticorrupção optou por não definir o termo, exigindo-se, dessa forma, interpretação sistemática dos conceitos existentes em outras normas e aceitas pela doutrina do Direito Administrativo brasileiro.

2. Conceito de administração pública nacional

Isto posto, faz-se necessário definir o conceito de “administração pública nacional” para, ato contínuo, verificar se é possível enquadrar as entidades do “Sistema S” nesse conceito. Partindo-se para a doutrina, José dos Santos Carvalho Filho[\[3\]](#) este divide administração pública em sentidos objetivo e subjetivo, conceituação semelhante à de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[\[4\]](#) e de Lucas Furtado Rocha[\[5\]](#).

Administração em sentido objetivo ou funcional constitui a própria atividade administrativa exercida pelo Estado por seus órgãos e agentes caracterizando a função administrativa. Já em sentido subjetivo ou orgânico pode ser definida como conjunto de pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções públicas da atividade estatal, a função administrativa.

275207873.

Filho aponta ainda que os órgãos e agentes que integram as entidades estatais são os entes federativos (União, estados, municípios e Distrito Federal), existindo, contudo, outras pessoas jurídicas incumbidas de execução de função administrativa e que se incluem no sentido de administração pública, quais sejam: autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas, as quais formam a chamada “administração indireta”[\[6\]](#).



Partindo-se para uma análise legislativa, temos que a própria Constituição Federal, em seu art. 37, caput, dividiu a administração pública em direta e indireta, indicando a recepção do Decreto-Lei 200/67, o qual, por sua vez, definiu em seu art. 4º que a administração federal compreende a administração direta e a indireta, esta última subdividindo-se em autarquias; empresas públicas; sociedades de economia mista e fundações públicas[7].

Como se vê, tanto a legislação pátria quanto a doutrina, esta última se referindo à administração pública no sentido subjetivo ou orgânico, entende que se divide em administração direta e indireta, essa última formada pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Chama-se atenção que, em que pese a Lei 12.846/13 ter deixado de conceituar a “administração pública nacional”, esta restou conceituada ao menos na exposição de motivos do projeto de lei encaminhado à Presidência da República em outubro de 2010[8] da seguinte forma:

6. Nesse cenário, torna-se imperativa a repressão aos atos de corrupção, em suas diversas formulações, praticados pela pessoa jurídica contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Observe-se que a Administração Pública aqui tratada é a Administração dos três Poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário – em todas as esferas de governo – União, Distrito Federal, estados e municípios -, de maneira a criar um sistema uniforme em todo o território nacional, fortalecendo a luta contra a corrupção de acordo com a especificidade do federalismo brasileiro.

Isto posto, parece condizente com a legislação e a doutrina pátria limitar o conceito de “administração pública nacional” insculpido no caput do art. 1º da LAC à definição de administração direta e indireta delineada no art. 4º do Decreto lei 200/67.

3. Classificação das entidades do “Sistema S”

Delineada a abrangência do conceito de “administração pública nacional” em administração direta e indireta, se faz necessário fazer a classificação das entidades do “Sistema S” a fim de aferir se estas podem ser consideradas pessoas jurídicas da administração indireta. Nesse sentido, insta investigar a natureza jurídica das entidades do “Sistema S”.

O site do Senado Federal tem a seguinte definição para as entidades do “Sistema S”[9]:

conjunto de organizações das entidades corporativas voltadas para o treinamento profissional, assistência social, consultoria, pesquisa e assistência técnica, que além de terem seu nome iniciado com a letra S, têm raízes comuns e características organizacionais similares. Fazem parte do sistema S: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai); Serviço Social do Comércio (Sesc); Serviço Social da Indústria (Sesi); e Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac). Existem ainda os seguintes: Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar); Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (Sescoop); e Serviço Social de Transporte (Sest).



Para Hely Lopes Meirelles, os serviços sociais autônomos são conceituados como “todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais”[\[10\]](#).

Segundo Horácio Augusto Mendes de Sousa[\[11\]](#), os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, criadas a partir de autorização em lei, que têm por objetivo a prestação de uma atividade, de natureza pública, embora não estatal, cujo custeio advém de contribuições parafiscais compulsórias das categorias econômicas e profissionais pertinentes.

Não é diferente a posição do Supremo Tribunal Federal que, em sede do RE 789.874/DF, entendeu por unanimidade que entidades do “Sistema S” não estão obrigadas a realizar concurso público.

Na oportunidade, o saudoso relator Teori Zavascki sustentou que as entidades que compõem os serviços sociais autônomos, por possuírem natureza jurídica de direito privado **e não integrarem a administração indireta**, não estão sujeitas à regra prevista no artigo 37, inciso II da Constituição Federal, mesmo que desempenhem atividades de interesse público em cooperação com o Estado.

O eminente relator explicou ainda que os primeiros entes do sistema – Sesi, Senai, Sesc e Senac – foram criados por lei na década de 1940, a partir de iniciativa estatal que conferiu às entidades sindicais patronais a responsabilidade de criar entidades com natureza jurídica de direito privado destinadas a executar serviços de amparo aos trabalhadores, tendo como fonte de financiamento uma contribuição compulsória sobre a folha salarial[\[12\]](#).

Finalmente, a Controladoria-Geral da União, ao se manifestar sobre as entidades do “Sistema S”, apontou que

“os Serviços Sociais Autônomos, também chamados de Sistema ‘S’, são entidades criadas por lei, de regime jurídico de direito privado, sem fins lucrativos, e foram instituídas para ministrar assistência ou ensino a determinadas categorias sociais, tendo autonomia administrativa e financeira. No cumprimento de sua missão institucional estão ao lado do Estado.

Embora sejam criados por lei, não integram a Administração Pública Direta ou Indireta, contudo, por administrarem recursos públicos, especificamente as contribuições parafiscais, devem justificar a sua regular aplicação, em conformidade com as normas e regulamentos emanados das autoridades administrativas competentes”.[\[13\]](#)

Como se pode observar dos conceitos doutrinários e jurisprudenciais supracitados, os serviços sociais autônomos são criados por lei (ou têm sua criação autorizada por expressa disposição legal), possuem personalidade de direito privado e não têm fins lucrativos.

Atuam ao lado do Estado, mediante o desempenho de atividades não lucrativas, não integrando a administração direta (União, estados, municípios e Distrito Federal), nem a indireta (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas).

Infere-se, portanto, que referidas entidades não se confundem com o Estado, tampouco integram a estrutura deste, atuando em cooperação com o Poder Público para o desempenho de atividades de relevante interesse público e social.

Logo, se não é possível enquadrar as entidades do “Sistema S” no conceito de “administração pública nacional”, defende-se que essas entidades não podem ser enquadradas no rol de sujeitos passivos dos atos lesivos previstos na Lei 12.846/13, não podendo, portanto, instaurar o processo administrativo de responsabilização nem tampouco aplicar as sanções previstas na LAC.

4. Posições doutrinárias divergentes

Oportuno ainda registrar que existem entendimentos doutrinários contrários ao acima esposado, no sentido de que determinadas pessoas jurídicas, ainda que não integrantes do conceito de “administração pública nacional”, estariam integradas no rol de sujeitos passivos dos atos lesivos previstos na LAC e, portanto, seriam legitimados a instaurar o processo administrativo de responsabilização e consequentemente aplicar as sanções administrativas previstas na Lei 12.846/13.

Inicialmente, Márcio de Aguiar Ribeiro^[14] defende a extensão da abrangência da sujeição passiva da Lei Anticorrupção a partir do diálogo de fontes entre a LAC e a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), sob o argumento de que ambos os diplomas versam sobre moralidade administrativa e combate à corrupção, no sentido de contemplar também os atos lesivos contra entidades cuja criação ou custeio o erário haja concorrido para formação do patrimônio e/ou receita anual.

É que a Lei de Improbidade Administrativa prevê como sujeitos passivos empresas e entidades que não se enquadram no conceito “administração pública nacional”. Os sujeitos passivos do ato de improbidade conforme art. 1º da lei de improbidade administrativa são:

- administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios, de território;
- empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; e
- entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Partindo-se para os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Oliveira, “em virtude da parceria formal e do recebimento de vantagens por parte do Estado, as entidades do Terceiro Setor encontram-se abrangidas pelo art. 1º da Lei 8.429/92 e podem ser sujeitos passivos da improbidade administrativa”.

Especificamente em relação aos serviços sociais autônomos, os autores defendem que “o recebimento de contribuições sociais justifica qualificá-los como sujeitos passivos do ato de improbidade”.

Logo, associando o entendimento de Márcio de Aguiar Ribeiro no sentido de que deveria ser estendida a abrangência da sujeição passiva da Lei 12.846/13 à abrangência da sujeição passiva da lei de



improbidade administrativa ao entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Oliveira no sentido de que os serviços sociais autônomos são sujeitos passivos do ato de improbidade, teríamos o resultado lógico de que as entidades do “Sistema S” seriam sim sujeitos passivos dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção.

No mesmo sentido e ainda mais direto foi Horácio Augusto Mendes de Sousa ao defender a sujeição passiva das entidades do terceiro setor em face dos atos lesivos previstos na LAC.

Adicionalmente, o autor se vale dos princípios constitucionais da moralidade administrativa, da boa-fé e controle nos atos e parcerias estatais com entidades do terceiro setor alegando que ao gerir recursos e patrimônio públicos, essas entidades podem ser consideradas “administração pública”, quando da gestão desses bens e recursos para fins de incidência do marco regulatório anticorrupção.

Adicionalmente, o autor ainda aponta ser possível estender às entidades do terceiro setor, por analogia legal, a mesma disciplina da Lei de Improbidade Administrativa, que também considera vítima dos atos ímprobos as entidades privadas que recebam recursos públicos, como é o caso do terceiro setor.

Com a devida vênia aos ilustres autores, há uma enorme dificuldade em se trabalhar com analogia legal à LIA no campo do direito administrativo sancionador, ainda mais com o fito de ampliar a sujeição passiva prevista na LAC, muito embora em outros ramos do Direito Administrativo (com exceção ao sancionador) a analogia possa ser sim considerada uma de suas fontes.

É que o Direito Administrativo sancionador possui princípios próprios do direito sancionador tais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, legalidade estrita, irretroatividade da norma sancionatória dentre outros. Dada essa característica especial, e em especial o princípio da legalidade estrita é que não se aceita a analogia como fonte do direito administrativo sancionador.

É fato que o legislador previu sujeição passiva mais abrangente para a Lei de Improbidade quando comparada com a Lei Anticorrupção. Entretanto essa foi a escolha legislativa. Chama-se atenção que a segunda norma é de 2013, enquanto que a primeira é de 1992. Caso o legislador quisesse identidade entre os sujeitos passivos nas duas normas, bastava ter copiado na LAC a definição dos sujeitos passivos já pontuados na Lei de Improbidade.

Ademais, do ponto de vista pragmático, há uma dificuldade formal e intransponível que impede que as entidades do “Sistema S” possam a vir a instaurar o processo administrativo de responsabilização previsto na Lei 12.846/13. É que lhes falta competência legal.

O artigo 8º da LAC aponta os sujeitos com competência para a instauração e julgamento de eventual processos administrativos de responsabilização. Nesse sentido vale a transcrição da norma:

Art. 8º. A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.



Ora, apenas a autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é que detém a competência legal para instaurar e julgar um processos administrativos de responsabilização.

Então, se as entidades do “Sistema S” são autônomas, não pertencentes à administração direta ou indireta, e, conseqüentemente, não pertencem aos três poderes. Logo, lhes falta competência legal para instauração e julgamento do processo administrativo de responsabilização instituído pelo estatuto anticorrupção.

Então, eventual processos administrativos de responsabilização instaurado por uma das entidades do “Sistema S” seria nulo por vício insanável de competência, haja vista esse vício não ser passível de convalidação.

5. Conclusões

Os sujeitos passivos dos atos lesivos tipificados na Lei Anticorrupção são a “administração pública nacional e estrangeira”. A norma apresentou o conceito de “administração pública estrangeira”, deixando de conceituar o termo “administração pública nacional”, exigindo do operador da norma uma interpretação sistemática dos conceitos existentes em outras normas e aceitas pela doutrina do direito administrativo brasileiro.

Partindo-se para a legislação e para a doutrina, entende-se possível limitar o conceito de “administração pública nacional” às pessoas discriminadas no art. 4º do Decreto lei 200/67, às quais compreendem a Administração Direta e a Indireta, esta última subdividindo-se em autarquias; empresas públicas; sociedades de economia mista e fundações públicas.

Analisando a natureza jurídica das entidades do “Sistema S”, verificou-se não ser possível classificá-las como “administração pública nacional”, por não pertencerem nem à administração direta e nem à administração indireta.

Em que pese a existência de posições doutrinárias contrárias ao entendimento deste artigo, entende-se não ser possível a utilização de analogia legal para ampliação a abrangência da sujeição passiva prevista na Lei Anticorrupção a fim de igualá-la à sujeição passiva da lei de improbidade administrativa.

Ademais, do ponto de vista pragmático falta competência legal às entidades do “Sistema S” para instaurar e julgar processos administrativos de responsabilização.

[1] Enunciado CGU n.º 17 de 11 de setembro de 2017 – pode ser visualizado em: <
<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao/enunciados-e-demais-documentos-aprovados>>

[2] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas



pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

[3] FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 9

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo. 19ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 68

5.
FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007
P. 150 – No caso de Furtado, ele utiliza os conceitos de Administração Pública em sentido orgânico e em sentido funcional, mas que correspondem aos conceitos de Administração Pública em sentido subjetivo e objetivo dado por José dos Santos Carvalho Filho.

[6] FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10

[7] Segundo o DL 200/67, a administração direta se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Já a administração indireta compreende entidades dotadas de personalidade jurídica própria.

[8] EMI nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU de 23/10/2009.

[9] <<http://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/sistema-s>> – visualizado em 11/09/2017

[10] MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 346.

[11] SOUSA, Horácio Augusto mendes de. A lei anticorrupção e a análise dos atos lesivos no âmbito das parcerias da administração pública com o terceiro setor. In: Souza, Jorge Munhós de; Queiroz, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 131

[12] RE 789874/DF – notícia pode ser visualizada em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=275380>>

[13] CGU. Entendimentos do Controle Interno Federal sobre a Gestão dos Recursos das Entidades do Sistema "S". Brasília: CGU, Ed. Revisada 2013. p. 4. Disponível em: <
<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/sistemas.pdf>>. Visualizado em:



11/09/2017.

[14] RIBEIRO, Márcio de Aguiar, Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum conhecimento jurídico, 2017. p.38

Date Created

16/10/2017