Fernando Mânica: Bens repassados a OSs são impenhoráveis

Por meio dos Contratos de Gestão, entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais (OSs) recebem apoio estatal para a prestação de serviços de interesse público. Conforme prescreve a Lei Federal 9.637/98, para o cumprimento do Contrato de Gestão podem ser destinados às OSs recursos orçamentários e bens públicos (artigo 12), além de ser facultada a cessão especial de servidor, com ônus para a origem (artigo 14).

O Contrato de Gestão configura, portanto, ajuste complexo que disciplina a conjugação de esforços para o alcance de interesses comuns e de natureza pública. Por esta razão, ainda que seja preservada parte de sua autonomia privada, as OSs submetem-se a uma série de sujeições tipicamente incidentes sobre a Administração Púbica. A mais importante deles refere-se ao dever de prestação de contas de suas atividades.

Em contrapartida, as OSs possuem algumas prerrogativas voltadas à proteção dos serviços por elas prestados em prol da coletividade. Dentre elas, encontra-se o direito ao repasse pontual e integral dos recursos orçamentários previstos para a execução da parceria (artigo 12, §1º).

Acontece que, com a crise econômica e financeira dos últimos anos, esta proteção tem sido constantemente desrespeitada por grande parte os entes federativos. Neste cenário, é de ainda maior importância uma prerrogativa de segundo grau, também essencial ao modelo de gestão por OSs. Trata-se da garantia de impenhorabilidade dos recursos recebidos por repasse dos entes federativos.

A proteção contra a penhora de bens e valores públicos das OSs é essencial ao modelo por uma questão lógica. Por tratar-se de entidades sem fins lucrativos e dependentes de recursos públicos, as OSs não possuem capacidade financeira para fazer frente ao inadimplemento estatal. Deve-se ressaltar, nessa medida, que ao contrário dos contratos administrativos e dos contratos de concessão, nos Contratos de Gestão o parceiro privado atua como mero gestor de recursos públicos e não como financiador da atividade objeto da parceria.

Não obstante, a garantia contra a penhora de bens e recursos públicos gerenciados por OSs também tem sido constantemente violada. Tem sido comum, em especial na esfera trabalhista, o bloqueio de contas correntes de OSs, como forma de garantir determinado crédito laboral. Ocorre que, na maioria das vezes, as contas objeto de bloqueios são vinculadas a outros Contratos de Gestão, celebrados para a prestação de serviços públicos com outros entes federativos. Deste modo, os recursos bloqueados integram o patrimônio de outras pessoas políticas, que também transferiram sua gestão a uma OS.

A questão é grave, atual e tem posto em risco a continuidade da prestação de serviços sociais e a própria existência de Organizações Sociais interfederativas. Deste modo, a necessidade de aprofundamento no estudo do Direito aplicável ao caso, bem como a análise do entendimento jurisprudencial, em especial na esfera trabalhista, é imprescindível.

Em primeiro lugar, deve-se rememorar que a satisfação dos direitos essenciais à dignidade humana depende de um substrato material, formado pelo conjunto de bens públicos.[1] Nesse passo, a incidência do regime de direito público, bem como a caracterização de bens cujo propósito é voltado ao interesse social, torna-os inalienáveis e impenhoráveis. Daí a proteção dada pelo artigo 100 do texto constitucional, que impede a penhora de bens públicos ao prever sistema de pagamento via precatórios.[2]

Considerando que as OS possuem natureza privada e não estatal, elas não usufruem o benefício do regime de precatórios em relação a seus bens pessoais. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a natureza pública dos bens e recursos repassados pelos entes federativos para a execução dos serviços trespassados às OSs na área social. Portanto, sendo públicos os bens e recursos gerenciados pelas OSs, estão os mesmos constitucionalmente protegidos de qualquer constrição judicial.

Tal compreensão remonta à clássica lição de Hely Lopes Meirelles. Segundo o autor, embora os bens repassados às entidades privadas possuírem "destinação especial e administração particular", sua natureza continua sendo pública, pois são destinados à consecução de serviços do Estado. Eis o entendimento do autor acerca das paraestatais:

> A origem e a natureza total ou predominante desses bens continuam públicas; sua destinação é de interesse público; apenas sua administração é confiada a uma entidade de personalidade privada, que os utilizará na forma da lei instituidora e do estatuto regedor da instituição. A destinação especial desses bens sujeita-os aos preceitos da lei que autorizou a transferência do patrimônio estatal ao paraestatal, a fim de atender aos objetivos visados pelo Poder Público criador da entidade[3].

O mesmo entendimento é compartilhado pela doutrina contemporânea já no contexto das OSs. Para Floriano de Azevedo Marques Neto, bens públicos repassados a entidades que celebram Contratos de Gestão com o Poder Público possuem natureza pública. Isso porque esses bens não integram o patrimônio da entidade, que detém apenas o direito a uso desses bens. Nas palavras do autor:

> A Lei 9.637/98 prevê a possibilidade de serem transferidos às OSs bens públicos, de modo a permitir que a entidade desempenhe as atividades que lhe foram atribuídas por meio do Contrato de Gestão. Nestes casos, ainda que a posse e a gestão destes bens passem para a OS, eles não perdem a característica de bens públicos[4].

Este articulista e Fernando Menegat também já tiveram a oportunidade de assim se manifestar sobre o tema, sustentando que "o critério para a configuração dos bens públicos é finalístico, e não orgânico: são bens públicos aqueles utilizados para satisfação de tarefas públicas, acometidas ao Estado por força do ordenamento jurídico (…)." [5]

Seguindo o mesmo raciocínio, os recursos orçamentários repassados para uma OS também mantêm sua natureza pública. Tal conclusão, além de lógica, já que as OS são meras gestoras de recursos repassados pelo Poder Público, é reforçada pela previsão constitucional, que exige a prestação de contas por toda entidade do terceiro setor que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens ou valores públicos. Eis o que diz a Constituição Federal:

> Artigo 70.
> (…)
> Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

O dispositivo supramencionado fundamenta o dever de prestação de contas pelas entidades do terceiro setor, como as OSs, que gerenciam bens, dinheiros ou valores públicos. Não por outro motivo, entende-se que o repasse de dinheiro para uma OS possui natureza de *transferência* e não de *remuneração* ou *contraprestação* (como acontece nos contratos administrativos e nos contratos de concessão).

Ao contrário da remuneração ou contraprestação, na transferência a natureza do recurso permanece pública, de modo que a entidade privada age como mera gestora de tais valores. Por esta razão, a OS é obrigada a prestar contas, nos termos do dispositivo acima colacionado. Desse modo, enquanto os recursos recebidos por empresas como pagamento pela prestação de serviços assumem a natureza de recursos privados (o que afasta o dever de prestação de contas), por outro lado, os recursos recebidos pelas OSs por meio de transferência mantêm a qualidade de recursos públicos (o que atrai o dever de prestação de contas).

O raciocínio daí decorrente é simples. A destinação de bens públicos a uma OS não transforma tais bens em bens privados; do mesmo modo, a destinação de recursos orçamentários a uma OS não transforma tais valores em valores privados.

Ressalta-se que este entendimento foi expressamente acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, na decisão em que considerou constitucional a Lei federal das Organizações Sociais (Lei 9.637/98). No voto vencedor do ministro Luiz Fux, há diversas passagens em que é reconhecida expressamente a natureza pública dos bens repassados pelo Poder Público em decorrência de Contratos de Gestão com OSs:

> "Por *receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos*, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, artigo 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei 9.637/98, artigo 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais *para o dispêndio de recursos públicos*".
>
> "Além disso, as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, *caso façam mau uso dos recursos públicos".*
>
> "(iv) os *contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos*, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do artigo 37 da CF (…)".[6]

Nessa esquadra, ainda que o artigo 100 da Constituição Federal preveja que o pagamento por precatórios deva ocorrer no caso de débitos das Fazendas Públicas Federal, estaduais, distrital e municipais, o dinheiro público repassado para uma OS mantém sua natureza pública e sua afetação à prestação de um serviço, razão pela qual segue impenhorável. A gestão por OS não retira o caráter e a propriedade pública dos recursos e tampouco dos bens por ela gerenciados. Não restam dúvidas, portanto, de que eventual penhora de bens ou de dinheiro públicos gerenciados por uma OS afronta diretamente preceito veiculado no artigo 100 da Constituição Federal, que protege não a saúde econômica da OS, mas o ente federativo titular dos bens e valores repassados.

Em segundo lugar, para além da proteção constitucional que atinge especificamente as OSs, dada a natureza de sua relação com o Poder Público, a legislação federal traz outra garantia contra a penhora de recursos voltados à aplicação na área social. Trata-se da previsão constante do Código de Processo Civil – CPC, que determina a impenhorabilidade de verbas públicas recebidas por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde e assistência social. Eis o que dispõe o dispositivo em tela:

> Artigo 833.
> São impenhoráveis:
> (…)
> IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;[7]

Aliás, este preceito legal, apesar de não integrar a legislação trabalhista, deve ser observado por todas as esferas de jurisdição, inclusive pela Justiça do Trabalho. Isso porque, ante a inexistência de norma específica sobre o tema na legislação laboral, incide o tratamento dado pelo artigo 15 do CPC, segundo o qual, "na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou

administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente". Como se não bastasse, tal dispositivo segue determinação já consagrada nos artigos 8º e 769 da própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, bem como no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB, que adotam a mesma orientação.

Nesse plano, além da impenhorabilidade constitucional dos bens e valores públicos gerenciados a uma OS, a legislação federal reitera e densifica tal proibição em relação a todas as entidades sem fins lucrativos (instituições) que recebem recursos para aplicação nas áreas da educação, saúde e assistência social.

No entanto, conforme acima apontado, tem sido comum o bloqueio de valores repassados por um ente federativo a uma OS, para a garantia de débitos trabalhistas originários de outra parceria. A história é simples e se repete em todo o país: (i) um ente federativo deixa de realizar repasses a uma OS; (ii) o inadimplemento gera passivo trabalhista, cível e fiscal; (iii) reclamatórias trabalhistas tramitam celeremente e são executadas antes de a OS obter êxito no recebimento dos valores não repassados pelo ente federativo inadimplente; (iv) recursos de outros entes federativos que possuem Contrato de Gestão com a OS são bloqueados via Bacenjud.

Em tais hipóteses, cumpre à OS demonstrar ao juízo os pressupostos de fato e de direito que conduzem à inconstitucionalidade e à ilegalidade da constrição. Para tanto, além da argumentação acima sintetizada, cabe à entidade lesada, o ônus de comprovar a natureza pública dos valores bloqueados (fundamento constitucional), bem como sua vinculação à aplicação obrigatória nas áreas de educação, de saúde ou de assistência social (fundamento legal). Para tanto, são úteis os seguintes documentos:

1 – Estatuto social: demonstrando finalidade e atuação social da entidade.
2 – Extrato bancário: apresentando depósito advindo do Poder Público e o bloqueio;
3 – Contrato de Gestão: demonstrando seu objeto na área da educação, saúde ou assistência social;
4 – Comprovação de que a conta bloqueada é vinculada ao Contrato de Gestão, o que pode ocorrer, por exemplo, por meio de declaração do gestor responsável indicando a conta corrente específica da parceria.

Com tais documentos, não resta outra alternativa ao Poder Judiciário trabalhista senão reconhecer a impenhorabilidade dos valores bloqueados e determinar sua imediata liberação. Considerando que os direitos sociais em referência são pilares estruturantes da dignidade da pessoa humana, concretizados pela atuação pública via OSs, a liberação dos valores costuma ser de absoluta urgência. Por este motivo, o Poder Judiciário tem determinado o desbloqueio imediato de valores, especialmente por meio de liminares em Mandado de Segurança.[8]

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu pelo cabimento de Mandando de Segurança na hipótese ora tratada, afastando expressamente a incidência de Orientação Jurisprudencial em sentido contrário.[9]

Como arremate, deve-se consignar que o reconhecimento da impenhorabilidade de recursos repassados pelo Poder Público a OSs pelo Poder Judiciário trabalhista não implica proteção à entidade e desassistência ao trabalhador. Pelo contrário, significa (i) respeito ao pacto federativo, (ii) observância à proteção constitucional dos bens públicos e (iii) cumprimento à legislação processual que blinda da penhora os recursos destinados à aplicação em educação, saúde e assistência social.

Em decorrência de todo o exposto é possível concluir que: (i) a responsabilidade por débitos trabalhistas decorrentes da falta de repasse de recursos a uma OS é do respectivo ente federativo, de modo que eventual penhora deve recair nos autos em que a entidade cobra seu crédito;[10] (ii) em caso de demora no desbloqueio de valores indevidamente constritos, é responsabilidade do ente federativo parceiro da OS, cujos valores foram indevidamente bloqueados, aforar a medida judicial competente para, como os mesmos argumentos acima elencados, obter a imediata liberação dos valores bloqueados.

---

1 Nesse sentido, por todos: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1162.

2 artigo 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 520.

4 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 194.

5 MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. Teoria Jurídica da Privatização: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no Direito brasileiro (Coleção Temas Polêmicos do Ordenamento Jurídico Brasileiro, vol. 1), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 93.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015 – g.n.

7 Este dispositivo já era previsto no antigo Código de Processo Civil de 1973, que trazia a mesma redação em seu artigo 649, inciso IX.

8 A título de exemplo, o TRT-1, no Rio de Janeiro, recentemente concedeu medida liminar nos seguintes termos: "RECURSOS PÚBLICOS. IMPENHORABILIDADE. artigo 833 IV DO CPC/15. (…) O que a prova documental demonstra é que a penhora recaiu sobre recursos públicos, recebidos por instituições privadas, para aplicação compulsória em saúde, fato suficiente para atrair a incidência do artigo 833, IX, do CPC: artigo 833. São impenhoráveis: (…) IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; portanto, defere-se a liminar para determinar a liberação ao Impetrante do valor bloqueado na conta-corrente (…)" – (TRT-1 – MS: 0101518-54.2018.5.01.0000, Relator: Giselle Bondim Lopes Ribeiro, Publicação: 13/09/2018).

9 NA decisão o TST reconheceu que os contornos fáticos e jurídicos demandavam exceção à regra geral do não cabimento de Mandado de Segurança em situações passíveis de discussão por outra via recursal: "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO PROFERIDO NA VIGÊNCIA DO CPC DE 2015. ENTIDADE FILANTRÓPICA SEM FINS LUCRATIVOS CONSIDERADA DE UTILIDADE PÚBLICA. PENHORA DE RECURSOS PÚBLICOS DO SUS DESTINADOS À IMPETRANTE PARA APLICAÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE. ABUSIVIDADE. I – Pelo ângulo da alegada preliminar de inadequação da via eleita, imperioso assinalar que, embora a OJ nº 92 da SBDI-2 preconize ser incabível mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição, esse entendimento tem sido contemporizado em algumas circunstâncias, especialmente quando o ato de constrição possa se revelar altamente prejudicial, como ocorre nas determinações de penhora de numerário de instituições que prestam serviços na área da saúde. (…) VI – Considerando que os extratos bancários anexados aos autos mostram que o bloqueio judicial incidira diretamente sobre recursos públicos destinados a aplicação na área de saúde, não se mostra razoável a ordem de constrição de créditos da recorrida por conta da impenhorabilidade desses recursos prevista no artigo 883, inciso IX, do CPC de 2015, (…) VIII – (…) A propósito, imperioso ressaltar que a não consumação do ato de liberação do numerário penhorado advém prejuízo não só de ordem patrimonial, mas principalmente de ordem jurídica, resultante da invocada observância da norma do artigo 883, inciso IX, do CPC de 2015, sem contar o prejuízo de ordem social, por colocar em risco a continuidade dos serviços prestados a comunidade atendida. IX – Resulta, assim, manifesta a abusividade do ato a exigir pronta reparação por meio da ação mandamental". (TST, RO 352-25.2016.5.09.0000, Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, DEJT 10/03/17).

10 Nesse ponto, vale transcrever, por analogia, o disposto na Lei n. 13.019/14, que disciplina a relação entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil: artigo 46 (…) §1º A inadimplência da administração pública não transfere à organização da sociedade civil a responsabilidade pelo pagamento de obrigações vinculadas à parceria com recursos próprios.

Copyright © 2023 Consultor Jurídico