

# Terceiro Setor e o Direito Administrativo

## Ponto n. 2 – Bases Constitucionais do Terceiro Setor



**PROFESSOR DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA**

---

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)  
São Paulo (SP), 24 de agosto de 2020.

# Sumário de aula

## 1. Bases Constitucionais do Terceiro Setor.

1. Princípios constitucionais e a importância para a caracterização do regime jurídico do Terceiro Setor e o Direito Administrativo.

2. Estado Democrático de Direito e Administração Pública Democrática: Princípio da Legitimidade

## 2. Princípio da Cidadania

## 3. Princípio da Solidariedade

## 4. Princípio da Liberdade de Associação

## 5. Princípio da Subsidiariedade

1. Sentidos da subsidiariedade.

2. Protagonismo das entidades privadas sem fins lucrativos nos segmentos que lhe são próprios.

## 6. Tributação e o Terceiro Setor

## 7. Aplicabilidade dos Princípios Administrativos ao Terceiro Setor

---

# **1. Bases Constitucionais do Terceiro Setor.**

---

# 1.1. Princípios constitucionais e a importância para a caracterização do regime jurídico do Terceiro Setor e o Direito Administrativo.

## **Noções gerais sobre os princípios**

- Enunciados amplos, vagos e abertos;
- Incorporam determinados valores, compreendidos como fundamentais em dado momento histórico da sociedade;
- Incidem sempre no caso concreto – determinação concreta do alcance;
- Podem ser conjugados ou afastados – exercício de ponderação;
- Servem de parâmetros às regras jurídicas: fontes interpretativas ;
- Podem ser “positivados” no ordenamento;
- Podem ser princípios expressos e implícitos: ambos têm igual importância;

“o conteúdo de cada ramo (jurídico) deve ser estruturado por intermédio de princípios gerais próprios desse ramo. Isto permite um aprofundamento coordenado das matérias nele abrangidas” (ASCENSÃO, 2005:333)

## **1.2. Estado Democrático de Direito e Administração Pública Democrática: Princípio da Legitimidade**

### **Constituição Federal**

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:”

### **Democratização da administração**

- Deliberação colegial e participação paritária
- Transparência e publicidade no processo administrativo
- Gestão participativa pela participação dos cidadãos nas decisões estatais

**Legitimidade** “submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência” (MOREIRA NETO, 1992:65)

“a **democracia** corporifica-se como um **processo dinâmico**, próprio de uma sociedade que aceita o desenvolvimento do cidadão, **proporcionando sua participação no processo político em condições de igualdade**, o que se reflete no campo econômico, político, social e jurídico” (FERRARI, 2003:331)

## **2. Princípio da Cidadania**

---

## 2. Princípio da Cidadania

### Constituição Federal

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

\*\*\*

### **II - a cidadania;**”

\*\*\*

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

“A *cidadania* está aqui num sentido mais amplo do que o titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal. Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular” (SILVA, 2012:104)

# **3. Princípio da Solidariedade**

---

# 3. Princípio da Solidariedade

## Constituição Federal

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

## Solidariedade

- Promoção de ações positivas para reduzir as desigualdades sociais;
- Efetivação dos direitos fundamentais pela busca da justiça e inclusão social com a criação de vínculos entre o indivíduo e o Estado e entre estes e a sociedade (comunidade, grupos sociais e associações) .

A solidariedade é o fecho do sistema de princípios éticos, complementando a liberdade, a igualdade e a segurança. Enquanto a liberdade e a igualdade colocam as pessoas umas frente às outras, **a solidariedade as reúne no seio de uma mesma comunidade, sendo todas convocadas a defender o que lhes é comum**. A segurança, por sua vez, somente pode se realizar de forma plena quando cada pessoa zela pelo bem de todos e a sociedade vela pelo bem de cada um dos seus membros (COMPARATO, 2006:576).

# 4. Princípio da Liberdade de Associação

---

# 4. Princípio da Liberdade de Associação

## As vertentes da liberdade de associação na Constituição de 1988

### 1. Rompimento do modelo jurídico baseado em exclusivamente em direitos subjetivos individuais: direitos fundamentais de terceira geração;

#### Constituição Federal

"Art. 5º ...

XVII.- é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII.- a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX.- as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX.- ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

**"o direito de associação constitui uma liberdade de ação coletiva.** Embora atribuído a cada pessoa, que é o seu titular, só pode ser exercido em conjunto com outras pessoas. **É pelo exercício concreto dessa liberdade pública que se instituem as associações,** gênero a que pertencem as sociedades (que podem ser simples ou empresárias), de um lado, e as associações em sentido estrito de outro. **O direito de associação, bem por isso, se erige em instrumento de ação multiforme, podendo revestir-se de caráter empresarial, cultural, filantrópico, sindical ou político.** Cabe enfatizar, neste ponto, que as normas inscritas no art. 5.º, XVII a XXI da atual CF protegem as associações, inclusive as sociedades, da atuação eventualmente arbitrária do legislador e do administrador, eis que somente o Poder Judiciário, por meio de processo regular, poderá decretar a suspensão ou a dissolução compulsória das associações" (ADI 3045-1, STF, 2014)

## 4. Princípio da Liberdade de Associação

### Sentido positivo (liberdade de se associar)

Prerrogativa de constituir uma associação e de aderir a uma associação previamente constituída

### Sentido negativo (liberdade de não se associar e de não permanecer associado)

Não se deve obrigar ninguém a participar ou permanecer em associações alheias aos seus interesses

“A norma foi mantida na Constituição de 1988, que, no inciso XVII do artigo 5.º, a reproduziu nestes termos: “XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos...”. A nova Carta, entretanto, não se limitou a assegurar a liberdade de associação, visto que, no inciso XX do mesmo artigo 5.º, estabeleceu, a todas as tintas, a liberdade de não se associar, dispondo: “XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. **Ao lado, portanto, da liberdade positiva - liberdade de associar-se livremente sem oposição por parte do Estado -, consagrou a nova Carta a liberdade negativa, ou seja, a de não ser compelido a associar-se ou a manter-se associado, situação absolutamente incompatível com a liberdade de associar-se, implicando impossibilidade de a lei impor um ato de adesão ou de permanência em uma associação.**” (ADIn 2054/DF, STF, 2003)

# 4. Princípio da Liberdade de Associação

## 2. Processo civil coletivo

### Constituição Federal

Art. 5.º (...)

XXI - as **entidades associativas**, quando expressamente autorizadas, **têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;**"

\*\*\*

LXX - o **mandado de segurança coletivo** pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou **associação legalmente constituída** e em funcionamento há pelo menos um ano, **em defesa dos interesses de seus membros ou associados;**

**"Em se tratando de entidades associativas, a Constituição Federal subordina a propositura da ação a um requisito específico, que não existe em relação aos sindicatos, qual seja, a de estarem essas associações expressamente autorizadas a demandar. É diferente, também, da legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo, prevista no art. 5.º, LXX da Constituição, que prescinde da autorização especial (individual ou coletiva) dos substitutos (Súmula 629 STF), ainda que veicule pretensão que interesse a apenas parte de seus membros e associados (Súmula 630 do STF e art. 21 da Lei 12.016/2009) . Pois bem, se é indispensável, para propor ação coletiva, autorização expressa, a questão se põe é a que diz como o modo de autorizar expressamente: se por ato individual, ou por decisão da assembleia geral de associados, ou por disposição genérica do próprio estatuto. Quanto a questão, a resposta tem sido dada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não basta a autorização estatutária genérica da entidade associativa, sendo indispensável que a declaração expressa exigida pela Constituição (art. 5.º, XXI) seja manifestada ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembleia da entidade" (RExp 573.232/SC, STF, 2014)**

# 5. Princípio da Subsidiariedade

---

# 5. Princípio da Subsidiariedade

## Estado subsidiário

“repartição de competências entre a sociedade civil e o Estado” (BARACHO, 1995:23)

### 5.1. Sentidos da subsidiariedade (CASSAGNE, 1994:23)

#### Sentido negativo ou passivo

Limite da intervenção estatal nas tarefas que pela natureza competiriam aos particulares

#### Sentido positivo ou ativo

Dever da intervenção estatal nos casos de insuficiência da iniciativa privada

“Atende-se ao princípio da subsidiariedade sempre que **a decisão do Poder Público venha a ser tomada da forma mais próxima possível dos cidadãos a que se destinem.** Tal proximidade visa a garantir que o órgão administrativo considerará sempre em suas decisões: primeiro, que sejam **respeitados os direitos e iniciativas dos cidadãos e das entidades privadas;** segundo, que qualquer **intervenção administrativa** só se produza em caso de **inexistência ou insuficiência da iniciativa individual ou social;** terceiro, que neste caso, a intervenção só se dará na **medida indispensável para atender ao interesse público legal e legitimamente definido;** e, quarto, que outros **entes ou órgãos administrativos menores não tenham condições de agir com eficiência**” (MOREIRA NETO, 2003: 135)

# 5. Princípio da Subsidiariedade

## 2. Protagonismo das entidades privadas sem fins lucrativos nos segmentos que lhe são próprios.

### Constituição Federal

#### Saúde

Art. 199. A **assistência à saúde é livre à iniciativa privada.**

§1º . As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, **tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.**

#### Assistência Social

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I.- **descentralização político-administrativa**, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e **a coordenação e a execução dos respectivos programas** às esferas estadual e municipal, bem como **a entidades beneficentes e de assistência social**;

II.- **participação da população, por meio de organizações representativas**, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

---

# 5. Princípio da Subsidiariedade

## Educação

Art. 213. Os **recursos públicos serão destinados** às escolas públicas, podendo ser dirigidos a **escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas**, definidas em lei, que:

- I.- comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
- II.- assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

## Cultura

Art. 216. Constituem **patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§1.º O **Poder Público, com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

## Família, criança e idoso

Art. 227. É **dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem**, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§1.º O Estado **promoverá programas de assistência integral** à saúde da criança, do adolescente e do jovem, **admitida a participação de entidades não governamentais**, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

---

# 6. Tributação e Terceiro Setor.

---

# 6. Tributação e Terceiro Setor

## Constituição Federal

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

\*\*\*

VI - instituir impostos sobre:

\*\*\*

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, **das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;**

“o preceito estampado no art. 150, VI, "c", da Lei Maior estimula a sociedade civil a, sem fins lucrativos, agir em benefício das pessoas carentes, suprindo, destarte, as insuficiências das pessoas políticas no campo da assistência social (...) A imunidade a impostos, no caso, é uma pequena compensação do muito do estas entidades altruísticas fazem em favor dos mais necessitados” (CARRAZZA, 2013: 897)

# **7. Princípios Administrativos.**

---

# 7. Princípios Administrativos

## Regime jurídico das entidades do Terceiro Setor que mantenham relação com o Estado

“Predominantemente de direito privado, mas parcialmente derogado por normas de direito público” (DI PIETRO, 2011:253)

### Lei Federal n.º. 9.637/98 (Organizações Sociais)

Art. 7.º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados **os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade** e, também, os seguintes preceitos:

### Lei Federal n.º 9.790/99 (OSCIP)

Art. 4.º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam **regidas por estatutos** cujas normas expressamente disponham sobre:

I - a observância dos **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;**

### Lei Federal n.º 13.019/14 (MROSC ou Lei das Parcerias Voluntárias)

Art. 5.º O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, **os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia**, destinando-se a assegurar:

STF. ADI 1923/DF  
Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, **o regime jurídico das organizações sociais tem de ser minimamente informado pela incidência dos princípios da Administração Pública** (CF, art. 37, caput)

# Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2054-DF. Tribunal Pleno. Rel Min. Sepúlveda Pertence. J. 02/04/2003.
  - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3.045-1. Tribunal Pleno. Rel Min. Celso de Mello. J. 10/08/2005.
  - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 573.232/SC. Tribunal Pleno. Rel Min. Ricardo Lewandowski. J. 14/05/2014.
  - CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 897
  - CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1994
  - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
  - FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem, a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. Pág. 325-351.
  - MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.759p.
  - OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-2-JUNHO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>
-