

O REPASSE DE RECURSOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR

CLEUSA APARECIDA DA COSTA MAIA¹

RESUMO

O trabalho versa sobre o repasse de recursos públicos ao terceiro setor. Iniciou-se trazendo os significados de paraestatal e de terceiro setor, seguindo com breve abordagem sobre o nascedouro do terceiro setor no Brasil. Destacou-se as principais espécies de organizações não governamentais (ONGs) contempladas no sistema legal vigente, bem como o denominado marco regulatório do terceiro setor, tratado na Lei Federal nº 13.019/14 que se encontra em *vacatio legis*, com data prevista para efetivação das novas regras em janeiro/2016. Na sequência vem a abordagem sobre o repasse de recursos públicos ao terceiro setor, atividade que para ser efetivada deve observar e transpor várias etapas em face da responsabilidade que tal medida abriga, pois envolve recursos públicos. Destacou-se a importância da observância dos princípios administrativos e da indispensabilidade de autorização legislativa específica para o repasse de recursos públicos, trazendo a baila o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre o tema.

Palavras-chave: Terceiro Setor. Princípios Administrativos. Repasse de Recursos Públicos.

¹ Procuradora do Município de Diadema. Professora Universitária. Especialista em Direito Constitucional. Mestre em Direito Constitucional.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	03
2. AS PARAESTATAIS E O TERCEIRO SETOR.....	05
3. A ORIGEM DO TERCEIRO SETOR NO BRASIL.....	07
4. AS ESPÉCIES DE ENTIDADES BENEFICIADAS.....	09
4.1. Os Serviços Sociais Autônomos.....	09
4.2. As Entidades de Apoio.....	10
4.3. As Organizações Sociais.....	11
4.4. As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips).....	13
5. O MARCO REGULATÓRIO DO TERCEIRO SETOR.....	16
6. O REPASSE DE RECURSOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR.....	19
7. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE REPASSE DE RECURSOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	21
7.1 Princípios Constitucionais Expressos.....	21
7.2 Princípios Implícitos.....	26
8. A AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA O REPASSE DE RECURSOS.....	31
9. CONCLUSÃO.....	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	35

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo do tema proposto, qual seja: “O repasse de recursos públicos ao terceiro setor” se mostra relevante por ser atual e pouco explorado na área acadêmica.

Há poucas décadas atrás a ordem sociopolítica era estruturada por apenas dois setores, o público e o privado, tradicionalmente bem distintos um do outro, tanto no que se refere às suas características, como à personalidade jurídica. De um lado o Estado, tido como primeiro setor, atuando sem fins lucrativos, no seu papel de tutelar o interesse da coletividade; e de outro vértice, o mercado, tido como segundo setor, com o seu objetivo precípua de produzir bens e serviços, de forma lucrativa.

Surge então uma figura híbrida que embora atuando em área de interesse social e sem almejar lucros, não pertence ao setor público (Estado), pois nasce da iniciativa privada. Também não é puramente privada, pois, como já dito, não auferes lucros e desempenha atividade que, a rigor, caberia ao Estado. Essas instituições, comumente, são chamadas de Organizações Não Governamentais (ONGs).

As características próprias dessas pessoas jurídicas não permitiam acomodá-las aos modelos clássicos até então existentes, levando à criação do chamado terceiro setor.

Assim, terceiro setor pode ser entendido como “aquele composto por entidades privadas da sociedade civil, que prestam atividade de interesse social, por iniciativa privada, sem fins lucrativos” (ALEXANDRINO, 2007, p. 89)

O papel dessas Organizações junto à sociedade a cada dia se mostra mais indispensável, pois logram suprir a ineficiência do Estado. Nesse sentido é que os seus objetivos estatutários sempre estão direcionados a atender demandas de interesse social, em várias áreas, tais como: saúde, educação, profissionalização, meio ambiente, etc...

Sua importância se mostra no âmbito da sociedade e da economia contemporâneas pela sua capacidade de mobilização de recursos humanos e materiais para o atendimento de importantes demandas sociais - que, frequentemente, o Estado não tem condições de atender -, pela sua capacidade de geração de empregos e, ainda, pelo aspecto filosófico caracterizado pelo idealismo

de suas atividades – enquanto participação democrática, exercício de cidadania e responsabilidade social.

O trabalho do terceiro setor pode se dar de forma autônoma, ou seja, sem a ajuda do Estado, ou em parceria com este. Em qualquer das hipóteses, a sua atuação é duplamente vantajosa. Para o Estado, porque parcialmente o desonera de prestar determinados serviços públicos, e à população, porque – ainda que não seja o Estado, a quem são pagos os tributos – consegue obter os serviços de que necessita.

A ajuda do Estado ao terceiro setor, comumente através de repasse de recursos públicos, se efetiva mediante ajustes na modalidade convênio, termo de parceria, contrato de gestão; e com o marco regulatório do terceiro setor (Lei Federal nº 13.019/14) serão acrescentados os termos de colaboração e de fomento. Estas parcerias dependem de prévia autorização legislativa.

As formas de organizações não governamentais mais conhecidas e que compõem o terceiro setor são as chamadas: Entidades Sociais, Organizações Sociais, Serviços Sociais Autônomos e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Enfim, neste estudo procurar-se-á trazer à reflexão esse novo modelo de prestar serviços à coletividade através da ação social de empresas, do trabalho voluntário de cidadãos que, em regra, se organizam mediante a criação de pessoas com personalidade jurídica própria, via Associações, Fundações, Sociedades Cívis ou Cooperativas, e que atuam na maioria das vezes em parceria com o Poder Público, que repassa recursos para auxiliar na viabilização dos objetivos estatutários dessas instituições.

2. AS PARAESTATAIS E O TERCEIRO SETOR

Hodiernamente, as denominadas paraestatais são entidades que caminham paralelamente ao Estado, porque desempenham atividades de interesse coletivo que, a rigor, a este último competiam.

Paraestatal significa **ao lado do Estado, paralelo ao Estado**, Entidades paraestatais, desse modo, são aquelas pessoas jurídicas que atuam ao lado e em colaboração como Estado. (CARVALHO FILHO, 2007, p.399).

Apesar do emprego do termo “paraestatal” neste trabalho, cabe consignar a existência de divergência doutrinária acerca da denominação. Contudo, sob nossa ótica, o vocábulo bem retrata o significado das organizações não governamentais que atuam como colaboradoras do Estado.

Os teóricos da reforma do Estado incluíram as paraestatais no que chamaram de terceiro setor em face de sua formatação híbrida, que não se amolda como ente de natureza estatal – pois não advém do Estado - nem tampouco como pessoa jurídica puramente privada – porque têm objetivos de interesse geral.

Portanto, terceiro setor é entendido como:

...aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado.(DI PIETRO, 2009, p.489)

As paraestatais caracterizam-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos. Em razão do interesse geral da atividade, pode receber ajuda por parte do Estado desde que atendam determinados requisitos impostos por lei, que variam de um caso para outro.

Preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, tal como:- de utilidade pública, certificação de fins filantrópicos, qualificação de organização social, de organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

É possível pontuar as seguintes características para essas entidades:

- a) são entidades privadas, porque são criadas por particulares;
- b) desempenham serviços não exclusivos do Estado, em colaboração com ele;
- c) em regra, recebem algum tipo de incentivo do Poder Público;

- d) sujeitam-se ao controle por parte da Administração Pública e pelo Tribunal de Contas (quando recebem ajuda do Estado);
- e) o regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém sujeitam-se a algumas normas de direito público;
- f) integram o terceiro setor, porque nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a administração pública, direta ou indireta;
- g) incluem-se entre as chamadas organizações não governamentais (ONGs).

São, portanto, entes privados que funcionam em regime de fomento e contribuição com o Poder Público.

3. A ORIGEM DO TERCEIRO SETOR NO BRASIL

Os historiadores apontam a Igreja Católica como o berço do terceiro setor, ao propugnar pela caridade, filantropia, solidariedade e amor ao próximo.

Em sua origem, podemos dizer que instituições que hoje pertencem ao Terceiro Setor, criadas durante os três primeiros séculos no Brasil, existiram basicamente no espaço da Igreja Católica, permeadas, portanto, pelos valores da caridade cristã, a partir das características do catolicismo que se implantou no país, e de suas relações com o Estado. (VOLTOLINI, 2004, p. 17).

Nessa época, o socorro aos necessitados se dava de forma nada complexa, era um assistencialismo a moda antiga – do simples oferecimento de “esmola”.

Findo o período da Ditadura Militar, esse modelo evoluiu para uma visão mais ampla das necessidades coletivas, que deveriam ser traduzidas através dos direitos sociais por estarem estes atrelados à ideia de cidadania.

Essa evolução na consciência do Terceiro Setor foi reflexo de uma evolução da própria sociedade brasileira, que durante o período da Ditadura Militar (1964-1985) teve que se mobilizar para combater o autoritarismo e o arbítrio reinantes naquele momento da vida brasileira. Foi um momento de afirmação da sociedade civil e valorização da democracia. Surgiram várias organizações e movimentos sociais em consequência de um novo ímpeto – introduzido inicialmente por setores cristãos progressistas e depois abraçado por outros setores comprometidos com a democracia e a “mudança social” – de organização da sociedade pela base (MÔNICA ASSIS, 1996, p. 25).

Nos idos de 1970 desencadeia-se um marcante movimento social que leva à ampliação do número de sindicatos, fundações, associações civis, organizações ambientalistas, etc... todos voltados à defesa dos hipossuficientes, das minorias. Nesse cenário surgem as organizações não governamentais – ONGs. Essa tendência toma corpo e se mostra atuante por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte de 1.988, e traz como resultado a inserção de diversos dispositivos de fomento ao terceiro setor, na atual Constituição Federal.

Em termos legais a legislação brasileira incentiva o terceiro setor, basta ver que na Constituição Federal existem dispositivos expressos que impõem à coletividade – no caso incluindo a forma de organização do terceiro setor, juntamente com o Poder Público, a proteção de valores como a educação, cultura e desporto (art. 205 e 215, § 1º) e meio ambiente (art. 225). Além disso, o art. 150, VI, “c”, da Carta Magna veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços

das instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos” (SANTOS, 2011, p.2).

Em relação à legislação infraconstitucional – que deve estar assente com a Lei Maior – também se extrai nítido incentivo ao terceiro setor.

Exemplificando, é possível destacar a Lei Federal nº 9.249/95, que versa sobre incentivos fiscais, dispondo, entre outros, sobre a possibilidade de dedução das despesas com doações do imposto de renda da pessoa jurídica tributada pelo lucro real. O benefício é dado às empresas que fizerem doações a entidades de educação, a instituições sem fins lucrativos, tidas como de Utilidade Pública Federal ou qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

Também na seara dos incentivos fiscais, existem as doações aos Fundos da Criança e do Adolescente, tratado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e cujo objetivo é viabilizar a execução das políticas públicas para o atendimento infanto-juvenil.

Outra importante é a Lei Federal nº 8.313/91, de incentivo à Cultura - conhecida como Lei Rouanet - que possibilita às entidades captar recursos junto à iniciativa privada por meio de projetos culturais previamente aprovados pelo Ministério da Cultura.

Vale lembrar, ainda, das leis que versam sobre a criação das paraestatais, tais como:- os Decretos-Leis Federais nºs. 4.048/42; 8.621/46; 9.403/46 e o 9.853/46, que atribuíram à Confederação Nacional da Indústria e à Confederação Nacional do Comércio o encargo de criarem, organizarem e dirigirem os Serviços Sociais Autônomos que seguem especificados no item 1.3., abaixo; a Lei Federal nº 8.958/94 – que trata das Fundações de Apoio; a Lei Federal nº 9.637/98 – que dispõe sobre Organizações Sociais; e a Lei Federal nº 9.790/99 – que qualifica as OSCIP.

4. AS ESPÉCIES DE ENTIDADES BENEFICIADAS

No passado, a função administrativa era tida como monopólio do Estado. Essa concepção vem sendo alterada, e hoje o trespasse de certas atividades administrativas a entes não estatais não se mostra incomum.

Assim, existindo organizações estruturadas de modo adequado e estável para promover a satisfação de interesses coletivos e fundamentais, nada obsta que o Estado descentralize a função, porém sempre de forma legítima. Vale dizer, sempre amparado na lei e nos princípios administrativos.

O sistema legal vigente contempla como principais espécies de organizações não governamentais legitimadas a desempenhar atividades de interesse público e passíveis de firmar parcerias com o Estado, as seguintes:- Serviços Sociais Autônomos, Entidades de Apoio, Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

4.1. Os Serviços Sociais Autônomos

Os primeiros a encontrarem guarida legal foram os Serviços Sociais Autônomos, definidos como sendo:

...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, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias". (MEIRELLES, 2009, p. 385)

As leis que deram origem a tais entidades não as criaram diretamente, nem autorizaram o Poder Executivo a fazê-lo, como ocorre com as entidades da administração indireta. Tais leis atribuíram às confederações nacionais o encargo de fazê-lo. Como exemplo, temos os Decretos-Leis Federais nºs. 4.048/42; 8.621/46; 9.403/46 e o 9.853/46, que atribuíram, respectivamente, à Confederação Nacional da Indústria e à Confederação Nacional do Comércio o encargo de criarem, organizarem e dirigirem, respectivamente, o Serviço Nacional de Aprendizagem (SENAI); o Serviço de Aprendizagem Comercial (SENAC) e o Serviço Social da

Indústria (SESI) e o Serviço Social do Comércio (SESC). Nos mesmos Decretos ficou garantida a manutenção das entidades por meio de contribuições parafiscais recolhidas pelos empregadores.

...foram criadas mediante autorização legislativa federal, mas não prestam serviços públicos, nem integram a Administração Pública Federal direta ou indireta, ainda que dela recebam reconhecimento e amparo financeiro. Exercem, isto sim, atividades privadas de interesse público. São dotadas de patrimônio e administração próprios. Não se subordinam à Administração Pública Federal, apenas se vinculam ao Ministério cuja atividade, por natureza, mais se aproxima das que desempenham, para controle finalístico e prestação de contas. São associações, sociedades civis ou fundações criadas segundo o modelo ditado pelo Direito Privado, mas delas distinguem-se pelo poder de exigirem contribuições de certos obrigados (industriais e comerciantes), instituídas por lei conforme previsto no art. 149 da Lei Magna. (GASPARINI, 2006, p.459).

Como administram verbas decorrentes de contribuições parafiscais e gozam de uma série de privilégios próprios dos entes públicos, estão sujeitos a normas semelhantes às da administração pública, tais como: realização de licitação para suas compras e contratações; seus empregados (regime celetista) submetem-se a processo seletivo e são equiparados aos funcionários públicos para fins penais (art. 327, § 1º, do Código Penal); os atos de seus dirigentes, conforme a natureza, são passíveis de mandado de segurança; sujeitam-se ao controle do Tribunal de Contas.

Em regra, os ajustes firmados entre os Serviços Sociais Autônomos e o Poder Público se dão através de convênios administrativos, definidos por MEDAUAR (2001, p. 272) como sendo:

...acordos celebrados para realização de objetivos de interesse comum: a) entre entidades e órgãos estatais de espécies diferentes; b) entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas.

Os serviços prestados por esse segmento é de notória excelência. Eles integram o popularmente chamado “segmento S”. São exemplos: SENAI, SESI, SESC, SENAC, SEBRAE, SENAT, SEST, etc...

4.2. As Entidades de Apoio

Outra espécie são as denominadas Entidades de Apoio, tidas como:

pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para prestação, em caráter

privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da administração direta ou indireta, em regra por meio de convênio. (DI PIETRO, 2009, p. 492).

Inexiste lei geral dispendo sobre as Entidades de Apoio.

A União editou a Lei Federal nº 8.958, de 20 de dezembro de 1.994, mas que se aplica apenas àquele ente federativo e especificamente para a modalidade “Fundação de Apoio às instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica”. Referida Lei está regulamentada pelo Decreto Federal nº 5.205, de 14 de setembro de 2004.

Portanto, as Entidades/Fundações de Apoio Estaduais, Distritais e Municipais dependem de lei específica dos respectivos entes federativos para sua regularidade.

De acordo com o art. 1º do referido Decreto, o objetivo dessas Fundações é apoiar as instituições federais na execução de projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico. Esse apoio é por prazo determinado.

Sujeitam-se à fiscalização do Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil; à legislação trabalhista; ao prévio registro e credenciamento nos Ministérios da Educação e do Desporto e da Ciência e Tecnologia.

A parceria firmada entre a Fundação de Apoio e a Instituição Federal apoiada se estabelece através de contrato ou de convênio.

Regra importante encontra-se estabelecida no inciso XIII do art. 24 da Lei Federal nº 8.666/93, ao permitir a dispensa de licitação para a contratação, pelas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, dessas Fundações de Apoio.

4.3. As Organizações Sociais

Integram também o terceiro setor as denominadas Organizações Sociais, definidas por DI PIETRO (2009, p.495) como sendo:

...a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o

poder público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo poder público.

CARVALHO PINTO (2007, p.305) ao discorrer sobre o tema, aponta três fundamentos principais das Organizações Sociais, a saber:

- 1) devem ter personalidade jurídica de direito privado;
- 2) não podem ter fins lucrativos; e
- 3) devem destinar-se ao ensino, à cultura, à saúde, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à preservação do meio ambiente.

As Organizações Sociais estão regulamentadas pela Lei Federal nº 9.637/98, e nela estão contidos os requisitos necessários à obtenção da qualificação. Um dos requisitos é ter como órgão de deliberação superior um conselho de administração, que deve ser composto, entre outros, por representantes do Poder Público e por membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral.

O vínculo jurídico firmado entre o Ente Público e a Organização Social é denominado de contrato de gestão. Quando ocorre, o Estado deixa de ser o executor direto de determinada atividade e/ou serviço e assume o papel de fornecedor de recursos e fiscalizador da execução destes.

O contrato de gestão servirá de instrumento para estabelecer-se um vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública. Por meio dele, fixam-se as metas a serem cumpridas pela entidade e, em troca, o Poder Público auxilia de diversas formas, quer cedendo bens públicos, quer transferindo recursos orçamentários, quer cedendo servidores públicos. (DI PIETRO, **Parcerias na Administração Pública**, 2002, p. 214).

Nos termos dos artigos 11 e 12 da referida Lei, as organizações sociais são declaradas entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais, e podem receber recursos orçamentários e bens públicos (via permissão de uso) para cumprimento dos objetivos estabelecidos no contrato de gestão.

A Lei Federal nº 8.666/93 – Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos – no inciso XXIV, do seu artigo 24, permite a “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

O Poder Público poderá desqualificar a entidade como Organização Social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o

direito de ampla defesa, respondendo os seus dirigentes, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos oriundos de sua ação ou omissão. Com a desqualificação, os bens permitidos e os valores entregues à utilização da organização social reverterão ao ente público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

4.4. As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips)

Por fim, temos as chamadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, tratadas na Lei Federal nº 9.790/99 e regulamentada pelo Decreto nº 3.100/99. No dizer de DI PIETRO (2009, p. 499):

Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.

Observa-se da definição posta forte semelhança das Oscips com as organizações sociais, pois ambas têm seu nascedouro privado, atuam sem fins lucrativos e, preenchidos os requisitos estipulados em lei, recebem uma *qualificação* do ente público.

Mas, por certo, há diferenças, e para demonstrá-las elaboramos o quadro comparativo abaixo:

Quadro Comparativo entre OSs e Oscips

Organizações Sociais	Oscips
Lei n. 9.637/98	Lei n. 9.790/99
Contrato de gestão	Termo de parceria
Recebe ou pode receber delegação para a gestão de serviço público	Exerce atividade de natureza privada
A outorga é discricionária	A outorga é vinculada
A qualificação depende de aprovação do Ministro de Estado ligado à área de atuação da entidade	A qualificação é outorgada pelo Ministro da Justiça
Atendidos os requisitos da Lei 9.637/98, a entidade passa a receber algum tipo de auxílio por parte do Estado, dentro dos seus objetivos	Atendidos os requisitos da Lei 9.790/99, a entidade passa a receber algum tipo de auxílio por parte do Estado, dentro dos seus objetivos, porém esta melhor estruturada, pois a Lei estabelece requisitos mais rígidos

	para obtenção da qualificação
É obrigatória a participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade (no Conselho de Administração).	Não há essa exigência
Podem ser contratadas por dispensa de licitação	Não há previsão legal de contratação direta sem licitação

Nos termos da Lei, a qualificação como Oscip. - observado o princípio da universalização dos serviços no respectivo âmbito de atuação - será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:-

- a) promoção da assistência social;
- b) promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- c) promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata a Lei;
- d) promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata a Lei;
- e) promoção da segurança alimentar e nutricional;
- f) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- g) promoção do voluntariado;
- h) promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- i) experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- j) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- k) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- l) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades acima mencionadas.

A Lei também relacionou as pessoas jurídicas excluídas do regime de parceria nela estabelecido, são elas:-

a) as sociedades comerciais, sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional;

b) as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;

c) as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;

d) as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;

e) as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;

f) as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;

g) as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

h) as organizações sociais;

i) as cooperativas;

j) as fundações públicas;

k) as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas,

l) as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o Sistema Financeiro Nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

O vínculo entre o Poder Público e as Oscips se estabelece através de Termo de Parceria, no qual deverão estar previstos, de modo detalhado, os direitos, responsabilidades e obrigações das partes.

A escolha da Oscip poderá ser feita por meio de edital de concursos de projetos, desencadeado pelo ente público.

Nos contratos em que a Oscip seja contratante e que envolva recursos ou bens a ela repassados pela União, deverá ser realizada licitação pública, e em se tratando de bens e serviços comuns, será obrigatória a adoção da modalidade pregão, preferencialmente no modo eletrônico.

Se eventualmente a entidade, após a concessão da qualificação como Oscip, deixar de atender quaisquer dos requisitos exigidos pela Lei, será desqualificada. Para tal finalidade, será instaurado processo administrativo, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

5. O MARCO REGULATÓRIO DO TERCEIRO SETOR

Em 31 de julho de 2014 foi sancionada a Lei Federal nº 13.019, que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

A sua vigência depende de *vacatio legis*, em face da redação dada ao seu artigo 88:- “Esta Lei entra em vigor após decorrido 90 (noventa) dias de sua publicação oficial”.

O prazo inicial da *vacatio legis* foi ampliado para 360 (trezentos e sessenta) dias, através da Medida Provisória nº 658, que veio em 29 de outubro de 2014, e foi convertida na Lei nº 13.102, de 26 de fevereiro de 2015.

Não bastando, outra prorrogação foi atribuída à espécie normativa com a recente edição da Medida Provisória nº 684, em 21 de julho de 2015, passando a ser de 540 dias; o que significa dizer que a previsão para efetivação das novas regras ocorrerá somente em janeiro de 2016.

As prorrogações levadas a efeito buscam atender à mobilização de diversos órgãos e entidades públicas e das entidades da sociedade civil que, ao mesmo tempo em que reconhecem os avanços e a importância da lei, solicitam maior prazo para se adaptarem às novas regras de gestão das parcerias, que resvalam em mudanças estruturais a serem providenciadas pelas administrações públicas federal, estadual, distrital e municipal e também pelas organizações da sociedade civil.

Em relação aos entes federativos, também deve ser levado em conta - para justificar a dilação de prazo - os impactos significativos nos orçamentos, que deverão ser adequados à nova realidade.

Referida lei está sendo denominada de Marco Regulatório do Terceiro Setor, pois traz novas regras para o estabelecimento de ajustes - via convênios, contratos de repasse, termos de parceria ou instrumentos congêneres - entre o setor público e as organizações não governamentais; e propugna por aprimorar a execução dos programas e projetos entabulados entre as partes e por maior transparência na

transferência de recursos públicos. SUGIURA (2014, p. 2)., em artigo publicado sobre o tema, na Revista Jus Navigandi, indica de forma clara e sistemática os principais aspectos e mudanças trazidas com a nova regulamentação, a saber.

Do regime jurídico conferido às parcerias voluntárias firmadas pela Administração Pública com as entidades do terceiro setor, podemos destacar os seguintes pontos:

- A transparência dos instrumentos formais das parcerias e da aplicação dos recursos públicos é reforçada, com a explícita exigência de sua divulgação nos sites da internet, consolidando a exigência anterior prevista na Lei de Transparência Fiscal (Lei 131/09) e na Lei de Acesso às Informações (Lei 12.527/11), além do incentivo à participação popular nos procedimentos de manifestação social;
- O plano de trabalho e o farto detalhamento de seu conteúdo passa a ser considerado documento essencial e prévio aos termos de parceria;
- A atenção especial quanto à exigência de metas e indicadores, não só em sua quantidade, mas também quanto aos aspectos qualitativos e de resultados sociais a serem previstos no plano de trabalho;
- A impessoalidade (e transparência) é consagrada na exigência do chamamento público e de critérios objetivos para a escolha das entidades civis;
- Ainda, a previsão de requisitos de tempo mínimo de existência e experiência prévia no ramo de atividade da parceria, procura eliminar “aventureiros” ou entidades sem capacidade técnica e operacional;
- Determina a execução direta pela organização civil responsável do objeto da parceria, sem possibilidade de subcontratação, exceto em pequenos projetos, desde que haja previsão no edital de chamamento público;
- Demandará uma criação de valor de referência para os ajustes, que certamente exigirá uma criação de banco de dados e de critérios de comparabilidade;
- A gestão e acompanhamento do termo de colaboração ou de fomento ganham o reforço com a indicação obrigatória da figura do gestor, que responderá de forma solidária pela execução da parceria; e de uma comissão de monitoramento e avaliação responsável pelo acompanhamento no curso da execução da parceria;
- O regulamento de compras passa a ser anexo obrigatório do instrumento de parceria devidamente aprovada pela administração parceira;
- A taxa de administração fica definitivamente banida das parcerias, todavia, remuneração da equipe dimensionada no plano de trabalho e despesas indiretas, até o limite de 15%, relacionadas ao plano de trabalho poderão ser apropriadas de forma proporcional à execução do objeto ajustado;

- As prestações de contas deverão ter suporte em manuais específicos de orientação às entidades;
- Além do detalhamento em grau pormenorizado dos documentos comprobatórios na prestação de contas, as metas alcançadas e os resultados esperados deverão ser divulgados em meio eletrônico;
- A prestação de contas deverá vir acompanhada dos relatórios de execução financeira e de execução do projeto, além de se valer dos relatórios de visitas físicas e de monitoramento e de avaliação;
- A prestação de contas não apenas evidenciará os aspectos materiais e financeiros, mas também os aspectos qualitativos com o pronunciamento sobre os resultados, os benefícios auferidos, o grau de satisfação social e sobre a sustentabilidade das ações futuras, vindo ao encontro do objetivo perseguido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em sua diretriz estratégica de fiscalização;
- Atribui responsabilidades e sanções à semelhança daquelas previstas na Lei de Licitações: advertência, suspensão, impedimento e declaração de inidoneidade.

Denota-se do exposto que as alterações trazidas pelo Marco Regulatório do Terceiro Setor têm natureza estruturante. Consubstanciam, na verdade, um novo regime jurídico para fomento e colaboração do Poder Público com as organizações da sociedade civil.

6. O REPASSE DE RECURSOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR

O terceiro setor para dar cumprimento aos seus objetivos estatutários e se expandir, em regra, necessita da ajuda do Estado. Porém, para o repasse de recursos públicos várias etapas devem ser superadas, pois, em que pese o fato dessas instituições atuarem de modo a auxiliar a Administração Pública no desempenho de seu mister, fato é que há de se ter responsabilidade em relação ao erário, devendo se acautelar na remessa de auxílio, subvenção, contribuição às essas instituições, que devem estar devidamente qualificadas para o recebimento.

O ajuste pode assumir várias formas (convênio, contrato de gestão, termo de parceria, ou outro), o importante é que haja um plano de trabalho bem definido e que algumas regras sejam observadas.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao tratar do tema no Manual Básico sobre “Repasse Públicos ao Terceiro Setor” (2012, pp. 30-31) relaciona alguns preceitos a serem observados para o repasse, a saber:

- O valor do repasse só pode contemplar o custo efetivo para atendimento das demandas e cumprimento das metas;
- O Poder Público deve calcular o custo *per capita* do atendimento e repassar verbas de acordo com o volume previsto para atendimentos/realizações, cujos preços sejam compatíveis com os do mercado e/ou fixados setorialmente;
- A entidade não pode ser sustentada pelo Poder Público;
- O valor dos repasses presta-se, tão somente, a custear os serviços públicos por ela assumidos e realizados
- Na fase de planejamento do repasse, que deve necessariamente anteceder a celebração do ajuste (convênio, contrato de gestão ou termo de parceria) e, mesmo antes da elaboração da lei que aprova o repasse (auxílio, subvenção ou contribuição), o Poder Público deve avaliar e efetivamente demonstrar, por meio de relatório circunstanciado no processo próprio, as vantagens econômicas da delegação das atividades às entidades.

A Administração deve comparar os custos e demais recursos que estão sendo previstos para desenvolver a atividade a ser delegada, com os que utilizaria se as mesmas atividades fossem realizadas diretamente, por sua própria estrutura, devendo, para tanto, ter como parâmetro as séries históricas das mesmas atividades realizadas por suas unidades, conforme o caso.

Quando não houver experiência anterior que possa servir à comparação, deve o Poder Público efetuar pesquisas de composição dos valores e recursos envolvidos, destinadas a comprovar o benefício da decisão de repassar os recursos.

O que importa e valida a parceria é a comprovação de que, naquele momento e sob aquelas circunstâncias, obter o serviço de forma indireta é o que representa a maior vantagem para a Administração.

Não se pode perder de vista, também, é que este “terceiro” estará “substituindo o Estado no desenvolvimento da atividade, e isso necessariamente deve resultar numa execução melhor do que a que se faria utilizando os meios diretos da Administração.

Em resumo, são estas as condições que possibilitam comprovar a economicidade dos repasses públicos às entidades do terceiro setor.

- O acesso aos recursos públicos deve ser restrito apenas às entidades que preencham as condições necessárias, avaliáveis precedentemente à aprovação dos ajustes e aferíveis por sua legalidade e pelos resultados previamente comparados, entre aqueles alcançados pela gestão governamental (execução direta) e os já obtidos pela entidade beneficiária;
- Também recomendam acompanhar as publicações periódicas do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP, para conhecimento das entidades impedidas de receber recursos, nos termos do artigo 103 da LCE nº 709/93 (Lei Orgânica do TCESP);
- Os ajustes legalmente autorizados, se firmados, necessitam ser precisos quanto ao seu objeto, bem como fiéis ao estabelecimento claro das metas a serem atingidas e ainda, à existência de fato e sustentabilidade do ente parceiro, fatores estes que permitirão acompanhamento e avaliação dos órgãos públicos e da sociedade sobre: (I) a efetiva confiabilidade na prestação dos serviços; (II) o atingimento dos indicadores para aferição do cumprimento dos programas aprovados nas peças de planejamento do governo; (III) a otimização de recursos; (IV) a excelência dos serviços prestados; e (V) a segurança para elaboração de pareceres conclusivos sobre a aplicação dos recursos repassados.

Como se vê várias são as providências prévias, concomitantes e posteriores (fiscalizatórias) a serem adotadas para o repasse de recursos públicos ao terceiro setor, porém, neste trabalho delimitaremos a hipótese em dois tópicos: (1) a necessidade de observância dos princípios administrativos para o desempenho da atividade administrativa, na qual se insere o repasse de recursos, e (2) a necessidade de lei autorizativa específica para o repasse de recursos ao terceiro setor.

7. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE REPASSE DE RECURSOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A atividade administrativa, que significa “a gestão, nos termos da lei e da moralidade administrativa, de bens, interesses e serviços públicos visando o bem comum” (GASPARINI, 2006, p. 56), deve ser desempenhada atrelada a um sistema que engloba, entre outros, a rigorosa observância de princípios, classificados como constitucionais expressos – previstos no *caput* do art. 37 da CF/88 - e implícitos, de construção legal, doutrinária e jurisprudencial.

Essa observância se faz necessária, pois a atividade administrativa se restringe à guarda, conservação e aprimoramento dos bens, interesses e serviços a ela submetidos; não pode o agente público dispor, onerar, destruir ou renunciar desses bens, interesses e serviços. Se assim pretender, deve se socorrer de prévia autorização legislativa.

Saliente-se que, a atuação deve se dar sempre com vistas ao interesse público.

O repasse de recursos ao terceiro setor é uma forma de atividade administrativa e, portanto, se subsume aos vários princípios de condução do ente público. Muitas das providências relacionadas no Manual Básico sobre Repasses Públicos ao Terceiro Setor, aqui destacadas, nada mais são do que atividades administrativas. Assim, importante se mostra a abordagem sobre os princípios administrativos.

7.1. Princípios Constitucionais Expressos

Princípios são vigas-mestras de qualquer sistema jurídico, razão de sua importância. Não há como interpretar uma norma ou analisar uma situação fática de natureza jurídica, de forma justa, sem considerar diretrizes traçadas pelos princípios.

No dizer de NUNES (2005, pp. 177-178):

Os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a ser considerados não só pelo aplicador do Direito mas também por todos aqueles que, de alguma

forma, ao sistema jurídico se dirijam. Assim, estudantes, professores, cientistas, operadores do Direito – advogados, juízes, promotores públicos, etc... -, todos têm de, em primeiro lugar, levar em consideração os princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes.

Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas.

A atual Constituição Federal relaciona os princípios de observância da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. São eles:- legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

a) Princípio da Legalidade

A legalidade determina que a atuação do agente público² deve se dar em estrita observância da lei; i.e., ele só pode fazer o que a lei autoriza. Decorre do regime público aplicável especificamente a esses entes. Nesse sentido, vale destacar como contraponto a diretriz em relação ao particular que na sua conduta “pode fazer tudo o que a lei não proíbe”.

Essa ideia de subsunção do Estado-governo à lei nasce de um pilar maior, que é o fato da República Federativa do Brasil se constituir em um Estado Democrático e de Direito (art. 1º, CF/88).

O Estado Democrático traz a ideia de que o governo deve ser exercido pelo povo, diretamente ou através de seus representantes. O ponto de partida, afirma Hauriou, é a definição de Lincoln: “A Democracia é o governo do povo, para o povo e pelo povo” – a definição mais famosa e sem dúvida a mais feliz na sua formulação, acrescenta – pronunciada por ocasião do discurso do Gettysburg, em 1863 – e que Hauriou relaciona à fórmula de Montesquieu: “Quando, na República, o povo ele mesmo (*em corps*) detém o poder soberano, é a democracia” (*Apud* GARCIA, pp. 43/44)

² Agentes públicos são todos aqueles que têm uma vinculação profissional com o Estado, mesmo que em caráter temporário ou sem remuneração (MAZZA, p. 437)

O Estado de Direito, por sua vez, “exige que o exercício das competências estatais, inclusive de natureza administrativa, seja feito com obediência ao princípio da soberania popular” (JUSTEN FILHO, 2006, p. 64).

DI PIETRO (2009, p.63) ao comentar o princípio da legalidade assim se expressa:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.

Essa sistemática de retratar a vontade do povo através da lei, dá a esta – lei - o papel de voz do povo, razão de sua importância, pois, “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente,” (art. 1º, parágrafo único, da CF88).

b) Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade, por sua vez, é aparentado do princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88 e determina que o agente público - enquanto representante da Administração Pública - não deve atuar de forma pessoal, i.e., fulcrado em interesses próprios; favorecendo-se ou favorecendo a outro, ou mesmo prejudicando ou discriminando alguém sem justificativa legal.

GASPARINI (2003, pp. 8-9) ao comentar o princípio da impessoalidade orienta que:

A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. É o que impõe ao Poder Público este princípio. Com ele quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação.

Então, o princípio da impessoalidade traduz a ideia de que os administrados devem ser tratados sem discriminações, nem simpatias nem animosidades são toleráveis, porque a busca do administrador público deve ser sempre a de tutelar o

interesse público, geral, coletivo, sob pena de incorrer em desvio de finalidade, o que pode vir a ensejar responsabilização de natureza administrativa, civil e/ou penal.

c) Princípio da Moralidade

Em relação ao princípio da moralidade, necessário se faz inicialmente tecer considerações acerca do vocábulo “moralidade”, pois, os conceitos jurídicos bipartem-se em determinados e indeterminados, e a moralidade administrativa classifica-se como vocábulo indeterminado, vago, aberto, o que dificulta a sua inteligência.

MARIOTTI (1999, p. 74) ao abordar o tema, elucida que:

determinados são os que delimitam o âmbito de realidade à qual se referem de forma precisa e inequívoca (...); já os indeterminados referem um âmbito de realidade cuja delimitação não é precisa em abstrato, embora se refira a uma hipótese concreta.

De fato, todo conceito jurídico embora indeterminado é portador de um comando (conteúdo), se não o fosse consistiria em “letra morta”, ou seja, sem qualquer função dentro do Texto constitucional, o que, sem maiores delongas, não se afigura razoável em qualquer sistema normativo. Destarte, embora indeterminado o enunciado, traz em si um conteúdo, que será identificado frente ao caso concreto, pelo aplicador do Direito.

Ensina DI PIETRO (2009, p.77):

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa do princípio da moralidade administrativa.

Assim é que a moralidade administrativa determina que o agente público no desempenho de suas atividades junto a Administração Pública deve agir com ética, lealdade, boa-fé, honestidade.

MORAES (2012, p.345), ao discorrer sobre a hipótese diz:

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos pelo art. 37, par. 4º, da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao

erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429/92 para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.

A não observância deste princípio poderá ensejar, em certas situações, penalidades por improbidade administrativa, prevista no § 4º, do art. 37, da CF/88, regulamentado pela Lei Federal nº 8.429, de 02/06/1992.

d) Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade retrata a transparência na atuação da Administração Pública, em consonância com o sistema democrático vigente.

Deve ser visto em sentido amplo, vale dizer, não apenas em relação à publicação de atos em jornal oficial, ou através de afixação em lugar de divulgação de atos públicos, em quadro próprio da Administração, mas também em relação a outras medidas.

O art. 5º, inc. XXXIII, da CF/88, figura como um dos desdobramentos desse princípio quando reconhece a todos o direito de receber dos órgãos públicos, informações de seu interesse particular ou de interesse geral, ressalvados apenas aqueles cujo sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade.

A possibilidade de acesso dos administrados em alguns atos realizados pela Administração em sessão pública, como é o caso, por exemplo, da licitação que de acordo com art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93 é norteadada pelo princípio da publicidade, “que visa a garantir a qualquer interessado as faculdades de participação e de fiscalização dos atos da licitação”. (JUSTEN FILHO, 2001, p. 72).

Assim, o princípio da publicidade abrange toda atuação estatal, tanto no que se refere à divulgação de seus atos externamente, como em relação ao acesso e conhecimento da conduta interna de seus agentes públicos.

e) Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência não constava originariamente na redação do *caput* do art. 37 da CF/88; foi inserido com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que tratou da reforma do Estado.

MEIRELLES (2009, p.98), assim se expressa:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Assim, o princípio da eficiência informa que a atuação dos agentes públicos deve se dar de forma célere, com qualidade, com o menor custo possível e que satisfaçam as necessidades dos administrados. Eficiência contrapõe-se à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão, ao despreparo técnico.

7.2. Princípios Implícitos

Além dos princípios expressos constitucionalmente existem os denominados princípios implícitos, oriundos de construção legal, doutrinária, jurisprudencial, que são extraídos da essência da atuação da Administração Pública.

Não há consenso sobre o rol desses princípios, exatamente pelo fato de não serem literais, expressos.

Neste trabalho serão abordados, de forma sucinta, aqueles basilares, que gozam de maior destaque dentro do sistema e que são citados por quase todos doutrinadores.

a) Princípio da Supremacia do Interesse Público

Também conhecido como Princípio da Preponderância do Interesse Público sobre o Interesse Particular, significa dizer que sempre que houver conflito entre o interesse geral e o interesse particular, o primeiro prevalecerá. Na verdade, sempre que possível a Administração Pública deve realizar a ponderação de interesses, de modo que não haja sacrifício de nenhum deles, porém, quando isto for inevitável a tutela recaíra sobre o interesse público.

b) Princípio da Indisponibilidade

O interesse e os bens públicos são indisponíveis, pois não pertencem à Administração Pública, ou seja, a autoridade administrativa não tem autonomia para dispor de bens e interesses públicos, pois estes pertencem a coletividade, esta sim a verdadeira proprietária destes direitos e interesses.

Ao agente público, cabe tão somente gerir, proteger, conservar e aprimorar estes bens e interesses. Nesse sentido é que – só para exemplificar - para alienação de bens públicos é necessária autorização legislativa específica.

c) Princípio da Continuidade

As atividades da Administração Pública não podem sofrer solução de continuidade, i.e., devem ser ininterruptas para o eficaz atendimento do interesse dos administrados.

O art. 6º da Lei Federal nº 8987, de 13 de fevereiro 1995, ao relacionar os requisitos para a caracterização do serviço público adequado, menciona a “continuidade”. No § 3º do referido artigo traz exceção à hipótese ao admitir a descontinuidade da prestação de serviços públicos somente em situações de emergência ou após prévio aviso, quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

O tema também propõe reflexão acerca do direito de greve no serviço público, assegurado no art. 37, VII, da CF/88, que se enquadra como norma de eficácia limitada e, portanto, depende de lei infraconstitucional para que possa ser colocado em prática. Indaga-se:- em face do princípio da continuidade e considerando a não regulamentação do citado dispositivo constitucional é possível ao servidor público exercer o direito de greve?

A questão foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão datada de 25 de outubro de 2007, exarada nos autos dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, propostos pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo, Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará,

respectivamente. Assim, vige a possibilidade de greve no setor público desde que observados os requisitos da Lei Federal nº 7.783/89 - que regulamenta o direito de greve no setor privado – no campo relativo aos serviços essenciais; isto até que seja editada lei específica disciplinando o art. 37, VII, da CF/88.

Então, pode-se dizer que o princípio da continuidade compatibilizar-se-á com o direito de greve na Administração Pública quando este direito for exercido com a observância de antecedência mínima na comunicação do início da greve e pela manutenção de percentual de funcionamento nas atividades essenciais.

Com efeito, em face do princípio da continuidade a prestação dos serviços públicos não pode parar, pois “os desejos dos administrados são contínuos” (GASPARINI, 2003, p. 16), podendo ser relativizado em situações pontualíssimas resguardadas pelas fontes do direito.

d) Princípio da Presunção de Legalidade e Veracidade

Pressupõe que a atuação da Administração se faz de conformidade com as normas legais e que em relação ao conteúdo fático este sempre é verdadeiro.

Por se tratar de presunção diz-se que a legalidade e a veracidade não tem caráter absoluto, ou seja, admite prova em contrário.

Um bom exemplo para demonstrar o efeito prático do princípio da presunção de legalidade e veracidade, é a possibilidade do agente público autenticar documentos, expedir certidões, em face da fé pública de que seus atos são dotados; nesse sentido oportuno citar o art. 19, II, da Constituição Federal brasileira de 1988.

e) Princípio da Autotutela Administrativa

O Princípio da autotutela administrativa resume-se no poder da Administração de rever seus atos; anulando-os quando ilegais e revogando-os quando inoportunos e inconvenientes ao interesse público.

Este princípio encontra-se estampado nas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Reforce-se que, a revisão dos atos administrativos – anulação ou revogação - se faz pela própria Administração, ou seja, independe de autorização prévia do Poder Judiciário para levar uma ou outra a efeito.

f) Princípio da Motivação

Traz o dever da Administração Pública de justificar os seus atos, indicando as razões de fatos e fundamentos de direito que o embasam.

BANDEIRA DE MELLO (2009, p. 113), ao comentar o princípio da motivação, alerta que:

... os atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação for tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza e que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.

Então, a motivação deve trazer de forma clara e precisa os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem assim a fonte legal em que tal ato está amparado.

g) Princípio da Finalidade

Este princípio impõe que a Administração atue sempre com vistas a atender o seu objetivo único, qual seja: o interesse geral, coletivo, público.

O afastamento dessa finalidade conduz ao desvio de finalidade, que pode ensejar responsabilização do agente público que assim agir.

h) Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

A Lei Federal nº 9784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, reporta-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em seu art. 2º, inc. VI, ao determinar a observância da *adequação entre os meios e fins* – essência da razoabilidade - e ao vedar a *imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público* – sentido da proporcionalidade.

Alguns autores separam razoabilidade de proporcionalidade. É o caso, por exemplo, de BANDEIRA DE MELLO que ao comentar referidos princípios assim se expressa:

Princípio da razoabilidade. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critério aceitável do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga de competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis - as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada (2009, p. 108)

Princípio da proporcionalidade. Este princípio enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas não só podem ser *validamente* exercidas na *extensão e intensidade* correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam (2009, p. 110).

Em síntese, razoabilidade é a qualidade do que é razoável e, portanto, do que se situa dentro de limites admissíveis; e proporcionalidade tem como fundamento evitar o excesso de poder do agente público na sua atuação, devendo agir com equilíbrio segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins colimados.

8. A AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA O REPASSE DE RECURSOS

Para o regular repasse de recursos públicos às entidades integrantes do terceiro setor, providências prévias devem ser adotadas, dentre elas e principalmente, a autorização legal, i.e., lei específica deve autorizar o ente público a conceder verba à entidade específica.

Tal exigência decorre do princípio da legalidade e de norma geral consubstanciada no art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2.000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, que enuncia:- “Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou défits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais”

Os entes federativos, seguindo a diretriz traçada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, editam leis locais dispondo sobre o repasse de verba às entidades, detalhando como isso deve se dar, constando, sem prejuízo de outros, os seguintes elementos:- objetivos do ajuste, destinação da verba, valor, forma e periodicidade do repasse, entidade beneficiada, forma de prestação de contas.

A falta de lei constitui vício e pode resultar em penalidade aos envolvidos, tanto ao Poder Público como à entidade beneficiada. As sanções comumente traduzem-se em multas, devolução de valores, proibição de receber novos recursos.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em face do caso concreto, pode tolerar a não edição de lei e dispensar a sanção, restringindo-se a recomendar a edição de lei em casos futuros. A jurisprudência da citada Corte fiscalizadora tem demonstrado que tal possibilidade exsurge somente quando evidenciada a regular aplicação dos recursos no objeto do ajuste. São situações excepcionalíssimas.

Nesse sentido merece destaque (FONSECA, 2013, pp. 481-482):

REPASSES DE RECURSOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR –
PRESTAÇÃO DE CONTAS – LEGISLAÇÃO AUTORIZADORA
ESPECÍFICA – ART. 26 DA LRF – RECOMENDAÇÃO

Não obstante determinadas ressalvas, não constam nos autos indícios da não aplicação dos recursos no objeto do Convênio, motivo pelo qual as falhas podem ser remetidas ao campo das recomendações. Ante ao exposto, consoante as manifestações favoráveis da Assessoria Técnica, Chefia da Assessoria Técnica e

SDG, JULGO REGULAR a prestação de contas apresentada, quitando em consequência os responsáveis, RECOMENDANDO à Prefeitura Municipal de Peruíbe que se atente ao fato de que as concessões de subvenção precisam ser acompanhadas de legislação autorizadora específica, nos termos preconizados pelo artigo 26 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) (TCE-SP; TC-5321/026/09; Decisão Monocrática; Sessão: 25/05/2000; Relator Conselheiro Dr. Eduardo Bittencourt Carvalho; Interessado: APAE – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Peruíbe; Exercício: 2004; D.O.E.: 27/05/2010).

REPASSES DE RECURSOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR – INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA – REGULAR COM RECOMENDAÇÃO

Examina-se, com fundamento no artigo 2º, inciso XVII da Lei Complementar nº 709/93, aplicação de recursos repassados em 2004 pela Prefeitura Municipal de Diadema à Associação Estrela da Esperança Internacional no valor de R\$ 987.015,00. Da análise da prestação de contas, o órgão de instrução (fls. 111/113) reclamou pela lei específica – com indicação expressa da beneficiária, valor e finalidade -, manifestação do Conselho Fiscal sobre a prestação de contas, declaração da autoridade pública atestando a existência da Associação e demonstrativos contábeis da entidade. (...) Manifestações dos órgãos de instrução e técnico revelam que os recursos transferidos à Associação Estrela Esperança Internacional foram adequadamente aplicados e correspondente prestação de contas obteve parecer favorável do órgão concessor. Das falhas consignadas pela auditoria, remanesceu apenas a ausência de lei específica identificando valor, finalidade e beneficiária, impropriedade passível de relevação no caso, pois verificada a existência de leis municipais (nºs 1276/93 e 1621/97) autorizando repasse da espécie. Diante do exposto, com fundamento no artigo 2º, inciso XVII da Lei Complementar nº 709/93, julgo regular a aplicação dos recursos, com recomendação ao órgão concessor para que os repasses sejam precedidos por lei específica. (TCE-SP; TC-020112/026/05; Decisão Monocrática; Sessão: 03/05/2010; Relator Conselheiro Dr. Edgard Camargo Rodrigues; Interessado: Prefeitura Municipal de Diadema; Exercício: 2004; D.O.E.: 11/05/2010).

Também em situações pontuais, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem admitido a edição posterior de lei, com o fito de convalidar o repasse e os atos já praticados. Vejamos (FONSECA, 2013, p. 485):

REPASSES DE RECURSOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR – LEI AUTORIZATIVA POSTERIOR – RESSALVA

Auditoria (fls. 35/40) refutou repasses e despesas antes da edição das leis autorizadas da transferência (Leis Municipais nºs 2579/08 e 2582, de 23/10/08) que retroagiram seus efeitos a 01/01/08; (...) Documentação dos autos e manifestação do órgão de instrução

revelam que os recursos foram adequadamente aplicados, o que, com efeito, resultou na emissão pelo órgão concessor de pareceres favoráveis às prestações de contas. O efeito retroativo conferido às leis municipais que autorizaram o repasse convalida os atos até então praticados relacionados às transferências e gastos anteriores à edição dos diplomas legais. (...) Assim, ausentes aspectos que comprometam a matéria, com fundamento no artigo 2º, inciso XVII da Lei Complementar nº 709/93, julgo regular a aplicação dos recursos repassados pela Prefeitura Municipal de Urânia. (TCE-SP; TC-00227/011/10; Decisão Monocrática; Relator Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues; Interessado: Prefeitura Municipal de Urânia; Exercício: 2008; D.O.E.: 30/06/2010).

A convalidação é um ato administrativo, e tem por objetivo dar validade a ato praticado em desacordo com a lei. Portanto, em situações muito singulares em que há o repasse de recurso público sem lei prévia autorizativa, a Corte de Contas admite que lei posterior convalide o ato praticado, qual seja: - repasse de dinheiro público sem lei autorizativa – mas, desde que se demonstre, de forma irrefutável, a aplicação integral e regular do dinheiro repassado nos objetivos colimados.

Então, para o repasse de recursos públicos ao terceiro setor, necessário se faz lei autorizativa específica. Tal exigência busca submeter ao crivo da sociedade a feitura dessas parcerias, o que é legítimo e totalmente necessário dentro da estrutura democrática que norteia a atuação da Administração Pública brasileira.

9. CONCLUSÃO

O terceiro setor aparece como um novo modelo de gestão pública, através do qual a iniciativa privada atua em parceria com o Estado na viabilização de atividades e serviços de interesse coletivo.

As organizações não governamentais (ONGs), que integram o terceiro setor, desenvolvem papel extremamente importante junto à sociedade e a cada dia se mostra mais indispensável, pois, além de suprir a ineficiência do Estado, possibilita a mobilização de recursos materiais e humanos para o atendimento de relevantes demandas de interesse social, gera empregos e ainda traz como conteúdo implícito o aspecto filosófico pelo idealismo de suas atividades, enquanto participação democrática, exercício de cidadania e responsabilidade social.

Essas Instituições que atuam sem fins lucrativos vêm ganhando espaço e regulamentação legal, pois, como se vê do exposto neste trabalho é farta a legislação cuidando do tema. Também se denota preocupação com o aperfeiçoamento do setor; nesse sentido vale citar a recentemente editada Lei Federal nº 13.019/14, chamada de marco regulatório do terceiro setor.

As parcerias entre Poder Público e o terceiro setor são firmadas através de ajustes com formato de convênio, termo de parceria, contrato de gestão; e agora com o marco regulatório serão introduzidos o termo de colaboração e o termo de fomento.

O repasse de recursos é medida justa e necessária ao terceiro setor, pois as suas finalidades – objetivos estatutários – visam atender demanda social a cargo do Poder Público. Então, é possível afirmar que o Estado está ajudando àquele que está atuando, assumindo despesas e responsabilidades que, a rigor, lhe competiam. Em outras palavras, essas organizações não governamentais desoneram o Estado de incumbências e, portanto, nada mais justo que este os auxiliem.

Obviamente há de se ter critérios e controle para o repasse de recursos. Nesse sentido é que a Administração deve observar rigorosamente as formalidades necessárias para tanto, em especial os princípios norteadores de sua conduta e a edição de lei específica para formalizar o repasse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 14 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

BRASIL. *Constituição, 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: RT, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. rev. ampl. e atual, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Nanci Valadares de. **Autogestão: o nascimento das ONGs**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

FONSECA, Joaquim. **Repertório Sistematizado de Jurisprudência do TCE/SP: 2010, 2011, 2012: Centro de Estudos de Administração Pública**. 2 ed., São Paulo: Editora Grifon, 2013.

GARCIA, Maria. **A Democracia e o Modelo Representativo, in Democracia, Hoje: um modelo político para o Brasil**, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) / Celso Bastos Editor, 1997.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 11 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 8 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 8 ed., São Paulo: Dialética, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.

MARIOTTI, Alexandre. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Brasileiro**. 5 ed. rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev e atual, São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 6 ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Saraiva, 2005.

PAES, José Eduardo Sabo. **O Novo Direito Administrativo Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos Santos. **Reforma Administrativa e o Terceiro Setor**. Disponível em www.ultimaarcadenoe.com., acesso em 16.09.2014.

SUGIURA, Paulo Massaru Uesugi Sugiura. *Marco Regulatório do Terceiro Setor*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4118, 10 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32671>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, **Manual Básico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: Repasses Públicos ao Terceiro Setor**, rev. e ampl., Dezembro/2012.

VOLTOLINI, Ricardo (org.). **Terceiro Setor: Planejamento & Gestão**. 2 ed., São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2004.

