

A CONCESSÃO DO TÍTULO JURÍDICO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL

LUCIANA CORDEIRO RODRIGUES*

1. Breve Digressão sobre a Reforma Administrativa — 2. O Programa de Publicização e as Organizações Sociais — 3. A Concessão do Título de Organização Social: um Ato Descricionário — 4. A Perda do Título jurídico de Organização Social — 5. Exposição Conclusiva — 6. Bibliografia

1. Breve Digressão sobre a Reforma Administrativa

Os Estados Nacionais contemporâneos vêm passando, nas três últimas décadas, por um processo de transformações econômicas, políticas e sociais, ocasionado pela tendência a globalização da economia, integração e flexibilização dos mercados, recrudescimento da democracia participativa e pelo clamor da diminuição do intervencionismo estatal.

Tal fenômeno — acelerado nos anos 90, na América Latina e na África, por conta da globalização, iniciou-se na Europa Continental, por volta da década de 70, já tendo até mesmo alcançado o seu termo e maturação em muitos países europeus — vem percorrendo o mundo num crescendo avassalador, levando a emergência de novos paradigmas e ao redimensionamento do próprio conceito de Estado.

Para entender às demandas sociais, frente às profundas transformações já descritas, o Estado Brasileiro, que se mostrou anacrônico diante da velocidade dessas mudanças, engendrou um processo de Reforma Administrativa, no intuito de superar esta crise e de recuperar a sua governabilidade. Sobre esse momento crítico, escreveu José Alfredo de Oliveira BARACHO: “*As estruturas políticas convivem com a crise de tipologias de Estado, com a perspectiva de sua reengenharia; com a desilusão histórica quanto aos projetos idealizados para os*

* Advogada. Pós-graduada em Direito Administrativo pela UFPE.

*modelos políticos; com a crise de governabilidade e, principalmente, com a confusão das esferas públicas e privada.”*¹

Então, para superar a crise do tradicional modelo de Estado e modernizar a máquina administrativa, o Estado Brasileiro realizou a sua Reforma Administrativa, através do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e da EC nº 19/98, introduzindo o modelo de administração pública gerencial, que visa a reengenharia da estrutura e organização do Estado pela racionalização das escolhas públicas e redução de sua dimensão às áreas estratégicas.

Contudo, o processo da Reforma Administrativa Brasileira foi inoculado no Ordenamento Jurídico pátrio muito antes da EC nº 19/98 e até mesmo da própria Constituição de 1988, bafejada por princípios e valores da nova ordem internacional e que inseriu marcos de direcionamentos técnicos e administrativos no sentido de concretizar a nova postura do Estado. A Reforma Administrativa não é oportunista e pontual. Antes da promulgação desta Lex Legum já existiam os seguintes diplomas legislativos: o Decreto nº 91.991, de 28.11.1985, e o Decreto nº 95.886, de 29.03.1988, que, direcionados a área administrativa econômica, estabeleciam o Programa Federal de Desestatização. A essência desse programa era “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo a iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”².

Mesmo levando em consideração que os aludidos decretos dizem respeito a reestruturação do Estado na Economia, não poderíamos pensar que o processo de mudanças ficaria apenas adstrito a essa seara, uma vez que todos os demais subsistemas sociais são interdependentes e interagem entre si. Desta forma, também outras áreas devem sofrer ajustes — chamados de Reforma Trabalhista, Reforma Tributária, Reforma Previdenciária, Reforma administrativa... — necessários a saúde econômica do Estado, e ao atendimento das novas demandas sociais e conjunturas da política doméstica e mundial.

O processo de reformas, então, foi, e vem sendo, continuamente realizado através de duas frentes: *primo*, na esfera constitucional, com a introdução de novos princípios e diretrizes, na forma de reiteradas emendas, verificando-se o fenômeno de ruptura com a administração burocrática; *secundo*, na órbita infra-constitucional, buscando-se a instrumentalização minudente das modificações realizadas no arcabouço constitucional, no intuito de efetivá-las no seio estrutural da Administração Pública.

Em síntese apertada, pode se resumir que o processo de reforma foi dirigido aos quatro setores do Estado³, quais sejam: a) Estratégico, para o qual é dirigido o programa de desburocratização; b) Serviços exclusivos do Estado, ao qual é destinado a criação das agências executivas; c) Serviços não exclusivos, a ser dirigido

1 BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *apud in* PIRES, Maria Coeli Simões. “Terceiro Setor e as Organizações Sociais”. BDA. São Paulo: Editora NDJ, a. XV, n. 4, abril, 1999, p. 245.

2 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.101.

3 PIRES, Maria Coeli Simões, p. 246.

pelo programa de publicização; d) Mercado, cuja reforma dá-se pelo programa de privatização. Entretanto, em virtude da escolha do tema deste trabalho, a presente discussão somente versará sobre o terceiro setor — de serviços não exclusivos do Estado —, no qual se inserem as Organizações Sociais, e o seu Programa de Publicização.

2. O Programa de Publicização e as Organizações Sociais

O Programa de Publicização, que se encontrava previsto desde 1995, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, bem como na Lei nº 9.637, de 15.05.1998, foi concebido com o fulcro de implantar o processo de reforma administrativa no terceiro setor das atividades estatais, que são os serviços não exclusivos do Estado.

O Programa de Publicização possui duas finalidades: reduzir o aparato estatal no que pertine a atividades que não lhe são exclusivas e, simultaneamente, e fomentar a flexibilização da gestão da coisa pública, na medida em que estimula a transferência de atividades não exclusivas e a sua gestão por colaboração por pessoas estranhas a Administração.

Dá-se a sua instrumentalização através das Organizações Sociais, que, em tese, constituem-se um novo mecanismo que busca a redefinição do modo de intervenção estatal no âmbito social.

Têm as Organizações Sociais a sua inspiração no modelo inglês — as denominadas *QUANGOS*, sigla que significa “*quasi auto nomous non governmental organizations*” — possuidoras de um alto prestígio dentro da Europa, devido a otimização de resultados e eficiência, aliado a redução de custos operacionais, e destacando-se, principalmente, na área da saúde.

Mas as organizações sociais brasileiras não são entidades em si, um centro de imputação normativa, uma pessoa jurídica. São, antes de tudo, uma titulação jurídica concedida pela Administração Pública às entidades privadas, constituídas sob a forma de fundação ou de associação civil, sem fins lucrativos, que realizam a prestação de serviços públicos não exclusivos.

A este respeito, é oportuno colacionar as palavras de Paulo MODESTO⁴: “*As organizações sociais definem-se como instituições de terceiro setor (pessoas privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividades de conteúdo social relevante). Mas ser organização social não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um título jurídico especial, conferido pelo Poder Público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei.*”

4 MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. “*Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*”. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 214, outubro/dezembro, 1998, p. 61.

Portanto, este novel modelo, introduzido pela Reforma do Estado, não criou uma nova forma de pessoa jurídica, mas apenas instituiu uma qualidade jurídica concedida a determinadas entidades intermédias de personalidade jurídica de Direito Privado, que atuam no terceiro setor e passam a relacionar-se com o Estado, em regime de colaboração, através do contrato de gestão. A qualificação de uma entidade como organização social não retira a sua essência e natureza privatística; jamais integrando, por conseguinte, a administração pública.

A adesão a esta qualificação é voluntária. A instituição, que passa a gozar desta titulação em razão de sua finalidade, tem assegurada uma série de benefícios tributários — v.g., a isenção de contribuições sociais — e prerrogativas administrativas — e.g., a destinação de dotações orçamentárias e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão (art. 12, Lei nº 9.637/98) e a cessão especial de servidores públicos, com ônus para entidade de origem (art. 14).

Em suma, nenhuma entidade privada, que preste serviços públicos não exclusivos, nasce no mundo jurídico como uma organização social. Ela torna-se organização social em face da obediência a uma série de requisitos formais descritos na Lei nº 9.637/98 (art. 2º, I), bem como após o exame acurado de conveniência e oportunidade, pela administração pública, para a concessão do título aludido (art. 2º, II).

3. A Concessão do Título de Organização Social: um Ato Descricionário

Ser Organização Social é ostentar um título especial outorgado pelo Estado. Somente o reconhecimento formal, em manifestação declaratória do Estado para a produção de efeitos jurídicos, é que tem o condão de fazer surgir uma organização social.

Consoante já aludido, a lei nº 9.637, em seu art. 2º, I, elenca uma série de requisitos específicos a serem cumpridos pelas entidades privadas eu pretendem a qualificação como Organizações Sociais. Mas antes, há a necessidade de cumprimento de um requisito geral o art. 1º deste mesmo diploma legal estabelece que as pretensas entidades a este título devem desenvolver atividades nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

O cumprimento desses requisitos tem única e exclusivamente o condão de habilitar a entidade privada à percepção do referido título jurídico, não gerando qualquer expectativa de direito a obtenção do título de Organização Social, posto que “*essa qualificação tem a natureza de um ato administrativo unilateral de admissão, a ser outorgado discricionariamente sempre que a solicitação da associação habilitante for aprovada por dois órgãos federais quanto à conveniência e oportunidade dessa admissão ao novo status previstos em Lei*”⁵.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “*Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A*

A qualificação, em si, como Organização Social, conforme o art. 2º, II, do dispositivo legal em comento, é uma outorga concedida mediante a aprovação do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade privada e do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado.

O pleito de qualificação passa pelo crivo e análise de dois agentes administrativos para a aprovação da concessão do título. A partir daí, começa a delinear-se o exercício de uma competência discricionária, uma vez que o próprio comando legal revela ser inevitável uma apreciação subjetiva. Avulta, estreme de toda dúvida, que a concessão do título de Organização Social é um ato facultativo e eventual do Poder Público.

No ato discricionário reside o fato de se conceber, na intimidade de um ato jurídico, um elemento não jurídico, mas político, que é o mérito. Mas, de acordo com a concepção moderna de discricionariedade administrativa, trata-se de uma modalidade de aplicação ou execução da lei. Atribui-se, pois, um caráter jurídico normativo à discricionariedade administrativa, sem implicar na perda dessa expressão da autonomia do poder executivo.

A margem de liberdade conferida por lei à administração permanece intocável e até mesmo insindicável, mas tão somente enquanto exercitada na complementação do tipo aberto descrito na norma de competência. A discricionariedade, portanto, resulta da abertura normativa, pela qual a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para decidir, ponderar e avaliar os interesses em questão, visando sempre a realização dos fins públicos.

Consoante já descrito, claramente percebe-se que esta margem de liberdade tem o fulcro de completar a norma aberta, a qual, muitas vezes, é desta forma concebida pelo legislador, em face da impossibilidade da lei em discorrer minudentemente sobre todas as hipóteses fáticas.

Neste toar, a professora GERMANA MORAES⁶ leciona eu a abertura normativa tanto se dá pela previsão incompleta dos pressupostos à edição do ato administrativo — discricionariedade quanto aos pressupostos — quanto na indeterminação parcial dos efeitos a serem produzidos com a sua edição — discricionariedade de efeitos.

Na primeira hipótese, exsurge do exame da lei os conceitos indeterminados, que clamam pela atividade intelectual do administrador para tornar preciso um conceito vago e, desta forma, eleger o comportamento cabível. Na segunda hipótese, avulsa a utilização de formas potestativas, elegendo o administrador a sua escolha diante da apreciação da conveniência e oportunidade, uma vez que, da análise da Lei, não avulta uma solução unívoca.

É nesta última onde se localiza a opção do administrador em conceder o título de Organização Social, posto que, no caso em tela, não tem o mesmo que realizar nenhuma atividade intelectual de dar significação possível a algum conceito vago,

Gestão Associada de Serviços Públicos. Consórcios e Convênios de Cooperação)". RDA. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 214, outubro/dezembro, 1998, p. 50.

6 *In ob. cit.*, p. 39.

indeterminado ou *fluido*⁷ Diante do fato concreto, sob a égide dos princípios administrativos constitucionalizados e ponderando os interesses que se lhes apresenta, tem apenas que optar em conceder ou não a qualificação jurídica.

Esta margem de liberdade para poder optar, diante do caso concreto, pela solução mais adequada à satisfação da finalidade legal chama-se mérito, o qual, consoante o ensinamento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO⁸, “*não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir ao seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo*”.

Ao realizar essa apreciação subjetiva, na qualidade de agente administrativo, não pode o administrador descuidar dos fins mediatos e imediatos a que se propõe a existência dessa titulação.

Imediatamente, ao outorgar essa qualificação — *primo* — o Poder Público pretende distinguir as entidades beneficiadas com o título das demais existentes, inserindo-as em um regime jurídico específico; *secundo*, dar um tratamento legal específico a essas entidades, padronizando-as neste sentido; e, *tertio*, estabelecer um forma de controle sobre as entidades qualificadas prestadores de serviços não exclusivos.

De forma mediata, pretende o Poder Público, gradativamente, reduzir o aparato estatal e afastar-se da execução dos serviços sociais, para tornar-se regulador e promotor desses serviços, incentivando a participação democrática e a gestão privada, em parceria com o Estado, dos interesses públicos. A finalidade última da implantação da Reforma Administrativa no terceiro setor é atender às demandas sociais, na medida em que as atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde poderão ser espalhadas e efetivadas em um maior número de cidades, adequando-se, mais eficazmente, às peculiaridades e realidades regionais e locais.

A ato de concessão do título de Organização Social pretende a realização desses fins públicos. Portanto, na análise do mérito, o Administrador vai justamente decidir e ponderar, diante das circunstâncias que lhe são apresentadas, que entidades privadas, pretendentes a este título jurídico, podem realizar esses fins de maneira eficiente.

Insta salientar que, com a concessão dessa qualificação, a entidade privada passa a gozar de uma série de benefícios tributários, bem como de prerrogativas administrativas, que tem o escopo único de propiciar e fomentar o atingimento de fins públicos.

Destarte, tal titulação não poderia ser permitida diante do simples cumprimento de requisitos objetivos, uma vez que se verificaria a longo prazo uma “*erosão da credibilidade do título, que deixaria de servir como instrumento de identificação de um certo tipo de entidade, para ser confundido com uma simples exigência legal*”⁹. Em face disto, no exercício discricionário da concessão da qualificação em foco, objetiva-se atingir os fins legais descritos, além da realização dos princípios infor-

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 3ª tiragem, 1998.

8 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 202, p. 311.

9 MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. “*Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*”. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 214, outubro/dezembro, 1998, p. 58.

madores do Direito Administrativo, notadamente, o princípio constitucionalizado da eficiência, que é instrumentalizador dos postulados da Administração Gerencial.

4. A Perda do Título Jurídico de Organização Social

Aduziu-se, em linhas alhures, que um dos fins da concessão do título jurídico de Organização Social é o estabelecimento de formas de controle sobre as entidades privadas que prestam os serviços públicos não exclusivos, elencados na Lei nº 9.637/98. Este controle é exercido na medida em que a permanência desta qualificação está condicionada ao cumprimento do Contrato de Gestão, bem como do Programa de Metas, e ao controle de seus resultados.

Conclui-se, portanto, que não há direito adquirido ao título de Organização Social, e nem às vantagens decorrentes desta qualificação. Se forem violadas as exigências para manutenção do título, o mesmo pode ser suspenso, e até mesmo cassado. Entretanto, se a concessão desta titulação especial dá-se mediante o exercício de uma competência discricionária, a sua suspensão ou cassação somente pode realizar-se através de processo administrativo, no qual é assegurado o contraditório a ampla defesa, consoante o art. 16, da Lei nº 9.637/98.

5. Exposição Conclusiva

A Reforma Administrativa é um imperativo para que o Estado Brasileiro modernize a sua máquina administrativa e redimensione o seu papel, logrando o alcance do desenvolvimento econômico e proporcionando o bem-estar social. Com a realização desse processo de reformas, uma série de novos institutos foram introduzidos em nosso Ordenamento Jurídico, como o fito de modernizar o gerenciamento dos interesses públicos.

Neste processo de reengenharia estatal, tivemos a criação das Organizações Sociais, que consistem em uma titulação jurídica especial concedida a entidades privadas sem fins lucrativos, que pretendem a prestação de serviços públicos não exclusivos, também denominados atividades do terceiro setor. É característico desse processo de reforma a desvinculação do Estado da prestação de serviços não exclusivos e a publicização dessas atividades executadas por entidades de Direito Privado.

Para a efetivação dessa publicização, as entidades privadas pleiteiam a qualificação de Organização Social, cuja concessão não decorre do simples cumprimento de requisitos estabelecidos em lei, mas, sobretudo, de um ato administrativo unilateral e discricionário.

Esse exercício de competência discricionária resulta do fato de a norma apresentar forma potestativas e não dar uma solução unívoca ao Administrador, conferindo-lhe, então, uma margem de liberdade para eleger que entidade atenderá de forma mais eficiente o interesse público. Trata-se de uma ponderação sobre os juízos de conveniência e oportunidade para a concessão do título, visando-se a finalidade da norma, ou melhor, os bens jurídicos por ela pretendidos, quais sejam, a racionalização das escolhas públicas, a eficiência dos serviços públicos e a participação da sociedade na gestão da coisa pública.

6. Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 3ª tiragem, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 14ª edição, 2002.
- FREITAS, Juarez. “*Regime Peculiar das Organizações Sociais e o Indispensável Aperfeiçoamento do Modelo Federal*”. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 214, outubro/dezembro, 1998, pp. 99-106.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “*Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*”. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, pp. 84-115.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno: de Acordo com a EC 19/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. “*Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*”. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 214, outubro/dezembro, 1998, pp. 55-68.
- _____. “*Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil (As Dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais)*”. [Http://www.jus.com.br/doutrina/ec19eorganizações_sociais](http://www.jus.com.br/doutrina/ec19eorganizações_sociais). 20.07.00.
- MORAES, Germana de Oliveira. “*Obrigatoriedade de Motivação Explícita, Clara, Congruente e Tempestiva dos Atos Administrativos*”. Revista Nomos do Curso de Mestrado da UFC. Fortaleza: volumes XVI/XVII/XVIII, nº 4/5/6, jan./dez, 1997, 1998, 1999, pp. 11-15.
- _____. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “*Organizações Sociais de Colaboração (Descentralização Social e Administração Pública Não-Estatal)*”. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 210, outubro/dezembro, 1997, pp. 183-194.
- _____. “*Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos. Consórcios e Convênios de Cooperação)*”. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 214, outubro/dezembro, 1998, pp. 35-53.
- PIRES, Maria Coeli Simões. “*Terceiro Setor e as Organizações Sociais*”. BDA. São Paulo: NDJ, a XV, n. 4, abril, pp. 245-255.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. “*Organizações Sociais*”. BDA. São Paulo: NDJ, a. XV, n. 3, março, 1999, pp. 154-155.
- ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2ª tiragem, 1996.