

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

CAROLINA FILIPINI FERREIRA

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA APARENTE NA
QUALIFICAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

SÃO PAULO - SP

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

CAROLINA FILIPINI FERREIRA

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA APARENTE NA
QUALIFICAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para a obtenção do
título de especialista em direito administrativo,
sob a orientação do Professor Doutor Thulio
Caminhoto Nassa.

SÃO PAULO - SP

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA APARENTE NA
QUALIFICAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Autor: Carolina Filipini Ferreira

Orientador: Professor Doutor Thulio Caminhoto Nassa

Este exemplar corresponde à redação final do
Trabalho de Conclusão de Curso elaborado por
Carolina Filipini Ferreira e aprovado pela
Comissão Julgadora.

Data: ____/____/____.

Assinatura: _____

Prof. Dr. Thulio Caminhoto Nassa

Examinador:

São Paulo, SP, ____, ____, ____.

À minha família por, simplesmente, tudo.

Minha gratidão à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em especial aos Professores Assistentes do curso de especialização em direito administrativo que tanto contribuem para a discussão do direito administrativo e estimulam as reflexões dos alunos.

Minha gratidão ao Professor Doutor Thulio Caminhoto Nassa que me acolheu com interesse e atenção, dedicando o seu tempo e compreensão à minha orientação. Agradeço sobremaneira a convivência no período.

Minha gratidão aos colegas do curso de especialização em direito administrativo que me acompanharam nesta jornada.

RESUMO

O trabalho busca demonstrar que não há competência discricionária na concessão do título jurídico de organização social às entidades privadas não lucrativas voltadas às atividades de relevância pública. A conclusão pela inexistência de discricionariedade administrativa decorre da proposição em sustentar que a qualificação é ato administrativo vinculado por se constituir como ato ampliativo de direito e como instância de controle administrativo. A qualificação é a verificação da compatibilidade das regras de constituição e funcionamento de uma entidade do terceiro setor com o regime jurídico de direito público mediante o preenchimento de requisitos legais. Assim sendo, confere uma vantagem jurídica ao interessado que a partir de então poderá celebrar parcerias com a Administração Pública e dela receber recursos financeiros, bens e servidores públicos. Apesar da interpretação, amparada na Constituição da República dada pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação administrativa da qualificação de organização social, busca-se demonstrar as hipóteses em que a discricionariedade desaparece na análise do caso concreto à luz dos princípios administrativos e dos efeitos de direito. A vinculação na qualificação é um passo para compreensão e aprimoramento das entidades do terceiro setor que têm o direito subjetivo de exigir do administrador os títulos jurídicos previstos em lei. A vinculação é ainda um passo para a fixação de requisitos legais que permitam o desenvolvimento das políticas públicas e do terceiro setor, nos aspectos da governança, resultados e observância do regime jurídico administrativo.

Palavras-chave: Organizações Sociais. Qualificação. Ato administrativo. Vinculação. Discricionariedade administrativa.

ABSTRACT

This work aims to demonstrate that there is no discretionary competence in granting the legal title of social organization to private non-profit entities focused on activities of public relevance. The conclusion of the lack of administrative discretion arises from the proposition to maintain that the qualification is an administrative act bound by constituting an act of extension of law and as an instance of administrative control. The qualification is the verification of the compatibility of the rules of constitution and operation of a third sector entity with the legal regime of public law by fulfilling legal requirements. Hence, it gives a legal advantage to the interested party who may from then on enter partnerships with the Public Administration and receive financial resources, goods and public servants. Despite the interpretation from the Constitution given by the Federal Supreme Court of the administrative approval regarding the qualification of social organization, it is sought to demonstrate the hypotheses in which the discretion disappears in the analysis of the concrete case in the light of the administrative principles and the effects of law. The legal bound in the qualification is a step towards understanding and improving the entities of the third sector that have the subjective right to demand from the administrator the legal titles provided by law. Moreover, the bound is a step towards the establishment of legal requirements that allow the development of public policies and the third sector, in aspects of governance, results and compliance with the administrative legal regime.

Keywords: Social Organizations. Qualification. Administrative act. Legal bound. Administrative discretion.

SUMÁRIO

Introdução	9
CAPÍTULO 01 - O CONTEXTO JURÍDICO DAS QUALIFICAÇÕES	
1.1. As relações do Estado com a sociedade civil decorrentes da consagração do Estado Democrático de Direito e dos princípios da solidariedade e da subsidiariedade.....	14
1.2. A atividade administrativa de fomento: subvenções, auxílios, contribuições, contratos de gestão, termos de parceria, convênios, termos de colaboração, termos de fomento, acordos de cooperação e as qualificações.....	22
CAPÍTULO 02 - VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	
2.1. Breves definições do ato administrativo.....	32
2.2. Atos administrativos ampliativos de direito e atos administrativos restritivos de direito.	37
2.3. O ato administrativo quanto à liberdade decisória da Administração Pública: vinculação e discricionariedade.....	38
2.4. Considerações sobre a vinculação e a discricionariedade nos atos ampliativos de direito e nos atos restritivos de direito	44
CAPÍTULO 03 - AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO	
3.1. A Lei Federal n.º 9.637/98 e os requisitos para a qualificação de organização social: ato administrativo discricionário.	48
3.1.2. A qualificação de organização social e a ADI 1923	53
3.2. A Lei Federal n.º 9.790/99 e os requisitos para a qualificação de organização da sociedade civil de interesse público: ato administrativo vinculado.....	56
3.3. A aparente discricionariedade administrativa na qualificação de organizações sociais: qualificação como ato administrativo vinculado.	60
Conclusão	67
Referências bibliográficas.....	69

INTRODUÇÃO

As organizações sociais tidas como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde são uma realidade na Administração Pública.

Em 2010, o ordenamento jurídico brasileiro contava com 57 (cinquenta e sete) leis que preconizavam sobre a matéria, conforme demonstrado em estudo promovido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão¹. Em âmbito federal, a precursora Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, foi responsável pela qualificação de 06 (seis) entidades². Em âmbito estadual, identificou-se 15 (quinze) Estados da federação com legislação própria sobre organizações sociais com aproximadamente 112 (cento e doze) entidades qualificadas³. Em relação aos Municípios, constatou-se 41 (quarenta e uma) leis municipais responsáveis pela qualificação de 52 (cinquenta e duas) entidades⁴. Daí pode se extrair a dimensão legal das organizações sociais e a necessidade de estudos para aprimoramento do modelo.

Decorrentes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, as organizações sociais constituem uma qualificação conferida pelo Poder Público às entidades privadas sem fins lucrativos de interesse social que almejem participar da promoção das políticas públicas e provisão de serviços. Como atrativo, as entidades qualificadas podem celebrar contrato de gestão com a Administração Pública para o estabelecimento de parceria com vistas ao recebimento de recursos financeiros, bens públicos e cessão de servidores. Em paralelo, o Estado submete a organização social ao atingimento de metas com o intuito de promover ganhos de produtividade aos serviços, de modo a introduzir o controle de resultados. Mais para além dos resultados, o modelo garante a gestão pública participativa ao incentivar a interação da Administração com outros atores sociais igualmente responsáveis pela efetivação dos direitos sociais.

A qualificação surge para viabilizar o estabelecimento desse vínculo entre o Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos de interesse social. A garantia do vínculo é necessária justamente em razão do interesse público envolvido na relação. A Administração,

¹ BRASIL. *Relações de parceria entre poder público e entes de cooperação e colaboração no Brasil*. GRAEF, Albino; SALGADO, Valéria (Autores); ANTERO, Samuel A. (Org.). Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFCI. Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG. Brasília/DF: Editora IABS, 2012, 164p.

² Idem, p. 62.

³ Idem, pp. 62-63.

⁴ Idem, pp. 63-65.

do mesmo modo que cria mecanismos para a participação popular, deve assegurar que a entidade que assuma a execução do serviço respeite o regime jurídico a ele inerente, principalmente os princípios administrativos da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

Neste sentido, em primeiro momento compreendido no capítulo I, o objetivo deste trabalho foi apresentar os princípios jurídicos, que fundamentam a interação da Administração Pública com outros atores sociais por meio das parcerias, com a exposição dos motivos que justificam a qualificação como instrumento de controle e regulação estatal das entidades do terceiro setor, possibilitando a governança e *accountability* dentro da organização social. Nesta etapa, mas não de maneira exaustiva, o trabalho procurou abordar as bases constitucionais e analisar a atividade administrativa de fomento e seus instrumentos que norteiam o instituto jurídico das qualificações.

Esta análise inicial foi necessária para enfrentar, mais uma vez não exaustivamente, o objetivo central do trabalho em propor o entendimento consistente na ausência de discricionariedade administrativa na qualificação de organizações sociais. Buscou-se chegar à conclusão de que a qualificação é ato administrativo vinculado por envolver direitos e interesses das organizações e constituir instrumento de controle estatal.

A Lei Federal n.º 9.637/98 que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais em âmbito federal e que é refletida nas leis estaduais e municipais submete a conquista do título de organização social à aprovação do Poder Público. Tal aprovação foi alvo de questionamentos pelos estudiosos, inclusive sendo objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923, promovida pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT.

A discussão girou em torno da ofensa ao princípio da isonomia acompanhado do princípio da impessoalidade, na medida em que a discricionariedade acarretaria favoritismos às entidades que conseguissem alcançar a concordância administrativa da qualificação. Em 2015, o Supremo Tribunal Federal manifestou a respeito com interpretação conforme a Constituição para admitir a discricionariedade administrativa na análise da qualificação, desde que respeitados os princípios administrativos e mediante a edição de decreto para definir os contornos para o exercício da competência discricionária⁵.

Mas, o debate se limitou à análise dos interesses da Administração Pública. Neste sentido, este trabalho pretende olhar o resultado decorrente da qualificação na esfera jurídica

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. J. 16/04/2015. Dje 17/12/2015.

do administrado e verificar como a discricionariedade administrativa se comporta no caso concreto quando se depara com direitos subjetivos e critério objetivos previstos na lei.

Além disso, pretende-se olhar a finalidade da qualificação como instância administrativa de controle, buscando-se uma uniformização jurídica no tratamento da qualificação mediante a conexão com outro título jurídico previsto no sistema normativo referente às organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP, disciplinadas pela Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março 1999, que são concedidas pelo administrador de modo vinculado.

A paridade de tratamento das qualificações pode se revelar na insegurança jurídica diante de várias legislações que preveem certificações ao terceiro setor. A titulação possui a mesma finalidade perante a Administração Pública de inserir a organização a um regime jurídico especial e de constituir instância de controle administrativo e regulação. Ainda não há compreensão do objetivo da qualificação. As organizações da sociedade civil reclamam uma uniformização perante o legislador. Até que não haja uma lei geral sobre a matéria caberá a doutrina sistematizar o regime e o ponto de partida, ao que parece, é enfrentar a vinculação do administrador perante os requisitos legais da qualificação.

A paridade de tratamento revela-se ainda no número de entidades que conseguiram se qualificar como organização social e no número de entidades como OSCIP, bem como da permanência das qualificações no decorrer do tempo. Como visto, em 2010, as entidades qualificadas como organizações sociais somavam 170 organizações sociais, em comparação com as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP, que, em 2010, contavam com 4.856 entidades qualificadas como OSCIP. Este número de entidades qualificadas como OSCIP parece ser expressivo, mas não comparado as 290,7 mil⁶ entidades que preenchem os requisitos de qualificação.

Atualmente, conforme demonstra o Mapa das Organizações da Sociedade Civil, há 499.705 associações e fundações que podem requerer alguma qualificação perante o Poder Público⁷. Delas, em 2016, 7.991 são qualificadas como OSCIP, mas não há levantamento nacional sobre as organizações sociais. Em discreta pesquisa nos portais de transparência dos Estados de São Paulo, Goiás, Santa Catarina, Bahia e do Município do Rio de Janeiro⁸, a

⁶ BRASIL. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Rio de Janeiro, 2012, 178p.

⁷ BRASIL. Mapa das organizações da sociedade civil. *Instituto de pesquisa econômica aplicada*. Disponível em <https://mapaosci.ipea.gov.br/#I01> Acesso em 06 dez. 2016.

⁸ BRASIL. Organizações sociais. *Portal da transparência, Governo do Estado de São Paulo*. Disponível em <http://www.transparencia.sp.gov.br/organizacoes.html>. Acesso em 06 dez. 2016; BRASIL. Organizações Sociais. *Secretaria de Estado da Casa Civil, Governo Goiás*. Disponível em

título ilustrativo, conseguiu-se identificar 214 entidades qualificadas como organizações sociais.

Cabe ainda o registro da desconfiança que se tem nas organizações sociais face aos desvios que foram identificados com a adoção do modelo. Não que o modelo das OSCIP não tenha apresentado desvirtuamento no seu uso, porém no que se refere às organizações sociais, em razão de ser uma qualificação que autoriza uma entidade privada a gerenciar a infraestrutura pública, observa-se cautela na sua interpretação que, por sua vez, não foi propagada no comportamento administrativo.

Mesmo com o julgamento do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da Lei Federal n.º 9.637/98, a sociedade e os órgãos públicos de controle ainda suspeitam do modelo. Um fato recente refere-se à pretensão do Governo do Distrito Federal em instituir a participação das organizações sociais na gestão pública da saúde que gerou entraves com a própria população e o Ministério Público. Parte deste entrave teve que ser resolvido mediante consulta do Congresso Nacional ao Tribunal de Contas da União para o reconhecimento da atuação das organizações sociais nas ações governamentais⁹.

Talvez a compreensão do que significa uma qualificação com a abertura de uma competitividade entre as entidades sem fins lucrativos sem o condicionamento da subjetividade do administrador pudesse trazer uma segurança jurídica ao modelo, ao menos, um início.

Assim, o foco deste trabalho é propor a qualificação de organizações sociais como um ato administrativo vinculado, de igual tratamento dado às organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP, a fim de conferir uma uniformização quanto ao ato administrativo da qualificação, para que assim se possa ter uma maior seriedade na fixação dos critérios objetivos que a Administração Pública estará vinculada à análise e as entidades sem fins lucrativos ao cumprimento. A vinculação pode permitir a eficácia da qualificação como instância de controle e regulação visando ao desenvolvimento do terceiro setor e das políticas públicas ao não deixar margem para a subjetividade.

<http://www.casacivil.go.gov.br/post/ver/194517/organizacoes-sociais-no-estado-de-goias>. Acesso em 06 dez. 2016; BRASIL. Organizações sociais. *Secretaria de Estado do Planejamento. Governo de Santa Catarina*. Disponível em <http://www.spg.sc.gov.br/index.php/acoes/19-organizacoes-sociais#faqnoanchor>. Acesso em 06 dez. 2016; BRASIL. Organizações sociais – publicizações e OS Gestoras. *Secretaria da Administração, Governo do Estado da Bahia*. Disponível em <http://www.saeb.ba.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=59> Acesso em 06 dez. 2016; BRASIL. Organizações Sociais. *Secretaria Municipal da Casa Civil, Prefeitura do Rio de Janeiro*. Disponível em <http://www.rio.rj.gov.br/web/cvl/exibeconteudo?id=2806005>. Acesso em 06 dez. 2016.

⁹ ALMEIDA, Kelly; ALMEIDA, Suzano. Organizações sociais na saúde pública do DF dividem especialistas. *Metrópoles*, Junho, 2016. Disponível em <http://www.metrópoles.com/distrito-federal/politica-df/organizacoes-sociais-na-saude-publica-do-df-dividem-especialistas>. Acesso em 07 de dez. 2016.

Para atingir este objetivo, mas não com a pretensão de esgotar a matéria, o trabalho abordou no capítulo II a vinculação e a discricionariedade administrativa, principalmente para pincelar as situações em que a competência discricionária desaparece, mesmo que legalmente prevista. Verificou-se, em seguida, como ela se manifesta nos atos administrativos ampliativos de direito e nos restritivos de direito. No capítulo III, examinou-se, de modo breve, a qualificação de organizações sociais e a qualificação de organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP para tentar sugerir a classificação da qualificação de organização social como ato administrativo vinculado.

O método utilizado foi uma pesquisa bibliográfica com o intuito de recolher os entendimentos da literatura para a procura de possível resposta e fundamento para a qualificação como ato administrativo vinculado. A pretensão em sustentar a vinculação é um ponto de partida para trabalhos futuros sobre o tema, principalmente sobre a fixação dos requisitos legais para a qualificação que a configure como instância de controle e regulação.

CAPÍTULO 01 - O CONTEXTO JURÍDICO DAS QUALIFICAÇÕES

1.1. As relações do Estado com a sociedade civil decorrentes da consagração do Estado Democrático de Direito e dos princípios da solidariedade e da subsidiariedade.

Uma das hipóteses de relações do Estado com a sociedade civil consiste na celebração de parcerias entre o Poder Público e as entidades sem fins lucrativos, cujo objeto social se destine ao interesse coletivo. Tais relações se fortaleceram a partir do entendimento de que o Estado poderia desempenhar tarefas públicas que não lhe são de titularidade exclusiva em cooperação com a sociedade civil¹⁰. O compartilhamento na execução dos serviços se fortaleceu pelo processo institucional de democratização das funções estatais acompanhado do reconhecimento normativo de novos atores igualmente responsáveis pelo exercício das prestações sociais¹¹.

Dentre os novos atores, destaca-se a organização voluntária dos cidadãos por meio da associação de pessoas ou mediante destinação de seus patrimônios, constituindo uma entidade privada sem fins lucrativos para a realização de atividades de relevância pública, o que deu origem à sociedade civil organizada.

¹⁰ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello “também não se deve imaginar que todos os serviços postos à compita do Poder Público, e, por isto, qualificáveis como públicos, estejam, todos eles (salvo concessão ou permissão), excluídos do campo de ação dos particulares. Com efeito, cumpre distinguir, de um lado, os serviços públicos privativos do Estado – que são os referidos no art. 21, XI e XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império, os quais devem ser prestados pela União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão – e, de outro lado, os serviços públicos não privativos do Estado. Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem. Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 711). Neste sentido, o ilustre doutrinador classifica os serviços públicos em quatro categorias: a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também é obrigatório outorgar em concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e d) serviços de prestação não obrigatória do Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 712-714).

¹¹ Cf. GRAU, Nuria Cunill. A rearticulação das relações Estado-sociedade: em busca de novos significados. *Revista do Serviço Público*, ano 47, volume 120, número 1, Jan-Abr. 1996, p. 113-140. Segundo a Autora: “Junto a isso, acentua-se a consciência de que o Estado não poderá assumir os desafios de proporcionar a integração social, se não for capaz de atuar realmente como um ente público, que aposte igualmente na sua própria democratização. Nota-se, por outro lado, que se começa a questionar as estratégias de desenvolvimento centradas exclusivamente no setor estatal e/ou privado, o que começa a legitimar a incorporação ativa da ‘sociedade civil’ ao processo, vale dizer, confere espaço próprio às expressões de solidariedade em tais estratégias. Em decorrência, a temática de rearticulação das relações Estado-sociedade adquire outra perspectiva: o fortalecimento da sociedade civil se faz solidário com a construção da democracia e da cidadania e implica a própria democratização do Estado, ainda que não se reduza a esta.” (GRAU, Nuria Cunill, *op. cit.*, p. 116).

A sociedade civil organizada pode ser considerada como o conjunto das organizações – pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos - que se constituem com base na liberdade associativa com o intuito não econômico para a consecução de fins sociais com o objetivo de preservar o interesse coletivo¹².

A ampla literatura denomina este conjunto como terceiro setor¹³, pois as entidades que o compõe não se enquadram no primeiro setor, compreendido pelas pessoas jurídicas de direito público, nem no segundo setor referente à ordem econômica. Trata-se de uma esfera intermediária entre o Estado e o mercado que surge pela ação voluntária dos cidadãos para provisão de serviços. O Estado vale da atividade administrativa de fomento e o mercado da conscientização de sua responsabilidade social para incentivar o terceiro setor e nele reconhecer o desempenho legítimo e eficiente das ações sociais.

Na Constituição Federal de 1988, a permissão da prestação de serviços públicos pelas entidades sem fins lucrativos é prevista nos dispositivos constitucionais referentes à ordem social¹⁴. A existência de um núcleo da sociedade civil responsável pela prestação de atividades sociais e a sua interlocução com o Estado se alicerçam no Estado Democrático de Direito, com os mecanismos da democracia participativa e os princípios gerais de direito da solidariedade e da subsidiariedade.

Ressalta-se que a democratização e os princípios mencionados não atuam isoladamente e devem ser interpretados de modo integrado para que o motivo das relações do

¹² Segundo Gustavo Henrique Justino de Oliveira “a sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas.” (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 11 out. 2016).

¹³ De acordo com Sílvio Luís Ferreira da Rocha “o nome Terceiro Setor indica os entes que estão situados entre os setores estatal e empresarial. Os entes que o integram são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais, o lucro, e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público” (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 15). No mesmo sentido, Carolina Zancaner Zockun ensina que “o terceiro setor é a nomenclatura dada às entidades que não fazem parte do setor estatal, isto é, não se vinculam direta ou indiretamente à Administração Pública, nem se dedicam às atividades empresariais, cuja finalidade e cuja atuação é voltada para consecução de objetivos sociais” (ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 186)

¹⁴ Os setores de saúde (CF, art. 198, III c/c art. 199, caput e §1.º), assistência social (CF, art. 204, II), educação (CF, art. 205, caput), cultura (CF, art. 215, §1.º), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218), meio ambiente (CF, art. 225), família, criança, adolescente, jovem e idoso (CF, art. 227, §1.º), índios (CF, arts. 231 e 232) constituem deveres do Estado que atuará em colaboração com a sociedade para promovê-los e incentivá-los.

Estado com as organizações da sociedade civil seja compreendido. Isso porque essas relações derivam da concreção principiológica e não da subsunção de regras jurídicas.

Nos dizeres de Dalmo de Abreu Dallari, o Estado Democrático de Direito concerne numa sociedade democraticamente organizada, de governo limitado pelo direito e de participação do povo nas decisões políticas, com a garantia dos direitos fundamentais e previsão de mecanismos para a sua concreta efetivação¹⁵.

A limitação do governo e a participação do povo se inserem no contexto do Estado de Direito com atribuição de responsabilidades para ambos e preservação do poder de controle ao povo para que ele exerça influência sobre as ações governamentais¹⁶. A Constituição Federal de 1988 institucionalizou o Estado Democrático de Direito com o acolhimento da democracia participativa, nos termos de seu artigo 1.º e ainda com a previsão expressa de modalidades de participação do povo na Administração Pública¹⁷.

Daí surge a permissão constitucional para que o Estado estabeleça vínculo com as organizações da sociedade civil, a fim de assegurar a participação do povo na execução dos atos de governo naquelas áreas em que a Carta Magna expressamente autoriza a protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil na efetivação dos direitos sociais¹⁸. Assim, as organizações da sociedade civil não realizam prestações sociais apenas em função do vínculo com o Poder Público, mas por direito próprio¹⁹, pois tal exercício, nos termos constitucionais, também é de responsabilidade da comunidade.

A corresponsabilidade na promoção dos direitos sociais provém do princípio da solidariedade, no sentido de compartilhamento entre o Estado, as pessoas e a sociedade na efetivação dos direitos fundamentais e na busca da justiça social pela integração dos excluídos ou marginalizados social e economicamente²⁰. Com a corresponsabilidade passa a ser dever do Estado, bem como da sociedade a realização dos direitos sociais mediante cooperação

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Direitos Fundamentais. In: *Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes (coord.), São Paulo Malheiros Editores, 2008, 849p.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Direitos Fundamentais. In: *Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes (coord.), São Paulo Malheiros Editores, 2008, 849p.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. Democracia Participativa. In.: *Caderno de Soluções Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pp. 183-214.

¹⁸ De acordo com Carolina Zancaner Zockun “os instrumentos indispensáveis para a realização dos direitos sociais, como visto, são os serviços públicos, que podem conjugar os elementos necessários para dar consistência à prescrição constitucional garantidora desses direitos” (ZOCKUN, Carolina Zancaner, *op. cit.*, p. 184).

¹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pp. 11-38, jan./jun. 2007.

²⁰ REMEDIO, José Antonio. Os direitos da solidariedade, o princípio da solidariedade, a solidariedade social e a filantropia como instrumentos de inclusão social. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho-PR, Brasil, n. 24, jan./jun. 2016, pp. 251-279.

coletiva com obrigações e deveres recíprocos, de modo que um com outro possam promover e executar as prestações indispensáveis aos direitos sociais²¹. Neste sentido, o solidarismo contrapõe os ideais individualistas²².

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da solidariedade no artigo 3.º, incisos I e II ao atribuir, como objetivos fundamentais do Poder Público, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. A solidariedade é característica do Estado Social, na medida em que, por conta do solidarismo, “*o Estado deixa de ser mero espectador: passa a intervir diretamente na vida da coletividade, adequando-se para promover ações no sentido de garantir os direitos sociais e também reduzir as desigualdades sociais*”²³, isto é, o Estado passa a ter a sua atuação voltada em satisfazer as necessidades públicas decorrentes dos direitos sociais para torná-los efetivos por meio da previsão de novas técnicas, em especial colaborativas.

Assim, a solidariedade permite o estabelecimento de vínculos entre o Estado e a sociedade civil para o exercício dos direitos sociais²⁴, em virtude dos aspectos axiológicos e

²¹ Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz sustenta que “a solidariedade implica, por outro lado, a corresponsabilidade, a compreensão da transcendência social das ações humanas, vem a ser, do co-existir e do con-viver comunitário. Percebe-se, aqui, igualmente, a sua inegável dimensão ética, em virtude do necessário reconhecimento mútuo de todos como pessoas, iguais em direitos e obrigações, que dá suporte a exigência recíprocas de ajuda ou sustento”. (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. In: *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 26, 2007, p. 172)

²² Segundo Augusto Neves Dal Pozzo, “na doutrina solidarista o individualismo e a liberdade individual não são proscritos, mas sujeitos ao pagamento de uma dívida em favor da igualdade, isto é, para o livre desenvolvimento da personalidade de todos os membros da coletividade. Conforme destaca Jacques Chevallier, a partir de então o Estado se apresenta menos sob a forma de manifestação de autoridade e mais como propiciador de utilidades públicas, porque seu objetivo é satisfazer, o melhor possível, as necessidades do público: esse é o novo paradigma para o qual o Estado deve atentar – promover a justiça social para equilibrar as condições sociais, rasgando-se esse processo de exacerbação do individualismo” (POZZO, Augusto Neves Dal. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 48).

²³ POZZO, Augusto Neves Dal, *op. cit.*, pp. 46-50. Sobre o assunto, Carolina Zancaner Zockun aduz que anteriormente ao Estado social, à época do Estado Liberal, a posição estatal era abstencionista para que as atividades dos particulares pudessem ser exploradas ao arbítrio da ordem econômica. Isso fez com que os indivíduos não tivessem condições mínimas de existência, pois o que prevalecia era vontade capitalista, gerando desigualdades sociais. Assim, de acordo com a Autora, “é, pois, com fundamento no princípio da igualdade material que se alavanca uma profunda alteração na estrutura do Estado, passando este a adotar uma postura ativa, intervindo na ordem social, mediante a implementação de políticas públicas que visam a fornecer medidas concretas para a melhoria das condições de vida da população” e conclui, ao citar Paulo Bonavides, que “o Estado social é, pois, aquele que busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica” (ZOCKUN, Carolina Zancaner, *op. cit.*, pp. 15-22)

²⁴ “o princípio da solidariedade, por sua vez, embora também possua como último fundamento a dignidade da pessoa humana, é mais amplo que os direitos da solidariedade, na medida em que materializa vínculos operacionais e obrigacionais entre o indivíduo e o Estado e entre estes e a sociedade (como a comunidade, os grupos sociais e as associações) nos mais variados campos, como o ético, político, social, jurídico e econômico” (REMEDI, José Antonio, *op. cit.*, p. 261).

jurídicos acima delineados que se manifestam em dois sentidos, nas lições de José Antônio Remeio ao citar José Casalta Nabais²⁵.

No sentido vertical, a sociedade civil, pautada nos preceitos fraternos e solidários, se organiza para alcançar os direitos sociais, na medida em que a ela também pertence a responsabilidade de assegurar o interesse público, ao lado do Estado. No sentido horizontal, o Estado por ter o dever de tutela dos direitos sociais e por objetivar a construção da sociedade solidária deve garantir mecanismos para que a ela promova voluntariamente as ações sociais, ao passo que amplia a sua função de prestar os serviços públicos. Com isso, o Estado cria por lei vínculos de colaboração entre o Poder Público e a sociedade civil para a realização do interesse público²⁶, o que se opera pela intervenção estatal na ordem social²⁷.

A intervenção estatal na ordem social pode ser direta nas hipóteses em que o Estado intervém para prestar os serviços sociais de educação, saúde, assistência social, ciência e tecnologia, cultura, lazer, desporto e proteção à família, criança, jovem e idoso; ou indireta que se consolida pelo incentivo por meio da transferência de recursos financeiros e materiais públicos às organizações da sociedade civil²⁸. Neste trabalho, para atender ao seu objeto, será considerada a intervenção indireta do Estado na ordem social que, além do princípio da solidariedade, se fundamenta no princípio da subsidiariedade, norteador da atividade administrativa de fomento que justifica as qualificações.

O princípio da subsidiariedade remete a noção de complementariedade ao reconhecer a coexistência do Poder Público e da sociedade como prestadores dos direitos sociais, de modo que se complementam, nos termos da lei, em todos os domínios²⁹. Com este reconhecimento, o Estado é capaz de identificar pontos de interlocução em que a sociedade exerça com eficácia certa competência e em nível inferior e local em relação à Administração Pública, outorgando

²⁵ NABAIS, José Casalta. *Apud* REMEDIO, José Antonio, *op. cit.*, pp. 266-268.

²⁶ NABAIS, José Casalta. *Apud* REMEDIO, José Antonio, *op. cit.*, pp. 266-268. Sobre tema, discorre Augusto Neves Dal Pozzo, “ao conceber uma sociedade solidária, em verdade se propõe que o Estado promova uma série de ações solidárias, mediante comportamentos positivos que, de alguma maneira, atendam aos referidos direitos sociais” (POZZO Augusto Neves Dal, *op. cit.*, p. 51)

²⁷ “ao contrário das liberdades públicas, os direitos sociais, econômicos e culturais pressupõem a existência de desigualdades e necessidade entre os seres humanos, e têm por escopo alcançar uma igualdade efetiva através da intervenção do Estado. Nessa ordem de ideias, as concepções liberais clássicas do Estado de Direito não desaparecem, mas se revitalizam, na dinâmica do Estado Social, encontrando nos princípios da dignidade humana e da solidariedade o seu ponto de conexão. A liberdade, a vida e a segurança jurídica, por exemplo, princípios axiais daquele primeiro, entrem em relação dialética com os princípios essenciais do segundo, especialmente no que toca às exigências de solidariedade entre os membros da comunidade e de efetividade dos direitos fundamentais.” (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos, *op. cit.*, p. 74).

²⁸ ZOCKUN, Carolina Zancaner, *op. cit.*, pp. 34-35.

²⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 200:21-54, abr./jun. 1995, p. 36.

a ela a possibilidade de distribuir as competências lhe são atribuídas pela lei para que possa maximizar sua função administrativa e atingir a todos os indivíduos singularmente.

O que está em questão é a existência de uma esfera próxima à coletividade, mas sob o comando do Poder Público, que pode ser explorada de maneira mais adequada pelos indivíduos que a compõe. Ao identificar tal adequação, o Estado deve promover meios de incentivá-la e garanti-la, sem trazer para si a exploração exclusiva. Se mesmo com o incentivo a prestação pela sociedade não suprir as necessidades públicas, o Estado deve assumi-la de forma direta³⁰.

O princípio da subsidiariedade, portanto, produz efeitos quando aplicado na distribuição de competências entre os órgãos públicos e entre estes e a coletividade³¹, sendo permitida a distribuição de competências que não são imperativamente detidas pelo Estado, sem prejuízo de sacrificar o que é essencial nas funções estatais³². A repartição de competências se justifica no domínio das competências concorrentes, em que “*o Estado não pode assumir por si as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo estimulá-los e promovê-los.*”³³

Nesta linha, José Alfredo de Oliveira Baracho esclarece que:

³⁰ De acordo com Sílvia Luís Ferreira da Rocha, o princípio da subsidiariedade se originou da doutrina social da Igreja Católica que estruturou hierarquicamente a sociedade para identificar entidades organizadas em tamanhos e funções diferentes. A partir disso, há o escalonamento das atribuições no sentido de que a entidade superior não deve realizar os interesses da entidade inferior quando esta puder desempenhá-los, sendo que a entidade superior só pode exercê-los quando a inferior não possa ou a faça de maneira inadequada. Mas antes a esfera superior deve apoiar a inferior e ajuda-la a coordenar suas ações. Trazendo esta estrutura ao Estado, o jurista ao citar Sílvia Faber Torres ensina que o princípio da subsidiariedade impõe limites a ação estatal “mas, ao mesmo tempo, torna indispensável a ajuda e o estímulo estatal quando se afiurar impossível à comunidade menor realizar as suas próprias necessidades, ou quando tal realização não se mostrar eficaz ou satisfatória. O conflito se põe entre um dever de não ingerência e um dever de ingerência”. (ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da, *op. cit.*, pp. 17-18).

³¹ Sobre o assunto, discorre Diogo de Figueiredo Moreira Neto que “a subsidiariedade prescreve o escalonamento de atribuições entre entes ou órgãos, em função da complexidade do atendimento dos interesses das sociedades. Cabe, assim, primariamente aos indivíduos decidirem e agirem no que se refira aos seus respectivos e inerentes interesses individuais, e, apenas secundária e sucessivamente, aos entes e órgãos, sociais e políticos, instituídos para tomar decisões sobre interesses coletivos. Portanto, nesse escalonamento de responsabilidades para o atendimento de interesses, cabe aos grupos sociais menores, por suas organizações civis, decidirem e agirem para a satisfação dos respectivos interesses coletivos; aos grupos sociais maiores, também por suas organizações civis próprias, decidirem e agirem em prosseguimento de interesses coletivos de maior abrangência; e à sociedade civil, como um todo, por suas organizações civis de âmbito geral, decidir e agir para o atendimento de seus interesses gerais” e assim o jurista conclui que “ao contrário, porém, a mais importante ação que possa ser exercida, partindo do ente maior em relação aos menores, será sempre a de criar condições de coordenar decisões e ações coletivas, para que todos, entes estatais ou não estatais, se desenvolvam e atuem em sua plenitude em regime de mútuo apoio. O princípio da subsidiariedade informa, assim todo o Direito Público, mas, de modo especial, a articulação das atribuições administrativas afetas ao Estado e a distribuição delas entre suas respectivos entes e órgãos.” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 784p.)

³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *op. cit.*, p. 51.

³³ Idem, p. 51.

“Antes de deferir ao Estado certas competências, devemos verificar se são capazes de resolvê-los os próprios homens ou as sociedades intermediárias, componentes do pluralismo social. Tratando-se de igual eficácia, deve-se dar preferência não ao nível estatal. Entende-se que quando alguma tarefa pode ser cumprida pelo homem ou pelos grupos sociais, bem como pelo Estado, deve-se dar preferência aos primeiros. O princípio da subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competência entre Sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento.”³⁴

As formas associativas dentro da coletividade se manifestam pela organização da sociedade civil. A sociedade civil por ingerência da democratização das funções públicas é reconhecida como um ator na promoção dos direitos fundamentais, de modo a ser parte integrante do desempenho dos atos de governo.

Atrelado a isto, a sociedade civil divide a responsabilidade com o Estado no exercício das políticas públicas. Os ideais da solidariedade permitem o estabelecimento de vínculos entre o Estado e o terceiro setor para a construção de uma sociedade solidária, que é alçada na estrutura estatal como esfera inferior e local que se mostra mais eficaz nas ações sociais pela aproximação da coletividade, nos termos da subsidiariedade. Neste cenário, nas competências concorrentes e solidárias com a sociedade civil, o Estado atua na forma subsidiária para permitir que as organizações da sociedade civil atuem em colaboração mútua com ele.³⁵

Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha, o princípio da subsidiariedade consubstancia o Estado Subsidiário, que é alternativo ao Estado Social, para enfatizar a atividade administrativa de fomento às organizações da sociedade civil, a fim de criar condições propícias à ação social e conferir auxílio material com recursos públicos para que elas possam satisfazer os interesses da coletividade à qual se destinam³⁶.

Com a adoção deste modelo subsidiário, a Administração Pública “*substitui o mecanismo clássico da coerção pelo da colaboração, e produz um sistema de gestão baseado em instrumentos consensuais e negociais, como contratos, acordos, e termos de parceria*”³⁷. A gestão pública torna-se democrática, com a concreção dos princípios da solidariedade e da subsidiariedade, ao se aproximar da sociedade civil e com ela partilhar a corresponsabilidade na efetivação dos direitos sociais. Mas há contornos para esta conjugação de esforços.

³⁴ Idem, p. 51.

³⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 19.

³⁶ Idem, p. 19.

³⁷ Idem, p. 20.

Muito embora o Estado possa se valer da sociedade civil para a prestação dos serviços públicos, em regime de mútua cooperação, não quer dizer que ele se desvincula do seu dever de promovê-los diretamente ou mediante concessão e permissão, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal³⁸. Conforme pondera Sílvio Luís Ferreira da Rocha, a Administração Pública não pode optar pela possibilidade da colaboração com as entidades sem fins lucrativos, em detrimento da prestação direta dos serviços sociais³⁹. Essa atuação deve ser conjunta, mas complementar, a fim de ampliar o alcance do interesse público, pois *“é sabido e ressabido que o direito público em geral e que, pois, assim também o direito administrativo, se ocupa essencialmente da realização do interesse público”*⁴⁰.

Neste sentido, os atos estatais de subsidiariedade devem ser motivados na amplitude de realização do interesse público⁴¹, levando em consideração a existência da execução direta do serviço ou ao menos de circunstâncias que demonstrem que a atuação em colaboração será mais eficiente, pois as disponibilidades estatais oferecidas não seriam suficientes para o alcance dos objetivos sociais⁴².

O modelo subsidiário do Estado foi alavancado pela Reforma Administrativa do Aparelho do Estado de 1995 que teve como objetivo transformar a Administração Pública burocrática em gerencial para lhe conferir eficiência no exercício da função administrativa. Um dos pontos explorado na reforma administrativa foi a ampliação da esfera pública com a formulação do grupo de serviços não exclusivos correspondente às atividades que o Estado exerce concomitantemente com as organizações da sociedade civil.

As políticas reformistas reforçaram a gestão pública, pela qual a Administração por meio da atividade administrativa de fomento estimula o desenvolvimento da entidade

³⁸ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (BRASIL, Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.)

³⁹ No mesmo sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho faz a seguinte ressalva: “a subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável. O princípio da subsidiariedade não pode converter-se em seu oposto, isto é, o de anti-subsidiariedade. Nesse último, o homem e as sociedades intermediárias não deveriam fazer tudo que é capaz de fazer o próprio Estado.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *op. cit.*, p. 51).

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 59.

⁴¹ “reivindica-se, portanto, que os interesses públicos ganhem amplitude de realização, tanto pela incorporação de maior quantidade de agentes sociais para a satisfação desses interesses, como pela criação de espaços de interlocução e negociação entre o Estado e a sociedade civil, que assegurem estarem as decisões do primeiro balizadas pela ampliação dos direitos do cidadãos e pelas garantias à consecução desses direitos. Recriação da cidadania política e extensão da cidadania social seriam, portanto, a base da problemática da construção do conceito de público. Seu horizonte: transcender a atual assimetria da representação social e política e modificar as relações sociais em favor do incremento da auto-organização social” (GRAU, Nuria Cunill, *op. cit.*, p. 119)

⁴² Não se adentrará neste trabalho na discussão sobre a execução dos serviços sociais, em razão da amplitude do tema que merece tratamento individualizado.

mediante destinação de recursos financeiros, bens públicos e cessão de servidores. Tal modelo subsidiou o surgimento das qualificações denominadas Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP⁴³. Estas qualificações intensificaram a função administrativa de fomento e constituíram uma nova política pública para a conjugação de esforços entre o Estado e as entidades sem fins lucrativos para a consecução do interesse público.

1.2. A atividade administrativa de fomento: subvenções, auxílios, contribuições, contratos de gestão, termos de parceria, convênios, termos de colaboração, termos de fomento, acordos de cooperação e as qualificações.

A Constituição Federal de 1988 incorporou instrumentos democráticos com a finalidade de permitir a participação do povo no exercício do poder, além de atribuir como a própria razão de ser do Estado a efetivação dos direitos sociais. Com isso, a Administração Pública deve executar os serviços públicos e promover condições para que os cidadãos se organizem voluntariamente e participem das ações governamentais destinadas às prestações sociais e no controle delas.

A atividade administrativa que apresenta este viés é “*a atividade de fomento privada mediante transpasse a particulares de recursos a serem aplicados em fins sociais*”⁴⁴, na forma da lei. Sílvia Luís Ferreira da Rocha conceitua a atividade administrativa de fomento como:

⁴³ O novo modelo de gestão pública inserido pela Reforma do Estado de 1995 possui grande discussão doutrinária, que não será pontualmente discutida neste trabalho, em especial em relação às qualificações de Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Não obstante, é importante tecer as notórias considerações de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema, para quem a reforma administrativa pretendeu inserir os ideais do neoliberalismo sem observar sua adequação aos preceitos constitucionais. “Surgiram, nesta mesma esteira, institutos jurídicos novos, tais como os contratos de gestão, as agências reguladoras, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, e, por último, as chamadas parcerias público-privadas. Tais figuras foram concebidas ou para copiar mimeticamente instituições alienígenas, sem nenhuma relação com a índole do direito local, ou para proporcionar ampla proteção aos inversores estrangeiros ou mesmo para exponenciar as privatizações, designação que se deu para a retração do Estado e liberação dos mercados à cobiça dos adventícios. É prescindindo dizer que na implantação destas novidades o Direito Constitucional pátrio foi atropelado sem contemplações.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O neocolonialismo e o direito administrativo brasileiro. In.: *Curso de direito administrativo*. 32.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 1096-1109). Tanto que não houve a observância dos ditames constitucionais, que o Supremo Tribunal Federal ao ensejo do julgamento da ADI 1923, que discutiu a Lei Federal n.º 9.637/98 referente à qualificação de organizações sociais, teve que proferir interpretação conforme a Constituição Federal ao texto legal.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 839.

A ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, ou, mais concretamente, a atividade administrativa que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo as atividades dos particulares, sem empregar a coação.⁴⁵

Ricardo Marcondes Martins esclarece que a finalidade do fomento é convencer o administrado a fazer algo, que consistirá numa atividade coletiva, provocando a realização do interesse público pelos próprios particulares; porquanto se distingue do serviço público justamente por não realizá-lo diretamente e do poder de polícia na medida em que não restringe a ação voluntária e social do particular, ao contrário, a estimula⁴⁶. O ilustre jurista acrescenta que o fomento pode ser honorífico, que se dá pela valorização da reputação do administrado por meio da concessão de títulos; e/ou econômico, que se dá pela transferência de quantia pecuniária (fomento por subvenção); pela isenção e imunidade tributária (fomento tributário positivo) ou pela majoração da carga tributária (fomento tributário negativo); pela concessão ou permissão de uso de bem público (fomento real) e, por fim, pelo fornecimento de créditos e de financiamento (fomento creditício)⁴⁷.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto abrange a função administrativa de fomento público como o estímulo oferecido às iniciativas dos administrados reconhecidas como de interesse geral, de maneira facultativa, haja vista depender da adesão das pessoas aos sistemas postos à sua disposição pela lei. Segundo o ilustre doutrinador, tal função administrativa se aproxima da administração consensual e se afasta da administração imperativa com emprego da coercitividade, que será aplicada somente para coagir o particular a cumprir as obrigações a que voluntariamente se comprometeu ou a puni-lo se incorreu em inadimplência, proporcionando à Administração Pública condições de eficiência⁴⁸.

A eficiência é garantida ainda pela estimulação de metas aos beneficiários do fomento público. É claro que Administração Pública possui o dever de prestar os serviços públicos, do qual não pode se abster. Assim, as hipóteses em que o Poder Público opta por não exercê-los

⁴⁵ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. Natureza jurídica das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 167, p. 48.62, nov. 2015.

⁴⁷ Idem, pp. 49-50.

⁴⁸ “Essa harmonização, do impositivo e cogente, para o Estado, com o indicativo e facultativo, para a sociedade, permite que os instrumentos e mecanismos administrativos do fomento público rendam melhores resultados, exatamente em razão das possibilidades abertas pela livre coordenação de esforços, tanto através da cooperação, quanto da colaboração, sobretudo pela implícita indução da solidariedade e pela promoção da integração social, que entre ambos produz” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 784p.)

diretamente devem ser motivadas em circunstâncias que comprovem que a intervenção indireta no domínio social será mais vantajosa do que a direta. A vantajosidade é garantida mediante a submissão das beneficiárias do fomento ao alcance de resultados para o efetivo ganho de produtividade ao serviço público, reservando-se à Administração Pública a fiscalização e o controle da execução⁴⁹.

Verifica-se, portanto, que a atividade administrativa de fomento faz com que o Estado viabilize a sociedade civil a atuação em conjunto nas atividades benéficas à coletividade e confere maior eficiência às políticas públicas que serão executadas. Pode-se dizer que o fomento se apoia em duas vertentes, na medida em que, enquanto o Estado estimula as ações sociais voluntárias dos cidadãos ou das entidades privadas mediante atrativos econômicos e fiscais, proporciona a ampliação do interesse público, além de democratizá-lo. Para instrumentalizar o fomento público, o sistema normativo prevê os meios jurídicos capazes de concretizá-lo.

Quanto ao fomento público às organizações da sociedade civil, os instrumentos jurídicos da atividade de fomento consistem nas subvenções, auxílios, contribuições, convênios, contratos de gestão e termos de parceria⁵⁰. Recentemente, em 23 de janeiro de 2016, entrou em vigor a Lei Federal n.º 13.019, de 31 de julho de 2014, conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, inserindo três novos instrumentos de fomento consistentes no termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação⁵¹.

As subvenções são transferências de recursos destinados a acobertar despesas de custeio operacional suportadas por entidades no exercício de serviços de assistência social, médica e educacional⁵². Os auxílios e as contribuições são previstos em lei e se referem a

⁴⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 784p

⁵⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 41.

⁵¹ BRASIL. *Lei Federal n.º 13.019, de 31 de julho de 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Brasília, Senado Federal, 2014.

⁵² Sílvio Luís Ferreira da Rocha ensina que a subvenção compartilha duas espécies: a subvenção social e a subvenção econômica. A subvenção social é concedida a instituições públicas ou privadas, sem finalidade lucrativa, independentemente de legislação especial, e deve ser outorgada nas hipóteses que forem mais vantajosas para o Poder Público do que prestar os serviços diretamente. Para receber as subvenções sociais as entidades devem dispor de patrimônio ou renda regular e não dispor de recursos próprios suficientes à manutenção ou ampliação de seus serviços. De outro lado, a subvenção econômica destina-se às empresas

destinações de recursos para acobertar despesas de capital das entidades sem fins econômicos⁵³. Mas diferem um do outro, pois os auxílios são previstos genericamente na lei orçamentária e a distribuição é feita discricionariamente pela Administração Pública. Já as contribuições decorrem de lei especial com a especificação do beneficiário⁵⁴.

As subvenções, auxílios e contribuições estão disciplinados na Lei Federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964 e no Decreto Federal n.º 93.872, de 23 de dezembro de 1986 e constituem meios de fomento direto mediante a celebração de instrumentos jurídicos como o contrato de gestão, o convênio e o termo de parceria⁵⁵.

O contrato de gestão e o termo de parceria configuram modalidade de convênio, conforme posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do julgamento da ADI 1923⁵⁶ e recentemente do Tribunal de Contas da União⁵⁷ que ao responder solicitação do Congresso Nacional sobre a possibilidade de celebração de contratos de gestão com as organizações sociais firmou o posicionamento de que os contratos de gestão têm natureza de convênio, dada a harmonia de objetivos do Estado e da entidade conveniada⁵⁸.

privadas que objetivam o lucro ou as empresas públicas e servem para subsidiar a diferença entre os preços de mercado e o preço de revenda e o pagamento de bonificações a produtores (ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da, *op. cit.*, pp. 46-47).

⁵³ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, as despesas de custeio são decorrentes da manutenção enquanto as despesas de capital decorrem de investimentos, obras, equipamentos e instalações (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 842). Em complemento, Sílvia Luís Ferreira da Rocha esclarece que “os recursos das subvenções destinam-se a pagar as despesas das entidades como aluguel, folha de salários e conservação de bens. Em última análise servem para a manutenção e operação de serviços prestados pela entidade subvencionada” e os recursos dos auxílios e contribuições “servem para custear despesas de capital, isto é, aquelas que podem gerar serviços, riquezas, e produzir um incremento do Produto Nacional”. (ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 47).

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 842.

⁵⁵ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 46. Sobre o assunto, cita-se as ponderações de Carolina Caiado Lima sobre os instrumentos para a concessão de subvenções sociais, auxílios e contribuições que pondera que a legislação federal não apresenta normas gerais disciplinadoras dos instrumentos a serem utilizados pela Administração Pública para formalizar relações de fomento público estabelecidas com particulares. As normas referem-se tanto a convênios, acordos, ajustes e instrumentos congêneres. Segundo a autora não há dispositivos específicos voltados à identificação do instrumento a ser utilizado para cada benefício concedido. Tampouco há referências precisas de quais seriam os instrumentos congêneres passíveis de serem adotados. (LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-26032012-135755. Acesso em: 2016-10-18)

⁵⁶ “12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para atingimento de um objetivo comum aos interessados: realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. J. 16/04/2015. Dje. 17/12/2015).

⁵⁷ As jurisprudências das Cortes Superiores referem-se aos contratos de gestão, mas são aplicadas por analogia aos termos de parceria.

⁵⁸ BRASIL, Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão n.º 2057-31/16-P no Processo n.º 023.410/2016-7, Relator: DANTAS, Bruno. J. 10/08/2016.

Em razão disto, dar-se-á a conceituação de convênio como gênero, do qual se tem como espécie o contrato de gestão e o termo de parceria, cujas especificações serão expostas mais adiante ao ensejo da análise da legislação de regência, qual seja a Lei Federal n.º 9.637/98 e a Lei Federal n.º 9.790/99, respectivamente.

O convênio⁵⁹ constitui acordo administrativo colaborativo entre o Poder Público e as entidades privadas para a realização de objetos de interesse comum, mediante mútua colaboração. Diferencia-se do contrato administrativo, na medida em que os partícipes têm interesses e buscam resultados recíprocos, enquanto no contrato os interesses são contrapostos⁶⁰.

Justamente por visarem o mesmo resultado, o regime é de mútua cooperação, isto é, ambas as partes empregam esforços na execução da avença, porquanto não há remuneração tal como há no contrato administrativo⁶¹. No contrato, o valor pago é a título de remuneração e passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, ao passo que no convênio o repasse financeiro se vincula ao objeto, de modo que o recurso não perde a natureza de dinheiro público, por isso que o beneficiário se submete à prestação de contas de sua utilização ao órgão público parceiro e ao Tribunal de Contas⁶². A alocação conjunta de esforços para a satisfação dos interesses comuns veda que os bens destinados sejam apropriados por quaisquer dos partícipes⁶³.

Os termos de colaboração, os termos de fomento e os acordos de cooperação são figuras novas no ordenamento jurídico, mas também podem ser enquadradas como instrumentos congêneres aos convênios, uma vez que a Lei Federal n.º 13.019/2014 os prevê como formas de parcerias, que para fins do aludido diploma legal têm as mesmas características do convênio ao se caracterizarem como instrumentos entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil que conjugam seus esforços para a consecução

⁵⁹ Os convênios também são firmados entre as pessoas jurídicas de direito público. Atualmente os convênios são disciplinados pelo artigo 116 da Lei Federal n.º 8.666/93, no Decreto-Lei n.º 6.170/2007, Decreto Federal n.º 7.568/2011 e Portaria Interministerial MP/MFCGU n.º 507/2011.

⁶⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 24.ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 342. No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles para quem “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. Convênio é um acordo, não é contrato. (...) no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para consecução do objetivo comum, desejado por todos”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 29.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 387).

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 343.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 343.

⁶³ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1466.

de finalidade de interesse público e recíproco, conforme dispõe o inciso III do artigo 2.º da Lei Federal n.º 13.019/2014⁶⁴.

De acordo com os artigos 16 e 17 da Lei Federal n.º 13.019/2014⁶⁵, o termo de colaboração deve ser adotado pela Administração Pública nas hipóteses de execução de programas por ela criados. Já o termo de fomento é adotado na hipótese de se executar um plano de trabalho proposto pela organização da sociedade civil⁶⁶. Ambos envolvem a transferência de recursos financeiros, o que acaba por diferenciá-los do acordo de cooperação que é utilizado nas hipóteses de execução de programas que não envolvam a transferência de recursos financeiros, independentemente de a iniciativa advir do Poder Público ou da entidade, consoante prevê o inciso VIII-A do artigo 2.º da Lei⁶⁷.

Registre-se, embora brevemente, que o artigo 3.º, inciso IV c/c os artigos 84 e 84A da Lei Federal n.º 13.019/2014⁶⁸ limitaram a utilização dos convênios previstos no Decreto-Lei n.º 6.170/2007 nas hipóteses do §1.º do artigo 199 da Constituição Federal que dispõe que as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos poderão participar do Sistema Único de Saúde mediante convênio⁶⁹. Na atual conjectura legislativa, os convênios serão firmados entre entes

⁶⁴ “Art. 2.º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) III - parceria: conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.”

⁶⁵ “Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.”

“Art. 17. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho propostos por organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.”

⁶⁶ De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira “é possível denotar que a diferença formal entre o termo de colaboração e o termo de fomento circunscreve-se à iniciativa do projeto: quando a iniciativa for da próprio Administração, o instrumento denomina-se termo de colaboração; por outro lado, se a iniciativa for da organização da sociedade civil, o instrumento é denominado de termo de fomento.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: teoria e prática*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 312)

⁶⁷ “Art. 2.º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros;”

⁶⁸ “Art. 3.º Não se aplicam as exigências desta Lei:

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do §1.º do art. 199 da Constituição Federal;

Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:

I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;

II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3.º.

Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84.”

⁶⁹ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

federados ou entre a Administração Pública e as entidades sem fins lucrativos para a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade ou serviço na área da saúde. Isso não quer dizer que os termos de colaboração, os termos de fomento e os acordos de cooperação não poderão ser utilizados na assistência à saúde. A limitação do objeto refere-se aos convênios⁷⁰.

Verifica-se que todos os mencionados instrumentos – convênios, contratos de gestão, termos de parceria, termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação – são meios de fomento de atividades de interesse social desempenhadas por entidades privadas sem fins lucrativos mediante o aporte de bens materiais. Neste sentido é possível denotar que uma entidade privada que celebre uma dessas formas de fomento manuseará verbas públicas. E, como dito, apesar de o sujeito executor do fomento ser um particular, o recurso financeiro transferido não perde a sua natureza pública, de modo que o beneficiário se submeterá aos imperativos do regime jurídico administrativo.

Por este motivo, a entidade privada sem fins lucrativos que pretenda estabelecer uma relação com a Administração Pública e gerenciar o erário precisa ser regida por normas internas que confirmem transparência e respeitem os princípios administrativos, assegurando que as verbas públicas não percam sua afetação com a observância da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Além disso, a atividade desempenhada pela entidade deve se voltar à coletividade a fim de garantir que o fomento público alcance o objetivo de satisfação do interesse público e efetivação dos direitos sociais. Ou seja, a participação da organização da sociedade civil na execução de serviços públicos, em cooperação com o Estado, dependerá do preenchimento de requisitos previstos em lei.

Daí se justifica as qualificações ou títulos jurídicos especiais. Tais qualificações ou títulos visam atestar se a entidade privada possui condições para integrar relações com a

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

⁷⁰ Para Marçal Justen Filho a disciplina dos convênios foi fortemente afetada pela Lei Federal n.º 13.019/2014, de modo que sustenta a inconstitucionalidade da limitação introduzida pela referida Lei. Segundo o ilustre jurista, “a conjugação dos arts. 84 e 84ª da Lei 13.019/2014 conduziria a vedação de convênios entre a Administração e pessoas jurídicas ou com empresas dotadas de fins lucrativos. Segundo essa proposta, a atuação cooperativa entre o Poder Público e a sociedade civil passaria a ser um monopólio das organizações sociais. Assim, por exemplo, infringiria a ordem jurídica um convênio pelo qual uma empresa assumisse a obrigação de manter a conservação de áreas públicas ou aplicasse recursos próprios para atividades educacionais e similares. Essa solução é incompatível com a Constituição. (...) A CF/88 não reservou os convênios apenas para as hipóteses referidas no art. 84ª da Lei 13.019/2014.” (FILHO, Marçal Justen, *op. cit.*, pp. 1463-1464)

Administração Pública e administrar os recursos financeiros⁷¹. Elas reconhecem a habilitação do interessado em firmar ajustes com o Poder Público, o que não significa que terá direito a celebração em si, a qual dependerá de prévio processo de seleção.

O fomento público é previsto na lei, cabendo à legislação também prever as condições necessárias ao incentivo. As entidades não são obrigadas a tê-los originalmente no desempenho de suas atividades. Mas ao optarem por executá-las de modo compartilhado com o Poder Público se sujeitam ao seu cumprimento e, uma vez preenchidos, adquirem o direito de receberem o reconhecimento estatal de que são aptas a executar o serviço público e a gerenciar os bens públicos⁷². Mais para além de adquirirem o direito de obter o título, as entidades assumem a obrigação de manter as condições que o permitiu, sob pena de perdê-lo, a qualquer momento, em que o Poder Público verificar o descumprimento.

O objetivo da qualificação é submeter as organizações da sociedade civil num regime jurídico específico⁷³, principalmente de submissão às regras de direito público. Paulo Modesto ensina que as funções das qualificações são de certificação, padronização e controle jurídico. A certificação permite a diferenciação das entidades que querem receber o fomento daquelas entidades que preferem continuar apenas com o manuseio de recursos privados. A padronização refere-se ao tratamento normativo uniforme às entidades que apresentem características comuns. O controle jurídico confere à Administração Pública a fiscalização da conduta da entidade quanto à manutenção dos requisitos legais da qualificação, além de conferir a prerrogativa da Administração para fiscalizar e corrigir a sua própria atuação, no sentido de possibilitar meios de suspensão e cancelamento da qualificação.⁷⁴

Os títulos jurídicos especiais podem ser requeridos a qualquer tempo pela entidade privada perante o órgão público competente ou são outorgados mediante prévio certame público que convoque os interessados a obtê-los, a depender do que disciplinar a legislação de regência. A concessão do título jurídico especial pela Administração Pública pode ser compreendida como um credenciamento. É o que ensina Adilson Abreu Dallari para quem:

⁷¹ De acordo com Carolina Zancaner Zockun “a concessão de títulos não representa, de per si, a outorga de qualquer benefício direto à atividade de fomento. Com efeito, é por meio deles (títulos) que o Estado declara que determinada pessoa jurídica goza de específicos atributos e que, por tal razão, haverá a possibilidade de ela pleitear e, eventualmente, usufruir determinado plexo de benefícios estatais” (ZOCKUN, Carolina Zancaner, *op. cit.*, p. 190).

⁷² ZOCKUN, Carolina Zancaner, *op. cit.*, p. 191.

⁷³ MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 214: 55-68, out./dez. 1998.

⁷⁴ Idem, p. 57.

“credenciamento é uma outorga ou atribuição. O credenciado recebe do Poder Público uma qualificação, uma situação jurídica ou uma prerrogativa que sem isso não lhe assistiria. O resultado do credenciamento é um acréscimo; o enriquecimento do patrimônio jurídico de alguém, pessoa física ou jurídica. Tal outorga se faz por meio de um ato formal. Credenciamento não se presume, embora possa estar implícito ou ser conferido a alguém sob outra denominação. É o caso de certos atos de registro, de autorização ou de aprovação, cuja finalidade é exatamente instituir o quadro jurídico descrito no parágrafo anterior. Esse ato formal terá sempre um conteúdo negocial, correspondendo a um interesse recíproco do outorgante ou do outorgado, mas pode ser unilateral ou bilateral, assumindo caráter tipicamente contratual. A prerrogativa, faculdade ou obrigação atribuída ao outorgado se limita à habilitação para o desempenho de atividade material ou técnica, não jurídica, mas meramente instrumental ou de colaboração com a Administração Pública.”⁷⁵

O título jurídico especial é, portanto, ato administrativo que manifesta uma declaração da Administração Pública de que determinada pessoa jurídica exerce uma atividade de relevância pública e que possui condições para receber o incentivo público, que é auferido mediante credenciamento, com o intuito de integrar as relações jurídicas com o Poder Público por meio da celebração dos instrumentos com vistas à formação do fomento.

Trata-se de uma manifestação administrativa que objetiva o reconhecimento das atribuições e qualidades das entidades interessadas em firmar acordos administrativos colaborativos, o que não significa que elas terão direito à celebração propriamente dita, a qual dependerá de prévio processo de seleção pública, objetiva e impessoal que especificará os requisitos inerentes ao programa ou projeto que será executado em regime de mútua cooperação. Em suma, a qualificação é a verificação da compatibilidade das regras de constituição e funcionamento de uma entidade privada, sem fins lucrativos, com o regime jurídico de direito público, mediante o preenchimento de requisitos legais.

Os títulos que podem ser requeridos pelas organizações da sociedade civil são (i) o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS, previsto na Lei Federal n.º 12.101, de 27 de novembro de 2009, que confere a prerrogativa da entidade privada certificada obter isenção fiscal e ter preferência nos processos de seleção para a celebração de convênios; (ii) a qualificação de Organização Social prevista na Lei Federal n.º 9.637, de 15

⁷⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20 de outubro de 2016. Sobre o assunto, Dinorá Adelaide Musetti Grotti leciona que “o credenciamento é apenas a transferência, a particulares, de uma atividade técnica, meramente instrumental, de mera verificação, não configurando delegação de poder de polícia, nem, muito menos, de serviço público.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na administração pública*. In.: *Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes (coord.), São Paulo Malheiros Editores, 2008, p. 300).

de maio de 1998, que permite à entidade privada qualificada a faculdade de celebrar contrato de gestão; (iii) a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, instituída pela Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999 e regulamentada pelo Decreto Federal n.º 3.100, de 30 de junho de 1999, sendo tal qualificação requisito para a celebração de termo de parceria; e (iv) o título de utilidade pública, criado pela Lei Federal n.º 91, de 28 de agosto de 1935, mas revogado pela Lei Federal n.º 13.204, de 14 de dezembro de 2015⁷⁶.

Apesar da legislação esparsa, observadas as peculiaridades de cada um, os mencionados títulos jurídicos especiais apresentam a mesma finalidade de declaração de existência de atribuições e qualidades por uma entidade sem fins lucrativos, submetendo-a a um regime jurídico especial que pode permitir o gerenciamento de recursos públicos. Ocorre que as referidas leis diferem quanto à competência do administrador na outorga dos títulos. É o que ocorre na comparação da Lei Federal n.º 9.637/98, que dispõe sobre a qualificação de organização social, com a Lei Federal n.º 9.790/99, que dispõe sobre a qualificação de organização da sociedade civil de interesse público.

A Lei Federal n.º 9.637/98 dispõe que a qualificação de uma entidade como organização social dependerá de manifestação do órgão público quanto à oportunidade e conveniência em conferi-la. Por outro lado, a Lei Federal n.º 9.790/99 dispõe que uma vez preenchidos os requisitos legais, o órgão público deve conceder a qualificação de organização da sociedade civil de interesse público a entidade privada, tornando o ato de qualificação vinculado.

No entanto, conforme explanado, os objetivos dos títulos são de certificação, padronização e controle jurídico, de modo que a competência discricionária no ato de qualificação de organização social pode configurar um desvirtuamento do instituto e ainda violação ao regime jurídico administrativo, conforme se demonstrará.

Mas, antes de verificar a legitimidade desta previsão legal, passa-se a expor sobre a vinculação e discricionariedade dos atos administrativos.

⁷⁶ Cita-se para fins deste trabalho os títulos de âmbito federal. Os Estados e os Municípios apresentam leis próprias que instituem as qualificações de Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Registre-se ainda que embora o título de utilidade pública federal (Lei Federal n.º 91/35) tenha sido revogado pela Lei Federal n.º 13.204/15, ainda remanescem no sistema normativo os de utilidade pública estadual e utilidade pública municipal.

CAPÍTULO 02 - VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1. Breves definições do ato administrativo

A Administração Pública exerce a função administrativa que pode ser compreendida na atribuição de dar cumprimento à lei. Mas não se limita a tanto. José Afonso da Silva explica que a execução das leis comporta prerrogativas para o seu exercício por envolver atos de chefia de estado, de governo e de administração que expressam a vontade do Estado ao proferir decisões concretas e individualizadas sobre as necessidades e utilidades públicas, de acordo com a lei⁷⁷, por isso está submetida ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário⁷⁸.

Por muito tempo, a função administrativa foi desempenhada com autoritarismo e concentração de poder para fazer a valer a vontade do particular e não o interesse público, o que era visto na época do absolutismo. Com a passagem do Estado absoluto para o Estado de Direito, a função administrativa foi submetida ao cumprimento de pressupostos legais para garantir que a tutela jurídica contida na lei fosse respeitada e o direito do administrado concretizado. Daí decorre o ato administrativo⁷⁹, conforme sustenta Odete Medauar:

“Em relação às práticas do Estado absoluto, configura (o ato administrativo) importante conquista, por inserir, entre a vontade da autoridade e o efeito sobre direitos dos indivíduos, um conjunto de preceitos destinados justamente a disciplinar essa atuação e a prefixar esses efeitos. Desse modo, a Administração não mais atua por operações materiais imediatas à vontade pessoal do governante: as decisões devem ser afirmadas por manifestação

⁷⁷ “a função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 108).

⁷⁸ De acordo com o ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello “a função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 36)

⁷⁹ De acordo com sistematização proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos administrativos não são os únicos atos praticados pela Administração Pública no exercício da função administrativa. Ainda há e que estão excluídos da espécie dos atos administrativos, os atos da Administração que se classificam em (i) atos regidos pelo direito privado, (ii) atos materiais ou fatos administrativos; e (iii) atos políticos ou de governo, praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 391-392)

prévia ao resultado concreto, de acordo com parâmetros antes fixados, que visam a assegurar o respeito a direitos dos particulares.”⁸⁰

O ato administrativo é a interface da função administrativa⁸¹ e deve ser compreendido a partir de elementos e pressupostos que determinam o seu contorno para lhe conferir identidade jurídica e ver assegurado o interesse público e o direito dos administrados, nos termos da lei. O delineamento das características do ato administrativo é fundamental, tendo em vista a carência de definição legal.

A primeira noção que deve ser extraída do ato administrativo é que ele é espécie do ato jurídico. O ato administrativo é ato jurídico, pois se trata de uma declaração de vontade que produz efeitos jurídicos, ou seja, é uma pronúncia que regula comportamentos sociais e qualifica situações⁸². Por produzir efeitos jurídicos, o ato administrativo cria, modifica, transfere ou extingue direitos, de modo a apresentar um conteúdo prescritivo, o que lhe diferencia do fato jurídico. O fato jurídico é um evento que simplesmente ocorre, sendo pressuposto de incidência do ato jurídico⁸³. Vale destacar ainda que o ato administrativo se distingue dos atos jurídicos privados, por isso é uma espécie com autonomia funcional e estrutural em relação ao gênero, em virtude de ser regido pelas normas de direito público⁸⁴.

As outras peculiaridades do ato administrativo, extraídas por Angélica Petian ao analisar os conceitos doutrinários e identificar os elementos comuns entre eles, são: (i) a manifestação de vontade (ii) da Administração Pública ou de uma autoridade pública ou de quem lhe representa (iii) com a finalidade de satisfazer o interesse público⁸⁵.

Nesta linha, o ato administrativo é o meio pelo qual o Estado manifesta o exercício da função administrativa ao emitir uma declaração de vontade para dar cumprimento ao disposto na lei, satisfazendo o interesse público, o que permite o uso de prerrogativas que asseguram essa satisfação, com a produção de efeitos jurídicos e submissão de controle de legalidade por órgãos jurisdicionais. É o que se depreende pelas definições formuladas por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e por Celso Antônio Bandeira de Mello que são adotadas neste trabalho, em virtude de serem complementares entre si e por definirem o ato administrativo.

⁸⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 168-169.

⁸¹ Conforme pondera Angélica Petian, “a nosso ver, o conceito de ato administrativo está intimamente ligado ao de função administrativa, razão pela qual o operador do Direito deve ter a cautela de examiná-los conjuntamente, a fim de garantir a coerência entre ambos, impedindo que um sirva de argumento de contestação em relação ao outro” (PETIAN, Angélica. Atributos dos atos administrativos: peculiaridades dos atos ampliativos e restritivos de direitos. *Revista Trimestral de Direito Público*, ed. 49/50, 2005, p. 280)

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 382. No mesmo sentido: PETIAN, Angélica, *op. cit.*, p. 276.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 382. No mesmo sentido: PETIAN, Angélica, *op. cit.*, p. 276.

⁸⁴ PETIAN, Angélica, *op. cit.*, p. 278.

⁸⁵ Idem, pp. 280-281.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello conceitua o ato administrativo:

“no sentido material, ou objetivo, como manifestação da vontade do Estado, enquanto Poder Público, individual, concreta, pessoal, na consecução do seu fim, de criação de utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito.”⁸⁶

Considera-se ainda o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem o ato administrativo é:

“declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”⁸⁷

Os dois conceitos devem ser aplicados em conjunto pela complementariedade das características que utilizam para a identificação do ato administrativo.

As semelhanças das definições estão nos elementos comuns já expostos acima, aos quais se acrescenta a característica contida no conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello de que os atos administrativos são praticados no exercício de prerrogativas públicas, o que significa que a manifestação de vontade do Poder Público está submetida à observância da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Esta supremacia confere à Administração a possibilidade de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais que são eivados de imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade para a concretude do dever-poder administrativo de buscar o interesse da coletividade expresso na lei⁸⁸. A imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade são consideradas pela doutrina como os atributos do ato administrativo.

⁸⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo: introdução*. 3.ª ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 476.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 393.

⁸⁸ Neste sentido, o brilhante ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello: “convém reiterar, e agora com maior detença, considerações dantes feitas, para prevenir intelecção equivocada ou desabrigada sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de ‘poderes’, sic et simpliciter. Na verdade, o que nela se encontram são ‘deveres-poderes’, como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de ‘função’. Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. (...) Segue-se que tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolivelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 100-101)

A imperatividade torna o ato administrativo obrigatório independentemente da concordância do destinatário. A exigibilidade impõe o cumprimento da prescrição contida no ato administrativo, sem a necessidade de recorrer às vias judiciais para obtê-lo. A autoexecutoriedade é qualidade de empregar meios coercitivos materiais independentemente de ordem judicial para garantir a execução do ato. Não se confunde com a exigibilidade, pois os atos administrativos são dotados de exigibilidade, mas não são todos que poderão se valer de executoriedade. A executoriedade é aplicável nos casos previstos em lei e nos casos que detenham urgência pelo risco de perecimento do interesse público.⁸⁹

Todos os atributos constituem prerrogativas para garantir a aplicação da lei, de modo que o interesse tutelado legalmente é o que deve ser considerado pela Administração Pública ao proferir qualquer declaração de vontade.

Trata-se do interesse público primário, do qual decorre a supremacia. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o interesse primário “*é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social*”⁹⁰. Diferentemente, o interesse público secundário é o interesse concernente ao aparelho estatal como pessoa jurídica de direito público ou órgão público personalizado⁹¹.

Por ter o ato administrativo a finalidade de perseguir o interesse público primário, nos termos da lei, a doutrina confere ao ato administrativo outro atributo consistente na presunção de legitimidade que é a qualidade que reveste o ato de se presumir verdadeiro e conforme o Direito até que seja impugnado⁹².

As prerrogativas do ato administrativo decorrem ainda do conjunto dos princípios que conferem identidade ao regime jurídico administrativo: os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expostos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal; os princípios administrativos disciplinados em leis específicas, como os princípios da motivação, razoabilidade e proporcionalidade, previstos na Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; além dos princípios constitucionais implícitos decorrentes dos direitos fundamentais, a exemplo do princípio da isonomia.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 425-430. No mesmo sentido: PETIAN, Angélica, *op. cit.*, pp. 287-291.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 102.

⁹¹ *Idem*, p. 102.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 427. No mesmo sentido: PETIAN, Angélica, *op. cit.*, pp. 287-289.

O conjunto dos princípios assegura a supremacia do interesse público e instrumentalizam as prerrogativas necessárias para a emissão do ato administrativo⁹³.

Mais para além da característica do ato administrativo de constituir uma declaração de vontade no exercício de prerrogativas públicas, o ato administrativo apresenta outro elemento, que também deve ser considerado, consistente na produção de efeitos de direito⁹⁴, como propõe Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Assim, o ato administrativo estabelece a criação, modificação ou extinção de direitos, impondo restrições à Administração Pública resultantes do conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público. A indisponibilidade significa que na Administração Pública os interesses não estão entregues à livre disposição da vontade do administrador que deve tutelá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, com a finalidade de ver assegurados os direitos individuais dos administrados, qualificados como próprios da coletividade⁹⁵.

Com isso, a Administração Pública é colocada mais uma vez à submissão de princípios. Celso Antônio Bandeira de Mello elenca que a indisponibilidade dos interesses públicos submete à autoridade administrativa à observância do princípio da legalidade, com suas implicações ou decorrências: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado, bem como à observância do princípio da igualdade dos administrados, princípio da publicidade, princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, e ao controle administrativo (tutela ou autotutela) e jurisdicional dos atos administrativos⁹⁶.

A consideração de que o ato administrativo produz efeitos jurídicos é importante não só para defini-lo, mas para classificá-lo quanto ao resultado que produz na esfera jurídica do administrado. Neste sentido, o ato administrativo pode ser classificado como ato ampliativo de direito ou ato restritivo de direito. É esta classificação que será tratada a seguir.

⁹³ PETIAN, Angélica, *op. cit.*, p. 282.

⁹⁴ A produção de efeitos jurídicos pelo ato administrativo é vista também no conceito formulado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que define “o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *op. cit.*, p. 198)

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁹⁶ *Idem*, p.77.

2.2. Atos administrativos ampliativos de direito e atos administrativos restritivos de direito.

Os atos administrativos apresentam classificações para se verificar o regime jurídico que os preside. De igual modo que o conceito do ato administrativo, a classificação se diverge na doutrina, mas não se entrará nesta discussão, em razão do tema ora analisado. Na oportunidade, é importante identificar a classificação existente quanto aos efeitos jurídicos produzidos pelo ato administrativo na esfera do administrado que podem gerar resultados positivos com a incorporação de direitos ao patrimônio ou personalidade jurídica do destinatário ou efeitos negativos que importem restrições ao particular.

Neste sentido, os atos administrativos são classificados quanto ao resultado na esfera jurídica dos administrados em ampliativos de direito e restritivos de direito. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos ampliativos são “os que aumentam a esfera de ação jurídica do destinatário”⁹⁷ enquanto os atos restritivos “os que diminuem a esfera jurídica do destinatário ou lhe impõem novas obrigações, deveres ou ônus”⁹⁸. Angélica Petian complementa que os atos administrativos “são atos que acarretam alguma vantagem juridicamente relevante para o administrado”⁹⁹, ao passo que os atos restritivos causam-lhe gravame ou lhe impõem deveres. Acrescenta que por alterarem a esfera jurídica do destinatário são atos constitutivos de direito¹⁰⁰.

As concessões, permissões, autorizações, admissões e licenças são exemplos de atos ampliativos de direito enquanto os atos que extinguem os atos ampliativos, as sanções administrativas, as desapropriações são exemplos de atos restritivos de direito¹⁰¹.

Com isso, pode-se concluir que o ato que confere título jurídico especial à entidade sem fins lucrativos, como as qualificações de organizações sociais e de organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP são atos administrativos ampliativos de direito, pois alargam a esfera jurídica da entidade ao lhe conferir direito subjetivo de obter o título jurídico especial. Por outro lado, o ato administrativo que desqualifica a entidade e lhe retira o título jurídico especial constitui ato administrativo restritivo de direito.

⁹⁷ Idem, p. 433.

⁹⁸ Idem, p. 434.

⁹⁹ PETIAN, Angélica, *op. cit.*, pp. 285-286.

¹⁰⁰ Idem, p. 286. De acordo com a classificação conferida por Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos administrativos quanto aos efeitos podem ser divididos em atos constitutivos e atos declaratórios. Os atos constitutivos são os que originam uma situação jurídica e os atos declaratórios são os que afirmam ou conferem uma certeza jurídica a uma situação jurídica de fato ou de direito já existente. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 433.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 433-434.

2.3. O ato administrativo quanto à liberdade decisória da Administração Pública: vinculação e discricionariedade.

Outra classificação conferida ao ato administrativo refere-se à competência da autoridade pública que o emana. O ato administrativo visa dar cumprimento à lei. Mas o cumprimento da lei não se limita apenas ao alcance da finalidade nela contida, significa ainda a observância de elementos que compõe o ato administrativo e que lhe confere perfeição, validade e eficácia.

A validade significa que o ato se formalizou em conformidade com as regras e princípios jurídicos¹⁰². A perfeição se concretiza com a existência do ato que preenche todos os seus elementos – sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade - e ingressa no mundo jurídico com a aptidão de produzir efeitos de direito (eficácia)¹⁰³, porquanto o ato será perfeito, válido e eficaz se todos os seus elementos - sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade – forem preenchidos de acordo com os ditames legais e sem termo ou condição para a produção dos efeitos jurídicos¹⁰⁴.

Sobre os elementos do ato administrativo¹⁰⁵, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o objeto é aquilo sobre o que o ato dispõe¹⁰⁶. A forma é a exteriorização da vontade administrativa que revela a sua existência. Já o motivo é a situação de fato ou de direito que justifica a atuação administrativa por provocar e preceder a edição do ato enquanto a

¹⁰² CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 53/54, pp. 161-172.

¹⁰³ CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 53/54, pp. 161-172.

¹⁰⁴ CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 53/54, pp. 161-172.

¹⁰⁵ A doutrina diverge quanto à sistematização dos elementos do ato administrativo. A divergência engloba ainda a expressão, pois alguns doutrinadores ao invés de referirem aos elementos preferem denominá-los como requisitos do ato administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello sistematiza de outro modo ao falar em elementos e pressupostos do ato administrativo. Para o ilustre doutrinador, os elementos seriam o conteúdo e a forma. Os pressupostos, por sua vez, se dividem em pressupostos de existência e pressupostos de validade. Os pressupostos de existência são o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa. Os pressupostos de validade constituem o sujeito, motivo e finalidade (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 398-401). Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, adota a sistematização em elementos por considerar o disposto no artigo 2.º da Lei Federal n.º 4.717/65 sobre a ação popular e indica os cinco elementos do ato administrativo: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade (PIETRO, Maria Sylva Zanella Di, *op. cit.*, pp. 204-205). A matéria comporta peculiaridades e importância que exigem estudo específico sobre o tema que, em razão disso, não será aqui tratado. Para fins deste trabalho comporta salientar que o ato administrativo apresenta elementos que constituem a manifestação de vontade do Estado para lhe conferir perfeição, validade e eficácia.

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 401-413.

finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato para o atendimento do interesse público. O sujeito, por seu turno, é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato¹⁰⁷.

A competência é a capacidade do agente para a emissão do ato administrativo. Como toda a atividade administrativa, a capacidade está condicionada ao atendimento da lei por força do princípio da legalidade, pois, conforme esclarece Hely Lopes Meirelles na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal¹⁰⁸. Ao contrário da esfera particular, na qual é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza¹⁰⁹. Mas existem as hipóteses em que a própria lei prevê margens de liberdade para a manifestação de vontade do sujeito do ato administrativo. Em razão disso, o ato administrativo é classificado em ato vinculado e ato discricionário.

No ato administrativo vinculado a lei descreve as situações fáticas perante as quais seja obrigatório único, determinado e específico comportamento administrativo¹¹⁰. Neste caso, a competência da autoridade pública é vinculada, pois a ela caberá a prática da conduta prevista na lei. Qualquer outra conduta tomada que não seja aquela prevista na norma jurídica será ilegal¹¹¹.

Por outro lado, no ato administrativo discricionário, a lei, ao prever a hipótese de incidência no caso concreto, permite que a Administração Pública valora a respeito daquilo que convém fazer para efetivamente dar satisfação ao interesse tutelado, buscando a solução por critérios de conveniência e oportunidade¹¹². A solução não é disciplinada na lei justamente pelo bem jurídico tutelado exigir a análise fática¹¹³. Por isso a competência é discricionária, pois a lei autoriza que a autoridade administrativa pela conveniência e oportunidade faça escolhas no caso concreto por dispor de várias opções todas elas válidas perante a lei¹¹⁴.

¹⁰⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 29.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 968p.

¹⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 29.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 968p.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 448-456.

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 448-456.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 448-456.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 448-456.

¹¹⁴ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello “atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma” e “atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 438). No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “a função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. E atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo

Tanto na vinculação quanto na discricionariedade a lei propõe um comportamento que satisfaça o interesse público. Assim, pode-se dizer que os atos administrativos têm como objetivo exteriorizar uma conduta amoldada às exigências legais. Embora na vinculação o comportamento esteja predefinido e na discricionariedade o comportamento é definido posteriormente, ambos possuem vinculação quanto ao direito.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que não há ato propriamente discricionário dado que será vinculado com relação ao fim e ao sujeito. O fim é o interesse público específico que se busca pela norma jurídica e o sujeito é a autoridade prevista pela lei como competente para a prática do ato¹¹⁵. De acordo com o jurista, a discricionariedade aparecerá na finalidade quanto à valoração do interesse público, que com complemento dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella de Pietro, é o interesse público em sentido amplo¹¹⁶.

A discricionariedade é a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador para compatibilizar o interesse público secundário, isto é, o interesse da máquina estatal com a satisfação dos objetivos legais, como bem define Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁷. De modo geral, a discricionariedade é a expressão que designa poder de escolha, conforme sintetiza Thiago Marrara¹¹⁸. Entretanto, este poder de escolha não é livre e ilimitado. A discricionariedade deve ser exercida em consonância com as regras e os princípios jurídicos. Daí porque não há que se considerar a vinculação como oposto da discricionariedade, mas como norteador da escolha.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a discricionariedade será depreendida pela própria norma jurídica em três hipóteses. Na primeira, ela existirá na norma que não descreve antecipadamente a situação em vista da qual será suscitado o

critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *op. cit.*, p. 214)

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 439.

¹¹⁶ Idem, p. 439. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro para quem “com relação ao sujeito, o ato é sempre vinculado; só pode praticá-lo aquele a quem a lei conferiu competência. No que diz respeito à finalidade, também existe vinculação e não discricionariedade, se bem que a matéria mereça ser analisada com cuidado. Foi visto que em dois sentidos se pode considerar a finalidade do ato: em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público; em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo. No primeiro sentido, pode-se dizer que a finalidade seria discricionária, porque a lei se refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança, bem-estar. Quando a lei não estabelece critério objetivos que permitam inferir quando tais fins são alcançados, haverá discricionariedade administrativa. (...) No segundo sentido, a finalidade é sempre vinculada; para cada ato administrativo previsto na lei, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada” (PIETRO; Maria Sylvia Zanella Di, *op. cit.*, p. 216)

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 440-443.

¹¹⁸ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012, p. 211.

comportamento administrativo. Na segunda, a norma descreve a situação que justifica o ato, mas com o emprego de conceitos indeterminados que exigem uma interpretação por critérios subjetivos do administrador. Na terceira hipótese, a norma expressamente prevê a liberdade do administrador para decidir com base na conveniência e oportunidade.¹¹⁹

Ao lado da norma jurídica, Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta o exame do caso concreto, pois a discricionariedade surgirá nos casos que comportem múltiplas soluções igualmente aceitas, cabendo ao administrador valorar qual será a solução mais adequada naquele caso¹²⁰. E pode ocorrer que, no exame do caso concreto, apenas uma conduta seja considerada válida. É o caso em que, acolhendo as lições de José Roberto Pimenta Oliveira, “*aquela liberdade de decisão se transformará em dever de adoção ou não de certa conduta, tendo em conta todos os princípios aplicáveis ao exercício da função administrativa in concreto*”¹²¹, de modo que pela análise fática a discricção contida na norma jurídica deixa de existir. Isso corresponderá à razoabilidade entre motivo, conteúdo e finalidade.

Isto porque, ainda nas lições de José Roberto Pimenta Oliveira, o exercício da discricionariedade exige que o agir administrativo sopesse as circunstâncias com base nos critérios objetivos previstos na lei¹²², razão pela qual “*dependendo do caso concreto, a razoabilidade pode ou não se converter em fonte positiva e legitimadora da única solução a ser adotada*”¹²³.

De modo geral, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando a lei não prevê critérios objetivos que permitem identificar a conduta a ser adotada, haverá discricionariedade administrativa enquanto, inversamente, se houver critérios objetivos que permitem a delimitação da atuação administrativa, haverá apenas única solução a ser praticada¹²⁴.

Para Thiago Marrara, os critérios objetivos previstos na lei constituem os motivos jurídicos que sustentam o agir da Administração Pública e que não se sujeitam a escolhas:

“o bloco de legalidade que sustenta uma ação é dado pelo ordenamento jurídico pátrio ao qual se submete a autoridade pública. A autoridade não tem como dele se desviar, afinal a apresentação das normas é indispensável para o controle do ato praticado pela administração e, principalmente, para que o particular eventualmente atingido pelos efeitos jurídicos do ato dele

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 442.

¹²⁰ *Idem*, p. 444.

¹²¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Discricionariedade e razoabilidade. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, v. 1, 2008, p. 10.

¹²² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *op. cit.*, p. 33

¹²³ *Idem*, p. 33.

¹²⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *op. cit.*, pp. 216-220.

possa se defender a partir da informação acerca dos motivos empregados. Os motivos jurídicos, portanto, são dados e não permitem escolhas.¹²⁵

Neste sentido, Thiago Marrara assinala que a discricionariedade apareceria nos elementos do ato administrativo relativos à competência, ao conteúdo e à forma¹²⁶.

A discricionariedade quanto à competência administrativa corresponderia à discricionariedade no momento de agir, ou seja, a autoridade decide se atuará ou não no caso concreto, o que se manifesta em matéria de polícia administrativa. A discricionariedade quanto ao conteúdo é a liberdade de escolha no agir, na medida em que a Administração Pública tem que praticar um ato, mas lhe compete deliberar a respeito da elaboração do conteúdo da conduta administrativa, sendo verificada nas atividades administrativas punitivas e de controle prévio. No que toca à discricionariedade quanto à forma de agir, aponta que incide sobre as formas de exteriorização de um ato administrativo. Ao final, conclui que a discricionariedade recai sobre um ou mais elementos do ato administrativo, mas se algum dos aspectos destes elementos constarem no direito positivo haverá vinculação.¹²⁷ Nesta hipótese há o desaparecimento da discricionariedade¹²⁸.

Embora o legislador tenha previsto expressamente que cabe à Administração Pública, por critérios de conveniência e de oportunidade, valorar sobre o ato administrativo, a discricionariedade poderá se esvaziar em razão do caso concreto por força de princípios jurídicos e da observância dos direitos fundamentais¹²⁹.

Thiago Marrara assevera que o desaparecimento da discricionariedade é sustentado na teoria da redução integral da discricionariedade e da autovinculação¹³⁰. Na redução integral da discricionariedade, a margem de liberdade do administrador é regida pelo direito, de modo que pode ocorrer dos valores jurídicos constantes no sistema normativo fundamentarem apenas uma conduta administrativa na consecução do interesse público¹³¹.

A única via decisória possível no caso, a despeito da liberdade de escolha prevista originalmente na lei, se baseia ainda no direito subjetivo do particular. A Administração Pública deve atuar em consonância com os princípios jurídicos, sobretudo com os direitos

¹²⁵ MARRARA, Thiago, *op. cit.*, p. 213.

¹²⁶ A matéria se diverge na doutrina. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a discricionariedade existirá no motivo e no conteúdo. A discricionariedade no motivo é depreendida nas hipóteses de omissões legais que não o definem e nas hipóteses legais que utilizam os conceitos jurídicos indeterminados. Já o objeto ou conteúdo, a discricionariedade aparecerá nas hipóteses que se valem de vários objetos admitidos pela lei que produziram o mesmo resultado. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *op. cit.*, p. 218).

¹²⁷ MARRARA, Thiago, *op. cit.*, pp. 213-218.

¹²⁸ MARRARA, Thiago, *op. cit.*, p. 223.

¹²⁹ MARRARA, Thiago, *op. cit.*, pp. 223-225

¹³⁰ MARRARA, Thiago, *op. cit.*, pp. 223-225

¹³¹ Idem, pp. 223-225.

fundamentais dos administrados de maneira impessoal e isonômica¹³². E a partir de momento em que nascer o direito subjetivo do administrado de exigir única conduta administrativa, o ato administrativo se tornará vinculado. É o que ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.”¹³³

Thiago Marrara complementa que a discricionariedade desaparece com a autovinculação administrativa pautada no princípio da vedação do comportamento contraditório e nos princípios da segurança jurídica com o princípio da isonomia, no sentido de que o administrador deve manter o mesmo padrão de tratamento para casos futuros que se assemelhem a situação anteriormente tratada¹³⁴. Por exemplo, numa situação o poder público optou por adotar uma conduta. Em igual situação, portanto, ele deve permanecer coerente com o que decidiu, salvo na hipótese de possuir motivos para a alteração do padrão decisório. Isto se aplica em relação à jurisprudência administrativa¹³⁵.

Em todos os entendimentos doutrinários expostos, verifica-se que os atos administrativos são vinculados ao cumprimento da lei, mas não apenas a regra jurídica e sim ao direito, de modo que a atuação administrativa deve estar em consonância com os princípios jurídicos. Por mais que a discricionariedade signifique a opção de escolha pelo administrador, a margem de liberdade apresentará um contorno jurídico, na medida em que, embora assegurada pela lei, ela encontrará limites em outros valores protegidos e estabelecidos no próprio texto legal ou no ordenamento jurídico, a ponto de não existir.

A discricionariedade administrativa apresenta um perfil, segundo o qual a discricionariedade não existirá quando contrária aos princípios administrativos e aos direitos subjetivos fundamentais dos administrados, além de não poder ocasionar descompassos entre os elementos do ato que afetem a adequação da conduta administrativa, ocasiões em que a margem de liberdade da lei desaparecerá com a redução da conduta administrativa a uma

¹³² MARRARA, Thiago, *op. cit.*, pp. 223-225.

¹³³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *op. cit.*, p. 214.

¹³⁴ MARRARA, Thiago, *op. cit.*, p. 227

¹³⁵ “se situações idênticas vividas por outros particulares foram julgadas pela administração pública de certa maneira, esse padrão decisório deverá ser mantido em relação a todos os outros cidadãos, já que todos são iguais perante a legislação e o Estado. Essa regra se extrai diretamente dos princípios da impessoalidade e da isonomia” (MARRARA, Thiago, *op. cit.*, p. 227).

única decisão juridicamente aceitável. É o que se pretende verificar na decisão administrativa de concessão de qualificação de entidades sem fins lucrativos de interesse social como organizações sociais.

2.4. Considerações sobre a vinculação e a discricionariedade nos atos ampliativos de direito e nos atos restritivos de direito

Os atos administrativos ampliativos de direito acarretam uma vantagem jurídica ao administrado ao incorporar ao seu patrimônio ou personalidade jurídica uma qualidade mediante a outorga de direito. A conquista e o exercício do direito são realizados pelo titular, de modo que somente ele possui o interesse de pleiteá-lo e de provocar a aplicação da norma jurídica que o assegura¹³⁶.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que os atos ampliativos de direito dependem da vontade do particular em formalizar ou criar condições para uma relação administrativa¹³⁷. Por depender da vontade do beneficiário e não da Administração Pública, a discricionariedade nos atos ampliativos de direito é reduzida, diferentemente dos atos administrativos restritivos de direito que estão condicionados à vontade da Administração Pública, tanto que permitem o emprego dos atributos da imperatividade, exigibilidade e executoriedade¹³⁸, conforme ensina Angélica Petian:

“a limitação dos atributos da imperatividade, exigibilidade e a executoriedade aos atos restritivos de direito explica-se por uma razão de ordem lógica, pois não poderia a Administração, tutora do interesse público, impor, exigir e executar um ato que tivesse como único objetivo conferir vantagem juridicamente relevante a um ou a um grupo de administrados. A Administração, no exercício de todas as suas atividades, está adstrita à satisfação do interesse público – considerado este de modo genérico – e, especificamente, ao atendimento da finalidade legal prescrita em cada caso concreto. Assim, nada que se distancie do interesse público pode ser almejado pela Administração. A imposição, exigibilidade e executoriedade de um ato administrativo que favoreça juridicamente o administrado, criando ou ampliando direitos ou, ainda, restringindo ou eliminando encargos que antes recaiam sobre ele, devem ser feitas pelo próprio particular, já que ele será o beneficiário do ato.”¹³⁹

¹³⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2007, pp. 175-188.

¹³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 435.

¹³⁸ PETIAN, Angélica, *op. cit.*, p. 293.

¹³⁹ PETIAN, Angélica, *op. cit.*, pp. 293-294.

Diante disto, é possível extrair que o ato ampliativo de direito não terá a discricionariedade no momento de agir, pois competirá ao particular demonstrar ou não se atuará no caso concreto. É possível denotar também que o interesse público envolvido no ato ampliativo é a concessão de direito ao administrado. Neste sentido, a Administração Pública deverá persegui-lo, em função do princípio da supremacia do interesse público, bem como não poderá dispô-lo, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público. Ao admitir a discricionariedade administrativa no ato ampliativo de direito permite-se que haja disposição do direito do administrado, o que contraria um dos princípios basilares: o princípio da indisponibilidade do interesse público.

A discricionariedade administrativa nos atos ampliativos e restritivos deve ser verificada com base nos elementos do ato administrativo.

O sujeito e a finalidade são elementos vinculados nas duas espécies do ato. Os motivos jurídicos, acolhendo as lições de Thiago Marrara¹⁴⁰, também revestem os atos administrativos de vinculação. O sujeito é vinculado, pois se os atos forem expedidos por autoridade incompetente, apesar de admitirem a convalidação nesta hipótese, estarão em desconformidade com o direito. Do mesmo modo, os atos administrativos serão ilegais uma vez emanados para o atendimento de fim diverso daquele almejado pela norma jurídica e motivados por outros critérios que não os estabelecidos na lei.

Em relação à forma, a depender do que estiver previsto na norma jurídica, ela poderá apresentar margem de escolha para o administrador nos dois atos em debate. A exteriorização do ato ampliativo de direito e do ato restritivo de direito dependerá da deliberação da autoridade pública, mesmo porque não é um elemento que altera a substância do ato. A forma é meio de instrumentalização do ato administrativo, de modo que a outorga de direito ou a restrição de direito ocorrerá independentemente de como o ato foi exteriorizado.

Pode ocorrer, no entanto, distinção entre os atos ampliativos e restritivos de direito que impeça ou reduza a discricionariedade quanto ao conteúdo no que diz respeito à valorização do interesse público, mesmo que a norma jurídica disponha sobre a conveniência e a oportunidade em sua aplicação pela Administração Pública.

Como dito, os atos ampliativos de direito não admitem a discricionariedade no momento de agir, pois dependem única e exclusivamente da vontade do beneficiário. Igualmente, os atos ampliativos de direito não admitem a discricionariedade administrativa quando o conteúdo conste no direito positivo.

¹⁴⁰ MARRARA, Thiago, *op. cit.*, p. 213.

Isso ocorre pela circunstância de que o ato ampliativo visa conferir um direito subjetivo ao particular. Uma vez preenchidos todos os requisitos da lei, nasce para o beneficiário o direito de obter a vantagem jurídica que o ato administrativo acarreta a sua esfera jurídica. Tanto que a vontade de requerer a vantagem parte do administrado e não da Administração Pública, por isso a inexistência de liberdade no agir do administrador que dependerá de provocação e vontade do particular com a comprovação de atendimento do conteúdo. Se mesmo com o preenchimento dos requisitos legais, a lei submetesse a concessão do direito à análise subjetiva do administrador, não faria sentido lógico ter a norma jurídica, que ficaria a cargo da Administração Pública como se ela fosse o legislador. A única hipótese que se pode cogitar de discricionariedade nos atos ampliativos de direito é no caso dos requisitos legais estarem consubstanciados em conceitos indeterminados. Mas, caso contrário, se os critérios forem objetivos e claros a discricionariedade não é cabível e mesmo se prevista, ela desaparece.

Utiliza-se o exemplo clássico do particular que participa de um concurso público e é classificado em 1.^a lugar dentro do número de vagas previstas no edital para o provimento de cargo público. Uma vez classificado dentro das vagas e com o cumprimento de todos os requisitos previstos no edital, não caberá análise subjetiva da Administração Pública para nomear e dar a posse do candidato ao cargo público. Se houvesse essa discricionariedade, o ato administrativo perderia a sua eficácia que no ato ampliativo de direito é justamente conceder um direito ao particular.

O interesse contido no ato ampliativo de direito é a satisfação de um interesse individual, por isso que não comporta a valorização quanto ao interesse público. Pode-se cogitar que ato administrativo ampliativo de direito afete interesses coletivos, mas mesmo assim, se estiver nesta hipótese, a discricionariedade não aparecerá, pois será um dever da Administração Pública por meio de decisão motivada não conceder o direito subjetivo por ele violar o sistema normativo, o que não significa uma margem de escolha quanto ao direito do administrado, pois, em qualquer circunstância, haverá apenas uma decisão válida a ser tomada.

Somente os atos restritivos de direito gozam da discricionariedade administrativa de agir e na valorização do interesse público. Isso porque é em razão do interesse público que a Administração Pública limita a esfera jurídica do particular, causando-lhe gravame.

Serve de exemplo a desapropriação. A Administração Pública pode retirar a propriedade do particular por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. A atuação desapropriatória é uma decisão discricionária da Administração Pública, a quem cabe

decidir se efetivamente limitará ou não o patrimônio do administrado no caso concreto, sendo que o ordenamento jurídico não descreve antecipadamente a situação em vista da qual será suscitado o comportamento administrativo de desapropriação nem o conteúdo que explique a conduta do motivo pelo qual aquela propriedade foi escolhida, o que dependerá do cenário fático e político. Ela surge conforme as necessidades públicas.

Assim, os atos restritivos de direito têm discricionariedade administrativa quanto ao momento de agir e no agir, bem como quanto à finalidade com vistas ao cumprimento do interesse público enquanto o ato ampliativo de direito admite a liberdade de escolha quanto à forma e quanto ao objeto ou conteúdo se houver o emprego de conceitos indeterminados.

Nos atos restritivos de direito, a Administração Pública compatibiliza os interesses particulares com o interesse público, todavia nos atos ampliativos de direito os interesses públicos são compatibilizados com os interesses individuais.

CAPÍTULO 03 - AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

3.1. A Lei Federal n.º 9.637/98 e os requisitos para a qualificação de organização social: ato administrativo discricionário.

A qualificação de entidades, sem fins lucrativos, voltadas ao exercício de atividades de interesse social como organizações sociais é regida pela Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e a criação do Programa Nacional de Publicização¹⁴¹. A norma disciplina os requisitos legais necessários para se alcançar o título jurídico especial denominado organização social.

A titulação é pressuposto para a celebração de contrato de gestão com o Poder Público para a execução compartilhada de serviços públicos mediante regime de mútua cooperação, no qual a entidade qualificada transmite a sua experiência prática com procedimentos, formação técnica, recursos tecnológicos e materiais, que emprega no desenvolvimento de sua área de atuação, ao passo que a Administração Pública transmite recursos financeiros, servidores públicos e bens públicos pelo fomento para que sejam administrados pela organização social, em razão de sua expertise¹⁴². A celebração de contrato de gestão depende de prévio procedimento objetivo, público e formal em que dará oportunidade às organizações sociais de apresentarem suas propostas técnicas e financeiras. Assim, a qualificação não significa que a entidade qualificada irá celebrar contrato de gestão.

Os requisitos para a obtenção da qualificação de organização social estão previstos na seção I do capítulo I da Lei Federal n.º 9.637/98 e estão divididos em gerais e específicos. Os requisitos gerais consistem na natureza jurídica da entidade. Para conquistar a qualidade de organização social, a entidade não pode ter fins econômicos, isto é, não pode auferir lucro. Ao

¹⁴¹ O Programa Nacional de Publicização permite que um órgão público seja extinto e absorvido por organização social que passaria a gerenciá-lo. Não se adentra neste trabalho na análise do referido programa.

¹⁴² De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o contrato de gestão é o instrumento utilizado pela Administração para designar acordos celebrados com entidades da Administração indireta, como também para estipular as transações realizadas no âmbito da própria Administração direta, entre dirigentes de órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica. Mas, segundo a jurista, “Fora do âmbito da Administração pública direta e indireta, os contratos de gestão estão previstos no direito positivo como modalidade de ajuste a ser celebrado com instituições não governamentais passíveis de serem qualificadas como organizações sociais, para fins de prestação de serviço público ou atividade de interesse público, mediante fomento pelo Estado.” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 261-266)

lado disso, a atividade por ela exercida deve ser voltada ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

A natureza jurídica da entidade a ser qualificada é de verdadeira organização da sociedade civil que por ação voluntária foi constituída para a efetivação dos direitos sociais, sem interesse econômico na prestação social, nos termos delineados no artigo 1.º da Lei Federal n.º 9.637/98. A evidenciação disto é feita no próprio ato constitutivo da entidade que deve dispor expressamente a área de atuação e a ausência de lucratividade com a previsão de aplicação dos excedentes financeiros na própria atuação (artigo 2.º, incisos I e II, da Lei Federal n.º 9.637/98).

A ausência de interesse econômico é manifestada ainda com a previsão no ato constitutivo da proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, mesmo com desligamento ou falecimento de membro da entidade (artigo 2.º, I, “h”, da Lei Federal n.º 9.637/98) e da incorporação integral do patrimônio e quaisquer bens, inclusive excedentes financeiros, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra entidade qualificada como organização social na mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, Estados, Distrito Federal ou dos Municípios que tenham contribuído pela formação da organização social incorporada (artigo 2.º, I, “i”, da Lei Federal n.º 9.637/98).

Mas não é só. Além dos requisitos gerais que objetivam garantir a natureza jurídica da interessada na qualificação, ela deverá comprovar o preenchimento de requisitos específicos concernentes ao seu modo de constituição e funcionamento. A especificidade distingue a entidade que pretende se qualificar das demais organizações ao verificar se ela apresenta os elementos mínimos para estabelecer relação com a Administração Pública. São requisitos relacionados à governança dentro da própria entidade que precisa existir pelo fato de que a entidade, uma vez qualificada, pode vir a firmar contrato de gestão com o Poder Público e dele receber recursos públicos que serão por ela manuseados. Os recursos orçamentários não perdem a natureza de dinheiro público, carregando princípios e regras jurídicas para o seu gerenciamento, independente do sujeito responsável. A organização social se vinculará ao cumprimento de deveres decorrentes dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência.

Neste sentido, para a qualificação como organização social, a entidade deve ter um conselho de administração e uma diretoria, sendo os órgãos internos, respectivamente, de deliberação superior e de direção da entidade, cujas composições e atribuições são previstas expressamente no estatuto (artigo 2.º, I, “d” e “e”, Lei Federal n.º 9.637/98).

A composição e as competências da diretoria são de livre disposição no ato constitutivo, porém deverão ser nele explicitadas. Observando-se que a Lei Federal n.º 9.637/98 prevê a composição e as atribuições mínimas do conselho de administração. Assim, nos termos do artigo 3.º de tal diploma legal, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, a entidade que pretende se qualificar como organização social deve assegurar em seu estatuto um conselho de administração, cuja mais da metade de sua composição seja formada por representantes do Poder Público e representantes de entidades da sociedade civil, com notória capacidade profissional e idoneidade moral; também deve assegurar a participação de membros eleitos pelos conselheiros e de membros eleitos pelos associados, no caso de associação, respeitadas as porcentagens mínimas previstas no artigo 3.º da Lei Federal n.º 9.637/98¹⁴³.

Além da observância da composição, os membros do conselho de administração possuem mandato de quatro anos, exceto o primeiro mandato de metade dos membros que deve ser de dois anos. É admitida apenas uma recondução. Os membros do conselho não podem acumular funções executivas, de modo que se eleitos para a diretoria devem renunciar a posição no conselho, bem como não podem receber remuneração pelos serviços prestados como conselheiros, salvo a ajuda de custo por reunião. As reuniões devem ser de, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo. Nelas o dirigente máximo da entidade deve participar sem direito a voto. Tudo nos termos do artigo 3.º da Lei Federal n.º 9.637/98.

Em seguida, o artigo 4.º da Lei Federal n.º 9.637/98 prevê as atribuições mínimas do conselho de administração que deve ser o responsável pela aprovação do orçamento e projetos da entidade com a respectiva aprovação e fiscalização dos relatórios gerenciais e de atividades e das contas anuais e demonstrativos financeiros e contábeis, com auxílio de auditoria externa. Ao conselho de administração cabe ainda a fixação do âmbito de atuação da entidade e a aprovação e disposição sobre a alteração do estatuto e sobre a aprovação e modificações dos

¹⁴³ “Art. 3.º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos: I - ser composto por: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade; b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto; c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados; d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;” (BRASIL. *Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, Senado Federal, 1998.)

atos constitutivos e normativos da organização. A fixação da remuneração dos membros da diretoria também é de competência do conselho de administração, cabendo a ele também a designação e dispensa dos membros da diretoria. O conselho de administração aprova a proposta para a celebração de contrato de gestão e fiscaliza as diretrizes e as metas nele definidas. Essas são as atribuições normativas e de controle do conselho de administração sem as quais a entidade não consegue a qualificação de organização social.

Uma vez tendo um conselho de administração e uma diretoria, a entidade deve também como requisito específico para a qualificação publicar obrigatória e anualmente, no Diário Oficial da União, os relatórios financeiros e o relatório de execução do contrato de gestão e, no caso de associação civil, prever no seu estatuto a aceitação de novos associados.

Esses são os requisitos gerais e específicos para a qualificação de uma entidade como organização social que estão objetivamente enumerados na Lei Federal n.º 9.637/98.

No entanto, ao lado desses elementos objetivos, a Lei Federal n.º 9.637/98 prevê a subjetividade da Administração Pública, nas pessoas do Ministro ou titular de órgão supervisor da atividade de atuação da entidade e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, numa das áreas relacionadas no artigo 1.º, a quem competirá pela oportunidade ou conveniência aprovar a qualificação de uma entidade como organização social, conforme prevê o inciso II do artigo 2.º da Lei Federal n.º 9.637/98, cuja transcrição é válida:

“Art. 2.º. São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: (...) II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.”¹⁴⁴

Em razão disto, embora a lei disponha sobre os requisitos gerais e específicos, a obtenção da qualificação de uma entidade como organização social dependerá de juízo discricionário da autoridade administrativa competente.

Neste diapasão, a natureza jurídica e as exigências legais quanto às regras de constituição e funcionamento da entidade não são suficientes para que ela se qualifique como organização social. É preciso a aprovação por oportunidade e conveniência pela

¹⁴⁴ BRASIL. *Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, Senado Federal, 1998.

Administração Pública, nos termos da lei. Em razão disso, a qualificação como organização social é considerada como ato administrativo discricionário. Assim, entende Sérgio de Andréa Ferreira¹⁴⁵:

“A outorga da qualificação é discricionária, eis que resultante de juízo de conveniência e oportunidade do Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da correspondente área de atividade, e do então Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado (art. 2.º, II).”¹⁴⁶

O entendimento da discricionariedade na concessão do título de organização social pode ser compreendido nas ponderações de Luciana Cordeiro Rodrigues que sustenta ser inevitável a conclusão pela existência de ato discricionário, haja vista a previsão legal de aprovação por duas autoridades administrativas que exercerão apreciação subjetiva em face da averiguação dos requisitos gerais e específicos para que uma entidade possa ser reconhecida como organização social¹⁴⁷. Segundo a jurista, a discricionariedade se confirmaria na opção dada ao administrador de preferir a sua escolha na qualificação ou não da entidade, por critérios de conveniência e oportunidade¹⁴⁸.

A preferência na escolha é manifestada pela ponderação se aquela entidade que pretende se qualificar como organização social apresenta as aptidões necessárias para alcançar a finalidade por detrás da qualificação que seria a celebração de contrato de gestão para a gestão associada de serviços sociais¹⁴⁹. Caberia à Administração Pública verificar se a interessada tem a capacidade para se comportar como o Estado na execução das atividades públicas, por isso que, nos dizeres de Luciana Cordeiro Rodrigues, o deferimento ou não do pedido de qualificação de organização social deve passar pelo crivo do administrador e não na

¹⁴⁵ No mesmo sentido José dos Santos Carvalho Filho “uma vez qualificadas como organizações sociais, o que resultará de critério discricionário do Ministério competente para supervisionar ou regular a área de atividade correspondente ao objeto social (art. 2.º, II), as entidades são declaradas de como de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais e podem receber recursos orçamentários e usar bens públicos necessários à consecução de seus objetivos, neste último caso através de permissão de uso (arts. 11 e 12).” (FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 30.ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 374) Cf ainda: NETO, Belarmino José da Silva. Organizações sociais: a viabilidade jurídica de uma nova forma de gestão compartilhada. *BuscaLegis*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3254>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁴⁶ FERREIRA, Sérgio de Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 105-118, jul./set. 1999

¹⁴⁷ RODRIGUES, Luciana Cordeiro. A concessão do título jurídico de organização social. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 232: 133-140, abr./jun. 2003, p. 137.

¹⁴⁸ RODRIGUES, Luciana Cordeiro, *op. cit.*, p. 137.

¹⁴⁹ RODRIGUES, Luciana Cordeiro, *op. cit.*, p. 138.

comprovação de requisitos, o que poderia transformar a qualificação como mera exigência legal¹⁵⁰.

Apesar de a lei prever a qualificação de organização social como ato administrativo discricionário, parte da doutrina a interpreta com certa desconfiança, pois da forma como prevista na lei, a margem de liberdade na qualificação poderia tornar passível a criação de favoritismos com o prevalecimento de interesses particulares. A qualificação deveria ser conquistada de forma objetiva por meio do preenchimento dos requisitos gerais e específicos fixados na Lei. Ao atribuir caráter subjetivo pela obrigatoriedade de aprovação do administrador, cria-se a oportunidade de prevalência de uma entidade, em detrimento de outra, que possa ter de igual modo atendido às exigências legais, mas não obteve a concordância da Administração Pública.

Neste sentido, a doutrina passou a sustentar a inconstitucionalidade da atribuição discricionária no ato de qualificação como organização social, em razão da violação aos princípios da igualdade e da impessoalidade.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha é partidário da inconstitucionalidade do inciso II do artigo 2.º da Lei Federal n.º 9.637/98, pois, sustentado nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o conteúdo jurídico do princípio da isonomia, entende que no caso de duas entidades ou mais comprovem os requisitos legais não haveria os elementos justificadores da discriminação que poderiam sustentar uma decisão administrativa de escolha de uma entidade, em detrimento de outra¹⁵¹. O tratamento diferenciado não pode atingir apenas um indivíduo, sem contar que deve decorrer da própria lei que estabelecerá os contornos da distinção, os quais não foram previstos na Lei Federal n.º 9.637/98. Assim, ao administrador caberia conceder a qualificação para todos, igualmente¹⁵².

Resta saber qual o posicionamento que se adotará, conforme adiante se mostra.

3.1.2. A qualificação de organização social e a ADI 1923

O artigo 2.º, inciso II, da Lei Federal n.º 9.637/98 foi discutido ainda em âmbito judicial na ação direta de inconstitucionalidade n.º 1923, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Luciana Cordeiro, *op. cit.*, p. 138.

¹⁵¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 136.

¹⁵² Idem, p. 136.

Ao ensejo do julgamento, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme a Constituição Federal ao mencionado dispositivo legal, de modo a reconhecer a discricionariedade no ato de qualificação, desde que aplicada nos moldes dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência por meio de critérios objetivos a serem disciplinados em decreto regulamentador da Lei¹⁵³.

A interpretação conforme a Constituição Federal quanto ao ato de aprovação da qualificação decorreu do voto condutor do julgamento da ação proferido pelo Ministro Relator Luiz Fux que sustentou a natureza de credenciamento da qualificação. Como credenciamento não haveria competitividade entre as interessadas em obter o título jurídico, de modo a afastar a obrigatoriedade de processo de seleção. A qualificação pode ser alcançada por todos desde que preenchidos os requisitos, sendo a aprovação pelo Poder Público um dos requisitos, cuja observância se exige por lei.¹⁵⁴

Neste sentido, o Ministro Luiz Fux entendeu que a disposição legal que confere a liberdade administrativa de apreciação do deferimento da qualificação não seria, em si, contrária ao texto constitucional, pois não poderia se pressupor que a atuação administrativa é arbitrária. A discricionariedade é praticada em consonância com os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência. E apenas se exercida de forma violadora aos princípios haveria afronta à Carta Magna, hipótese em que o ato de qualificação seria submetido ao controle de legalidade pela própria autotutela da Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.¹⁵⁵

O Ministro Luiz Fux asseverou que a previsão legal da discricionariedade não significa arbitrariedade e que a sistemática da Lei Federal n.º 9.637/98 prevê os meios necessários para garantir que o ato de aprovação não sofra desvirtuamento em direção aos interesses particulares ao invés dos interesses coletivos. O artigo 9.º e o artigo 10 dispõem expressamente que os atos praticados em relação à celebração e execução do contrato de gestão, inclusive os atos prévios de qualificação, estão submetidos ao controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público, além do artigo 20 da Lei que determina a edição de decreto sobre os critérios para a qualificação¹⁵⁶.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. J. 16/04/2015. Dje 17/12/2015.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. J. 16/04/2015. Dje 17/12/2015.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. J. 16/04/2015. Dje 17/12/2015.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. J. 16/04/2015. Dje 17/12/2015.

No entendimento do Ministro Luiz Fux, a discricionariedade contida no inciso II do artigo 2.º da Lei Federal n.º 9.637/98 está lastreada em contornos legais, que limita as decisões administrativas à observância das diretrizes previstas em ato regulamentador. Demais disso, a Lei Federal n.º 9.637/98 prevê o processo administrativo para edição dos atos nela disciplinados, em especial aos atos referentes à qualificação, nos termos do artigo 16, §1.º, concluindo, portanto, que a discricionariedade possui elementos de redução e está condicionada legalmente ao cumprimento de diretrizes não havendo inconstitucionalidade¹⁵⁷.

No que se refere à aprovação da qualificação pelo Poder Público, o voto do Ministro Luiz Fux foi acompanhado pela maioria com divergência nos votos do Ministro Relator Ayres Britto e do Ministro Marco Aurélio que se posicionaram pela inconstitucionalidade do inciso II do artigo 2.º da Lei Federal n.º 9.637/98.

Para os respectivos Ministros, a qualificação constituiria uma fase de habilitação das interessadas em celebrar contrato de gestão com o Poder Público. Em razão do objetivo de verificação das condições das entidades interessadas em estabelecer uma relação com a Administração Pública e integrar a provisão de serviços públicos, a qualificação não poderia depender da discricionariedade administrativa. A qualificação possuiria viés técnico que uma vez comprovado conduziria ao reconhecimento de que a entidade é apta a celebrar contrato de gestão com o Poder Público e se submeter à regência do regime jurídico correspondente, o que afastaria a discricionariedade¹⁵⁸.

Ao lado disso, o Ministro Marco Aurélio completou que a discricionariedade administrativa se fundamentaria em situação decorrente de atividade política e em situações que dependeriam das circunstâncias da realidade para sua concreção, razão pela qual o legislador não teria condições de prevê-la, por isso permitiria a liberdade administrativa na condução do caso concreto consubstanciada em parâmetros fixados pelo próprio legislador. No entanto, a Lei Federal n.º 9.637/98 não teria previsto os parâmetros materiais, o que abriria margem para decisões arbitrárias, em ofensa aos princípios da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da moralidade administrativa¹⁵⁹.

Em que pese as divergências conclusivas, nota-se que os entendimentos dos Ministros apresentam pontos de convergência no que tange à finalidade da qualificação consistente na avaliação da compatibilidade das regras de constituição e de funcionamento das entidades

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. J. 16/04/2015. Dje 17/12/2015.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. J. 16/04/2015. Dje 17/12/2015.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. J. 16/04/2015. Dje 17/12/2015.

com o regime jurídico administrativo e no que tange à redução da discricionariedade administrativa.

Nos dois entendimentos houve a concordância de que o ato administrativo de concessão da qualificação de organização social está submetido à verificação de critérios objetivos. Assim, ao que parece, a qualificação deve ser compreendida como ato vinculado da Administração Pública, mesmo com a interpretação conforme a Constituição Federal dada para adequar a aprovação do administrador contida no inciso II do artigo 2.º da Lei Federal n.º 9.637/98 ao ordenamento jurídico.

A vinculação da qualificação está ligada aos efeitos jurídicos produzidos pelo ato de se qualificar e que não foram analisados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1923. Mas esta análise referente aos efeitos que a qualificação gera na esfera jurídica do administrado é encontrada na doutrina sobre a qualificação de entidades como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

3.2. A Lei Federal n.º 9.790/99 e os requisitos para a qualificação de organização da sociedade civil de interesse público: ato administrativo vinculado.

A Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999, dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP¹⁶⁰. A qualificação de OSCIP é condição prévia para a celebração de termo de parceria. O termo de parceria é instrumento de fomento para o estabelecimento de vínculo de cooperação na execução de atividades de interesse público¹⁶¹.

A parceria é firmada entre o Poder Público e entidades sem fins lucrativos que queiram desenvolver projetos sociais com ele. Daí se extrai uma das diferenças entre o termo de parceria celebrado com as entidades qualificadas como OSCIP e o contrato de gestão pactuado com as entidades qualificadas como organizações sociais.

¹⁶⁰ BRASIL. *Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Brasília, Senado Federal, 1999.

¹⁶¹ “Art. 9.º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3.º desta Lei.” (BRASIL. *Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Brasília, Senado Federal, 1999).

Diferentemente das organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público não gerenciam a máquina estatal. Elas atuam em cooperação com a Administração Pública na promoção de ações sociais de apoio às políticas públicas pela execução de projetos próprios de interesse coletivo mediante emprego de seus próprios meios, mas com auxílio financeiro decorrente do termo de parceria¹⁶². Todavia, por envolver o fomento público, antes de participar de concursos de projetos promovidos pela Administração Pública para a celebração do termo de parceria, a entidade deve se qualificar como organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP.

A qualificação de OSCIP é concedida pelo Ministério da Justiça, conforme estabelece o artigo 5.º da Lei Federal n.º 9.790/99, desde que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 1.º a 4.º da mesma Lei. Tais dispositivos traçam a essência de uma OSCIP, sem a qual não há como se cogitar a atuação de uma entidade com esta qualidade.

A primeira característica é natureza jurídica da entidade que deve ser constituída como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, ao não distribuir os resultados financeiros auferidos entre seus associados e dirigentes e aplicá-los integralmente na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos sociais, conforme dispõe o *caput* e o §1.º do artigo 1.º da Lei Federal n.º 9.790/99. Além da ausência de lucratividade, a entidade que pretenda se qualificar como OSCIP não pode apresentar constituição nas formas taxativamente elencadas no artigo 2.º da Lei Federal n.º 9.790/99, tais como: sociedades comerciais, cooperativas, fundações públicas, organizações creditícias, entre outras. É causa impeditiva de qualificação a entidade que tenha respectivos modos de constituição.

A segunda característica para o alcance do título é a área de atuação da entidade. De acordo com o artigo 3.º da Lei Federal n.º 9.790/99, a entidade que pretenda se qualificar deve prestar atividade de interesse social, que se enquadre em um dos incisos do dispositivo, sendo que a prestação deve observar o princípio da universalização dos serviços que significa que “o atendimento será prestado a todos os que deles necessitarem, ampliando-se o ensino, a saúde,

¹⁶² Gustavo Justino de Oliveira esclarece que “cumpre ressaltar que a OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP. (...) De acordo com a Lei das OSCIP’s, a entidade assim qualificada há de expressar sua dedicação às atividades enumeradas no parágrafo único do art. 3.º da Lei Federal n.º 9.790/99 por intermédio (i) da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, (ii) da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda (iii) através da prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de, *op. cit.*, p. 15). Neste sentido se posiciona a jurisprudência do Tribunal de Contas da União: “além de não ser papel das Oscips gerenciarem infraestrutura pública, também não faz parte de sua natureza atuarem como prestadoras de serviços ao Estado. A atuação das Oscips é voltada para a sociedade, por meio do desenvolvimento de projetos sociais de interesse coletivo. Não faz parte de sua natureza atuarem fornecendo bens ou prestando serviços à Administração Pública.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n.º 352-05/16-P no Processo n.º TC-017.783/2014-3. Relator: Benjamin Zymler. J. 24/02/2016).

a capacitação para o trabalho, etc., aos segmentos sociais menos favorecidos”¹⁶³. Além disso, a entidade deve comprovar a experiência mínima de três anos no desempenho das atividades, consoante o *caput* do artigo 1.º da Lei Federal n.º 9.790/99.

Além da natureza jurídica privada sem fins econômicos e do exercício de serviços de interesse público com experiência comprovada de, no mínimo, três anos, a entidade deve ser regida por regras expressamente previstas em seu Estatuto Social.

O artigo 4.º da Lei Federal n.º 9.790/99 dispõe as normas de disposição estatutária expressa para fins de qualificação, são elas: observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; adoção de práticas de gestão que impeçam o prevalecimento de interesses pessoais; a existência de conselho fiscal ou órgão equivalente que controle o desempenho financeiro e contábil; a previsão de que, em caso de dissolução da entidade ou na hipótese de desqualificação, o respectivo patrimônio líquido, inclusive aquele adquirido com recursos públicos, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; a possibilidade de remuneração de dirigentes que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que prestam serviços específicos, respeitado o valor de mercado; normas de prestação de contas, de acordo com os princípios e normas de contabilidade, com emprego de publicidade dos relatórios e realização de auditoria. Tudo nos termos do artigo 4.º da Lei Federal n.º 9.790/99.

Comprovado o cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei, a qualificação deve ser deferida por se constituir ato administrativo vinculado. É o que prevê expressamente o parágrafo segundo do artigo 1.º da Lei Federal n.º 9.790/99 que estabelece “a outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei”. A partir daí, a doutrina passou a sustentar a vinculação da qualificação de OSCIP e a utilizá-la como elemento de diferenciação da qualificação de organização social, conforme ensinamentos de Ricardo Marcondes Martins, que ao comparar a qualificação de OSCIP da qualificação de organização social, consignou o seguinte:

“ao invés de sujeitar-se ao juízo de conveniência e oportunidade do titular da respectiva pasta, a qualificação de uma entidade como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público é vinculada: observadas as exigências constantes dos arts. 1.º a 6.º da Lei 9.790/99 a entidade tem o direito público subjetivo de obter a qualificação. Se para se tornar a OS a entidade deve

¹⁶³ REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor: Regime Jurídico das OSCIP'S*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 147.

gozar da simpatia governamental, para se tornar OSCIP basta atender requisitos objetivos, previamente fixados em lei.”¹⁶⁴

No mesmo sentido, se posiciona Sílvio Luís Ferreira da Rocha que sustenta a vinculação do ato de qualificação de uma entidade como OSCIP nos seguintes termos:

“a outorga da qualidade de OSCIP à entidade interessada é ato vinculado ao cumprimento dos pressupostos instituídos em lei. Isso significa que preenchidos os requisitos legais exigidos pela entidade interessada em qualificar-se como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público não resta outro comportamento ao agente do Ministério da Justiça, senão deferir o pedido. Não há para o agente qualquer margem de liberdade. Isso garante à entidade candidata a obter o título o direito subjetivo de exigí-lo caso este lhe seja negado por motivos diversos daqueles mencionados na lei.”¹⁶⁵

Verifica-se, portanto, que o ato de qualificação de entidade como OSCIP é ato administrativo vinculado.

Mas, em que pese as particularidades de cada instituto, a vinculação ou discricionariedade administrativa não pode constituir diferença entre a qualificação de OSCIP e de organização social.

A qualificação é ato administrativo que objetiva verificar a compatibilidade da constituição e regras de funcionamento da entidade privada sem fins lucrativos com o regime jurídico administrativo. Tanto em relação às organizações sociais quanto em relação às organizações da sociedade civil de interesse público existirá a semelhança no reconhecimento de uma entidade que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebeu uma qualificação pela Administração Pública¹⁶⁶.

Ao que parece não faz sentido o ato de qualificar em si ser considerado vinculado em um caso e discricionário, em outro caso. Restará saber, então, qual classificação deve prevalecer. Como se sustentará, a qualificação é ato administrativo vinculado, como bem constrói a doutrina sobre a qualificação de OSCIP, de modo que a discricionariedade contida na qualificação de entidades como organizações sociais não passa por mera aparência.

¹⁶⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, pp. 81-82.

¹⁶⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *op. cit.*, p. 515.

3.3. A aparente discricionariedade administrativa na qualificação de organizações sociais: qualificação como ato administrativo vinculado.

A qualificação decorre da atividade administrativa de fomento por ser instância de controle administrativo na verificação da compatibilidade das regras de constituição e funcionamento de uma entidade privada, sem fins lucrativos, com o regime jurídico de direito público mediante o preenchimento de requisitos legais.

A verificação da compatibilidade se mostra necessária na circunstância de que a beneficiária do fomento público gerenciará recursos financeiros e prestará serviços públicos. A qualificação permite enquadrá-la no regime jurídico específico da cooperação com o Poder Público e de padronizá-la em relação a outras entidades que também obtenham o título jurídico especial, ao mesmo tempo em que a diferencia das entidades que não possuam o título jurídico. A qualificação assegura o controle administrativo, pois a entidade deve manter a compatibilidade de suas regras com o regime de direito público para garantir a permanência do título jurídico, pois, na incompatibilidade, haverá a desqualificação.

Neste sentido, a qualificação dependerá da vontade da entidade privada. A vontade administrativa é predeterminada na lei de regência com vistas à formação de parceria para o fomento e gestão associada de serviços sociais. A organização da sociedade civil que pretenda se relacionar com o Poder Público para participar da execução de políticas públicas deve buscar a sua qualificação, como meio de manifestar o seu interesse e se adequar ao desenho da Administração Pública. Ao prever os títulos jurídicos, o Estado regula a atuação das entidades sem fins lucrativos, na medida em que a interessada deverá adotar as condições necessárias para alcançar a qualificação, apenas. Diga-se apenas, pois a qualificação não significa que a entidade celebrará algum instrumento de fomento com a Administração Pública, o que dependerá de prévio processo de seleção.

Por ser um meio de adequação da organização da sociedade civil com a Administração Pública que não implica a celebração de instrumento de fomento, a qualificação pode ser compreendida como um direito a ser concedido às entidades privadas sem fins lucrativos que comprovem os requisitos legais para a conquista do título, ao passo que é de interesse do Poder Público qualificar quantas entidades pleiteiem a qualificação para garantir a igualdade no processo de seleção a ser futuramente aberto. Assim, o ato de concessão de títulos jurídicos não admite análises subjetivas pelo administrador. Por mais que a subjetividade seja

validamente assegurada pela lei, ela desaparecerá no caso concreto, já que a qualificação sempre dependerá da organização.

O entendimento de que não cabe discricionariedade administrativa no ato de concessão de título jurídico é sustentado pela doutrina desde o título de utilidade pública. A Lei Federal n.º 91, de 28 de agosto de 1935, que determinava as regras para a declaração de utilidade pública¹⁶⁷, previa margem de liberdade do administrador para o deferimento ou não do título. Sobre a matéria, Carolina Zancaner Zockun assevera que o título de utilidade pública deve ser outorgado indistintamente uma vez demonstrado o cumprimento dos requisitos legais, pois é a única conduta que pode ser praticada pelo administrador para preservar o interesse coletivo. Isso porque, segundo a jurista, a utilidade pública permite a absorção de vantagens patrimoniais pelas beneficiárias, de modo que não poderia o Poder Público negar o título se os pressupostos para a sua concessão estão presentes¹⁶⁸.

O mesmo raciocínio foi utilizado por parte da doutrina sobre a qualificação de organizações sociais.

Conforme visto, a Lei Federal n.º 9.637/98 prevê a necessidade de aprovação de dois órgãos administrativos, por oportunidade e conveniência, quanto à titulação de organização social. A apreciação administrativa é exigida mesmo com a comprovação do preenchimento dos requisitos gerais e específicos previstos na lei.

A análise subjetiva da Administração Pública pode gerar disparidades entre as entidades interessadas na qualificação com o deferimento do pedido de uma organização e o indeferimento do pedido de outra organização, que, a contrassenso, comprovou igualmente a existência das condições legais. Essa divergência é propícia ao comportamento administrativo contraditório que viola o direito do administrado. Isso porque aquele que espera uma decisão administrativa tem o direito de ver seu pedido julgado em consonância com a jurisprudência anterior¹⁶⁹, principalmente nos casos submetidos a critérios objetivos, que, em função da igualdade entre as pessoas jurídicas que almejam a qualificação de organização social e

¹⁶⁷ BRASIL. *Lei Federal n.º 91, de 28 de agosto de 1935*. Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública. Brasília, 1935. Revogada pela Lei n.º 13.204, de 2015.

¹⁶⁸ “mas atualmente há essa margem de liberdade para o administrador em relação à concessão do título de utilidade pública federal? Pensamos que não. (...) Assim, se a pessoa interessada preencher os pressupostos para sua obtenção (e, portanto, legitimada a postular os benefícios econômicos que dele possam defluir) o Poder Público não lhe poderá negar a outorga ao argumento de que se trata de medida inconveniente ou inoportuna aos interesses públicos. O interesse público, na espécie, exige, pelo contrário, sua indistinta concessão se seus pressupostos legais foram atendidos, já que esta é a única medida que se coaduna com a satisfação dos interesses coletivos” (ZOCKUN, Carolina Zancaner, *op. cit.*, p. 194).

¹⁶⁹ MARRARA, Thiago, *op. cit.*, p. 227.

demonstrem a reunião dos requisitos, convertem o ato discricionário em vinculado. Sílvio Luís Ferreira da Rocha ao enfrentar o assunto afirmou a vinculação da qualificação:

“A escolha afronta manifestamente o princípio da isonomia. Se há igualdade entre as pessoas jurídicas que pretendam receber o título de Organização Social, a solução, de *lege ferenda*, seria a atribuição desta qualidade a todas – e não apenas a algumas – que preencham os requisitos, transformando o exercício da competência do agente, no que diz respeito ao conteúdo do ato, de discricionária para vinculada.”¹⁷⁰

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme a Constituição Federal à aprovação da qualificação de organização social ao entender que não haveria ofensa ao princípio da igualdade, pois a qualificação configura hipótese de credenciamento, de modo que todas as interessadas têm iguais condições de obter a qualificação. Mas a ótica analisada foi tão somente em relação à oportunidade de se solicitar o título jurídico e não em relação ao resultado na esfera jurídica do administrado.

A igualdade também é conferida no que tange ao direito de obter a qualificação desde que preenchidos os requisitos legais forem. Assim, em que pese o posicionamento empossado pela Corte Superior, acredita-se que a melhor saída seria a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal que condiciona a concessão da qualificação de organização social à aprovação subjetiva da Administração Pública, em razão da ofensa ao princípio da isonomia.

De qualquer forma, mesmo com a interpretação constitucional ao inciso II do artigo 2.º da Lei Federal n.º 9.637/98 nos termos delineados no acórdão da ADI 1923, entende-se que a discricionariedade administrativa não existirá, isto é, não há competência discricionária no agir da Administração Pública quanto à qualificação. Por mais que a lei autorize que a decisão administrativa possa ser tomada com base na oportunidade e na conveniência, a margem de liberdade desaparecerá na análise do caso concreto, em razão da vinculação do administrador aos critérios objetivos e ao direito subjetivo da entidade em exigir o título.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi de que a margem de apreciação contida na lei estaria condicionada aos princípios administrativos e ao disposto em ato regulamentar que estabeleceria como a discricionariedade poderia ser exercida pela Administração Pública. Ocorre que a margem de liberdade na concessão da qualificação de organização social não será manifestada mesmo com a previsão de critérios objetivos em decreto regulamentador.

¹⁷⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 136.

Embora com acerto a determinação do Supremo Tribunal Federal pela edição do decreto com a previsão dos critérios objetivos para a qualificação, uma vez que eles são os balizadores legítimos para impedir que as entidades de origem e funcionamento temerários angariem a qualificação de organização social, sendo de rigor a sua previsão¹⁷¹. Tal incumbência não poderia ser transferida à competência discricionária da Administração Pública¹⁷². Tampouco, repita-se, a existência dos critérios objetivos norteará a discricionariedade. O que acontecerá é nada mais que a transformação da competência discricionária em vinculada.

Como foi discutido, a vinculação e a discricionariedade administrativa dizem respeito à competência do sujeito em expedir um ato administrativo.

A vinculação conduzirá a atuação do administrador na adoção de única decisão aplicável ao caso concreto, pois, objetivamente, não haverá escapatória senão a declaração da solução prevista em lei.

A discricionariedade, contudo, é a liberdade no modo de agir administrativo, se assim autorizar a lei. Por isso, pautando-se nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a livre atuação será permitida nos casos em que a lei seja omissa quanto à prescrição a ser adotada ou quando a lei se valer de conceitos indeterminados que exigem a análise subjetiva do administrador ou nos casos em que a lei expressamente determinar que caberá à Administração Pública decidir a respeito.

Em razão do princípio da legalidade, a discricionariedade administrativa será realmente manifestada no exame do caso concreto, pois dependerá do cenário fático apreciado à luz de regras e princípios jurídicos e direitos fundamentais nele envolvido, que converterão

¹⁷¹ Sobre o tema, invoca-se o costumeiro acerto de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem “na lei disciplinadora das organizações sociais chamam atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes. O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se a receber bens públicos, móveis e imóveis, recursos orçamentários e até servidores públicos, a serem custeados pelo Estado, não necessita demonstrar a habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione) e do Ministro da Administração (Ministério que já não existe, por força da MP 1.795, de 1.1.1999, hoje 2.216-37, de 31.8.2001, e cujas atribuições passaram para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão). Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualitativo de ‘organização social’. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimento de toda espécie” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 243-244).

¹⁷² Cf. BAHIA, Perpétua Ivo Valadão Casali; CARVALHO, Paulo Moreno. *Organizações sociais: qualificação como ato vinculado do poder público*. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/Tese21.doc>. Acesso em 28 nov. 2016.

a possibilidade de escolha em única solução a ser adotada. Neste sentido, a previsão legal de que a Administração Pública poderá se valer da oportunidade e conveniência na prolação da decisão administrativa não pode levar a conclusão de que a competência será discricionária.

Por via reflexa, a aprovação de dois órgãos administrativos para que uma entidade se qualifique como organização social não quer dizer que o ato de qualificação é ato discricionário. É preciso verificar antes os fatos e os efeitos de direito envolvidos na questão.

Na qualificação de organização social, os fatos compreendem os requisitos gerais e específicos previstos nos artigos 1.º a 4.º da Lei Federal n.º 9.637/98 e nos critérios previstos em regulamento. No caso deles existirem, como foi dito, a atuação administrativa será levada objetivamente a única solução válida que é a concessão do título jurídico.

E não há que se falar, respeitados os entendimentos nesta linha, que a discricionariedade estaria na possibilidade da Administração Pública conceder ou não a qualificação de organização social. A discricionariedade só existe quando a lei conferir ao administrador a escolha dentre várias opções válidas perante o direito que resultem no mesmo fim. A concessão e a não concessão são resultados opostos, de modo que a existência dos critérios objetivos previstos na lei extrai objetivamente a concessão do título jurídico enquanto a inexistência deles extrai objetivamente pela não concessão do título jurídico.

Quanto aos efeitos de direito, conforme afirmado, a concessão da qualificação é ato administrativo ampliativo de direito que não admite a discricionariedade administrativa, salvo quanto à forma ou quanto ao conteúdo no uso de conceitos indeterminados. O ato ampliativo de direito depende da vontade do particular em obter a vantagem jurídica resultante da lei, desde que preenchidos os requisitos para tanto. Assim, a atuação da Administração Pública estará vinculada à concessão da vantagem jurídica se o administrado comprovar o cumprimento das exigências legais. Pois é o que a lei determina.

A análise subjetiva nos atos administrativos ampliativos de direito é contrária ao princípio da impessoalidade, na medida em que faculta à Administração Pública avaliar quem poderá ou não ter um direito que, na verdade, já é assegurado pela lei. A impessoalidade será violada, na medida em que o administrador criará favoritismos à entidade que consiga conquistar a sua simpatia¹⁷³, já que dentre duas ou mais entidades que detenham o direito à qualificação ao preencher os requisitos legais, uma poderá ser preterida pela inoportunidade e

¹⁷³ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio de impessoalidade “traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 117).

inconveniência. Porém, entre duas situações iguais, não há como uma se constituir oportuna e conveniente e a outra não.

Nesta linha, é que se conclui que as situações que abarquem a ampliação de direitos são vinculadas. Esse raciocínio pode ser visto na doutrina administrativista em relação à diferenciação dos atos administrativos da autorização e da licença. A autorização é considerada pela ampla literatura como ato administrativo discricionário enquanto a licença é ato administrativo vinculado, sendo que ambos envolvem a manifestação da Administração Pública sobre o exercício de atividade pública ou uso de bem público por particular. Mas, como bem pontua José Cretella Júnior a autorização é ato discricionário, pois envolve o interesse da Administração Pública, “*ao passo que a licença envolve direitos, caracterizando-se como ato vinculado*”¹⁷⁴. Tal interpretação pode ser aplicada analogicamente à qualificação.

Como anteriormente conceituado, a qualificação é ato administrativo pelo qual a Administração Pública verifica a compatibilidade das regras de constituição e funcionamento de uma entidade privada, sem fins lucrativos, com o regime jurídico de direito público mediante o preenchimento de requisitos legais. Neste sentido, cabe apenas ao administrador verificar, em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais para qualificar determinada entidade e, na afirmação, conceder o título jurídico.

A discricionariedade administrativa existirá posteriormente na celebração do contrato de gestão. Neste sentido se posiciona Perpétua Ivo Valadão Bahia e Paulo Moreno Carvalho ao analisar a qualificação de organizações sociais:

“ao revés, na qualificação, pelo que se consegue apreender de sua essência e razão de ser, deve o administrador limitar-se a aferir a observância dos requisitos legais impostos ao seu reconhecimento. (...) Salta aos olhos, que, nesta fase do procedimento, não há que se investigar o mérito administrativo. A conveniência e oportunidade deverá, sim, ser analisada quando do repasse do serviço e do momento da contratação, pois aí já se encontra em etapa de concretização da transferência do serviço social à entidade privada sem fins lucrativos, opção conferida ao administrador para a efetivação deste programa. Na qualificação não. É ato meramente declaratório da observância dos requisitos, como foi analisado.”¹⁷⁵

Demais disso, a qualificação como ato administrativo vinculado, em função do resultado na esfera jurídica do particular, é entendida em relação às organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP e também deve ser em relação às organizações sociais. É

¹⁷⁴ JÚNIOR, José Cretella *apud* PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *op. cit.*, p. 230.

¹⁷⁵ BAHIA, Perpétua Ivo Valadão Casali; CARVALHO, Paulo Moreno, *op. cit.*, pp. 9-13.

importante salientar que a análise refere-se ao ato administrativo de qualificar uma entidade sem fins lucrativos e não ao regime jurídico decorrente de uma das qualificações.

A questão é que há no ordenamento jurídico uma diferenciação quanto às qualificações no que tange ao agir da Administração Pública que não poderia ocorrer com fundamento no princípio da isonomia. O ato administrativo de qualificar é igual para todas as entidades, de modo que não pode ser tomado como fator de diferenciação¹⁷⁶. Neste sentido, a qualificação de organizações sociais também deve ser atribuída vinculadamente como ocorre na qualificação de organizações da sociedade civil de interesse público, com o pressuposto de garantir o tratamento jurídico uniforme às qualificações.

Ante o exposto, conclui-se que a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde é ato administrativo vinculado, sendo a discricionariedade administrativa prevista no inciso II do artigo 2.º da Lei Federal n.º 9.637/98 mera aparência, pois ela desaparecerá no caso concreto.

¹⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ª ed. 8.ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 47p.

CONCLUSÃO

As formas associativas dentro da coletividade se manifestam pela organização da sociedade civil ou terceiro setor. A sociedade civil por ingerência da democratização das funções públicas é reconhecida como um ato na efetivação dos direitos sociais.

Arelado a isso, a sociedade civil divide a responsabilidade com o Estado no desenvolvimento das políticas públicas e provisão de serviços. Assim, o Estado estabelece vínculos com as entidades do terceiro setor para a construção de uma sociedade solidária que é alçada na estrutura estatal como esfera inferior e local que se mostra mais eficiente nas ações sociais pela aproximação da coletividade, nos termos do princípio da subsidiariedade. Neste cenário, nas competências concorrentes, o Estado permite que as organizações da sociedade civil atuem em colaboração com ele.

A atividade administrativa de fomento é a responsável em viabilizar a cooperação entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor na provisão dos serviços. O fomento se apoia em duas vertentes, na medida em que, enquanto o Estado estimula ações voluntárias dos cidadãos mediante incentivo proporciona a ampliação do interesse público, além de democratizá-lo. Para instrumentalizar o fomento público, o sistema normativo prevê os meios jurídicos capazes de concretizá-lo.

Os meios jurídicos são as subvenções, auxílios, contribuições, convênios, contratos de gestão, termos de parceria, termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação. Com exceção do acordo de cooperação, os demais instrumentos realizam transferências financeiras às entidades. Todavia, as verbas transferidas não perdem a natureza pública, de modo que o beneficiário se submeterá ao regime jurídico administrativo na execução do dinheiro público. Por esta razão se justifica a qualificação.

A qualificação é a verificação da compatibilidade das regras de constituição e funcionamento de uma entidade privada sem fins lucrativos com o regime jurídico de direito público mediante o preenchimento de requisitos legais. Neste sentido, é ato administrativo que manifesta uma declaração da Administração Pública de que certa organização da sociedade civil exerce uma atividade de relevância pública e possui condições para receber o fomento.

Os instrumentos de fomento que exigem a qualificação são o contrato de gestão e o termo de parceria. O contrato de gestão pressupõe a qualificação de organizações sociais e o termo de parceria a qualificação de organização da sociedade civil de interesse público –

OSCIP. As organizações sociais para serem assim qualificadas dependem da concordância da Administração Pública. Já as OSCIP vinculam o administrador à verificação do preenchimento dos requisitos legais para a concessão da qualificação.

Verificou-se, portanto, a divergência de tratamento jurídico da qualificação no que toca às organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público. Neste sentido, o trabalho sustentou a paridade entre as qualificações, com o propósito de defini-las como ato administrativo vinculado. Por tal motivo, concluiu-se pelo desaparecimento da discricionariedade administrativa na qualificação de organizações sociais.

Os atos administrativos são vinculados ao cumprimento da lei. Assim, por mais que a discricionariedade administrativa signifique a opção de escolha do administrador, a margem de liberdade apresentará um contorno jurídico. Embora assegurada por lei, ela encontrará limites em outros valores protegidos no próprio ordenamento jurídico, a ponto de não existir.

A discricionariedade administrativa não será admitida quando contrária aos princípios administrativos e aos direitos subjetivos fundamentais dos administrados. Ademais, a discricção não poderá existir se houver descompassos entre os elementos do ato que afetem a adequação da conduta administrativa, como não existirá se a lei prevê critérios objetivos que delimitem a atuação dos administrados. Em ambas as hipóteses, a discricionariedade reduzirá a única decisão juridicamente aceitável.

Os atos ampliativos de direito constituem uma das hipóteses de desaparecimento da discricionariedade administrativa. Isso porque os atos ampliativos dependem da vontade do particular em criar condições para uma relação com a Administração Pública. Por terem como objetivo a concessão de uma vantagem jurídica não há escapatória ao administrador senão deferi-la, uma vez observados todos os requisitos legais para tanto. As únicas hipóteses que poderiam cogitar a discricionariedade nos atos ampliativos de direito é em relação à forma do ato ou no caso dos critérios objetivos estarem consubstanciados em conceitos indeterminados.

A qualificação é ato administrativo ampliativo de direito, razão pela qual segue o regime que o preside.

Portanto, a discricionariedade administrativa prevista no inciso II do artigo 2.º da Lei Federal n.º 9.637/98 é mera aparência, pois ela desaparecerá na análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Kelly; ALMEIDA, Suzano. Organizações sociais na saúde pública do DF dividem especialistas. *Metrópoles*, Junho, 2016. Disponível em <http://www.metrópoles.com/distrito-federal/politica-df/organizacoes-sociais-na-saude-publica-do-df-dividem-especialistas>. Acesso em 07 de dez. 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 200:21-54, abr./jun. 1995.

BAHIA, Perpétua Ivo Valadão Casali; CARVALHO, Paulo Moreno. *Organizações sociais: qualificação como ato vinculado do poder público*. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/Tese21.doc>. Acesso em 28 nov. 2016.

BRASIL. *Lei Federal n.º 91, de 28 de agosto de 1935*. Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública. Brasília, 1935.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, Senado Federal, 1998.

BRASIL. *Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Brasília, Senado Federal, 1999.

BRASIL. *Relações de parceria entre poder público e entes de cooperação e colaboração no Brasil*. GRAEF, Albino; SALGADO, Valéria (Autores); ANTERO, Samuel A. (Org.). Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFCI. Agência

Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG. Brasília/DF: Editora IABS, 2012, 164p.

BRASIL. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Rio de Janeiro, 2012, 178p.

BRASIL. *Lei Federal nº. 13.019, de 31 de julho de 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Brasília, Senado Federal, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF*. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. J. 16/04/2015. Dje 17/12/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. *Acórdão n.º 352-05/16-P no Processo n.º TC-017.783/2014-3*. Relator: ZYMLER, Benjamin. J. 24/02/2016.

BRASIL, Tribunal de Contas da União, Plenário, *Acórdão n.º 2057-31/16-P no Processo n.º 023.410/2016-7*, Relator: DANTAS, Bruno. J. 10/08/2016.

BRASIL. *Mapa das organizações da sociedade civil*. Instituto de pesquisa econômica aplicada. Disponível em <https://mapaosci.ipea.gov.br/#I01> Acesso em 06 dez. 2016.

BRASIL. Organizações sociais. *Portal da transparência, Governo do Estado de São Paulo*. Disponível em <http://www.transparencia.sp.gov.br/organizacoes.html>. Acesso em 06 dez. 2016.

BRASIL. Organizações Sociais. *Secretaria de Estado da Casa Civil, Governo Goiás*. Disponível em <http://www.casacivil.go.gov.br/post/ver/194517/organizacoes-sociais-no-estado-de-goias>. Acesso em 06 dez. 2016.

BRASIL. Organizações sociais. *Secretaria de Estado do Planejamento, Governo de Santa Catarina*. Disponível em <http://www.spg.sc.gov.br/index.php/acoes/19-organizacoes-sociais#faqnoanchor>. Acesso em 06 dez. 2016.

BRASIL. Organizações sociais – publicizações e OS Gestoras. *Secretaria da Administração, Governo do Estado da Bahia*. Disponível em <http://www.saeB.ba.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=59> Acesso em 06 dez. 2016.

BRASIL. Organizações Sociais. *Secretaria Municipal da Casa Civil, Prefeitura do Rio de Janeiro*. Disponível em <http://www.rio.rj.gov.br/web/cvl/exibeconteudo?id=2806005>. Acesso em 06 dez. 2016.

CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 53/54, pp. 161-172.

DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Direitos Fundamentais. In: *Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes (coord.), São Paulo Malheiros Editores, 2008, 849p.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. In: *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 26, 2007, p. 171-184.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 105-118, jul./set. 1999.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 30.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, 1384p.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1500p.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2007, pp. 175-188.

GRAU, Nuria Cunill. A rearticulação das relações Estado-sociedade: em busca de novos significados. *Revista do Serviço Público*, ano 47, volume 120, número 1, Jan-Abr. 1996, p. 113-140.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na administração pública. In.: *Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes (coord.), São Paulo Malheiros Editores, 2008, p. 300.

LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-26032012-135755. Acesso em: 2016-10-18

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Natureza jurídica das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 167, p. 48.62, nov. 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 406p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 29.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 968p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 1093p.

_____. O neocolonialismo e o direito administrativo brasileiro. *In Curso de direito administrativo*. 32.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Págs. 1096-1109

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.^a ed. 8.^a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 47p.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo: introdução*. 3.^a ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, 766p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 29.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 968p.

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 214: 55-68, out./dez. 1998.

NETO, Belarmino José da Silva. Organizações sociais: a viabilidade jurídica de uma nova forma de gestão compartilhada. *BuscaLegis*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3254>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 784p.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. Direito do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTs*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 11-38, jan./jun. 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Discricionariedade e razoabilidade. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, v. 1, 2008, pp. 1-54.

OLIVERIA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 4.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. 350p.

PETIAN, Angélica. Atributos dos atos administrativos: peculiaridades dos atos ampliativos e restritivos de direitos. *Revista Trimestral de Direito Público*, ed. 49/50, 2005, 350p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 24.^a ed. São Paulo: Atlas, 2011. 850p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2011. 542p.

POZZO, Augusto Neves Dal. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. 144p.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor: Regime Jurídico das OSCIP'S*. São Paulo: Editora Método, 2006, 223p.

REMEDI, José Antonio. Os direitos da solidariedade, o princípio da solidariedade, a solidariedade social e a filantropia como instrumentos de inclusão social. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho-PR, Brasil, n. 24, jan/jun 2016, p. 251-279.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 199p.

RODRIGUES, Luciana Cordeiro. A concessão do título jurídico de organização social. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 232: 133-140, abr./jun. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, 928p.

_____. Democracia Participativa. *In Caderno de Soluções Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pp. 183-214.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 379p.