

Excelentíssimo Senhor Ministro **CARLOS AYRES BRITTO**,

Digníssimo Relator perante o Excelso **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**.

Processo: ADI nº 1.923/DF.
Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT)
Partido Democrático Trabalhista (PDT)

***SINDICATO NACIONAL DOS DOCENTES DAS
INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR – ANDES – SINDICATO
NACIONAL*** (Estatuto, ata de posse da atual Diretoria, CNPJ, registro da entidade no Ministério do Trabalho e Emprego e em Cartório – Docs. 2, 3, 4, 5 e 6 em anexo, respectivamente), com sede no Setor Comercial Sul, Bloco C, Ed. Cedro II, 3º andar, CEP 70.302-914, Brasília-DF, inscrito no CNPJ sob o nº 00.676.296/0001-65, representado, na forma de seu Estatuto, por sua Presidente, Professora Marina Barbosa Pinto, servidora pública federal, viúva, portadora do RG de nº 6064453-1, IFP-RJ, e do CPF de nº 817.396.727-04, por intermédio de seus advogados abaixo assinados, constituídos pelo instrumento procuratório anexo (doc. 1), com escritório no SBS - Ed. Seguradoras, 2º, 5º e 14º andares, CEP 70.093-900, Brasília – DF, onde receberão as intimações e notificações, vem, na qualidade de entidade de primeiro grau representante da categoria dos docentes das instituições de ensino superior, à presença de Vossa Excelência, requerer sua

***INTERVENÇÃO NA QUALIDADE DE
AMICUS CURIAE,***

nos termos do § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99 c/c o § 3º do art. 131 do Regimento Interno do STF (acrescido pela Emenda Regimental nº 15/04), aduzindo, para tanto, as razões articuladas nos tópicos seguintes.

Excelentíssimo Sr. Ministro Relator,

Egrégio Supremo Tribunal Federal.

“Organizações Sociais [...]. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público”.¹

I - DA ADMISSÃO DO ANDES – SINDICATO NACIONAL COMO *AMICUS CURIAE* – TEMPESTIVIDADE E LEGITIMIDADE ATIVA

1. O Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – ANDES – SINDICATO NACIONAL é a entidade sindical de primeiro grau que representa a categoria dos docentes das instituições de ensino superior, públicas e privadas, de todo o País, com registro no Ministério do Trabalho e Emprego. Conforme se infere de seus estatutos, o Sindicato Nacional tem, no âmbito de suas atribuições institucionais, **a defesa e a representação legal dos docentes**, sejam da educação básica ou sejam da educação superior e respectivas modalidades, **das Instituições de Ensino Superior - IES, públicas e privadas** – art. 1º (destacou-se).

¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 203-204)

2. A categoria profissional representada pelo ANDES – SINDICATO NACIONAL, por ser integrada por servidores públicos vinculados a autarquias e fundações públicas nos âmbitos federal, estadual, municipal e distrital, sujeita-se aos efeitos decorrentes da Lei nº 9.637, de 15.5.1998, que disciplina a qualificação de entidades privadas – pessoas jurídicas de direito privado – como Organizações Sociais, cujas atividades sejam dirigidas, dentre outras, ao ENSINO e à PESQUISA CIENTÍFICA, como se depreende da cabeça do art. 1º da referida norma legal.

3. Em suas instâncias deliberativas², o Sindicato Interveniente debateu e elegeu como uma das suas bandeiras de luta – consoante um dos elementos da autonomia sindical contida no princípio constitucional da **liberdade sindical**, qual seja, a **autonomia de ação** –, a preservação da atuação do Estado na prestação de educação, ciência e cultura. Veja-se, a propósito, a deliberação dos seus 18º e 19º Congressos, realizados, respectivamente, em Fortaleza (CE), de 25 de fevereiro a 2 de março de 1999, e em Juiz de Fora (MG), de 21 a 27 de fevereiro de 2000:

“Com relação ao TR-1.2 foi aprovado por ampla maioria com 6 abstenções: a) Expandir a Universidade Pública, com vista a assegurar a ampliação de vagas no sistema de ensino superior da União, dos Estados e dos Municípios, procurando ampliar a qualidade do padrão existente, sem prejuízo dos recursos alocados. (...) TR-1.3 – Item a) luta intransigente pela manutenção do texto do Art. 207 da Constituição e pela sua auto-aplicabilidade, combatendo quaisquer propostas de regulamentação para o mesmo artigo. Votação: Aprovado por ampla maioria Item b) desencadeie uma ampla ofensiva política de debate e de mobilização em defesa da Autonomia Universitária, envolvendo não apenas a comunidade universitária mas o conjunto das forças políticas democráticas e o movimento social organizado. Votação: Aprovado por ampla maioria.”

[...]

² Segundo o dispõe o art. 13 de seu Estatuto, são instâncias do ANDES-SINDICATO NACIONAL o CONGRESSO e o CONSELHO do ANDES-SINDICATO NACIONAL (CONAD) (Estatuto em anexo – Doc. 2).

“Item g – O texto original foi substituído pela seguinte redação: 'empreender ações articuladas com as IES públicas, regionais, AD's e Conselhos Universitários para contrapormo-nos a qualquer tentativa de implantação, nas IES públicas de 'Contrato de Gestão' nos termos defendidos pelo atual governo. Nas Instituições onde este sistema está sendo implementado, as ações devem voltar-se para a rediscussão do modelo". Votação: Aprovado por ampla maioria. (...)

O 19º CONGRESSO DELIBERA - a) Promover o aprofundamento da discussão referente a medidas que visam implementar o Projeto Educacional do Governo considerando: - Autonomia Universitária; - Reformas Administrativas; - Reformas Estatutárias; - Planos de cargos, carreiras e salários vigentes, malha salarial e gratificações; (...) e) Encarregar o GTPE da coordenação e realização de Seminários tratando de: - Autonomia e contrato de gestão; Privatização por dentro (interna) nas IES: Fundações, Convênios, Cursos de Extensão pagos, flexibilização dos regimes de Dedicção Integral à Docência e Pesquisa, etc. f) que o GTPE faça um levantamento do processo de privatização e alterações estatutárias nas IFES e IEES a ser apresentado no 41º CONAD para posterior elaboração de um caderno especial sobre o tema. Votação: Aprovado por ampla maioria.”

4. Desde o nascedouro do modelo, o ANDES – Sindicato Nacional discute e contesta a tentativa de criação de organizações sociais na esfera da educação e da ciência e tecnologia. Diante disso, a Entidade Sindical Requerente encontra-se inegavelmente legitimada a integrar o presente feito na condição de *Amicus Curiae*, porquanto reúne as condições de admissibilidade preconizadas pelo § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99.

5. Importa, igualmente, registrar a **tempestividade da presente intervenção**, levando-se em consideração os precedentes dessa Excelsa Corte que admitem o ingresso de *Amicus Curiae* até o início da Sessão de julgamento, a exemplo do que ocorreu nas ADI 3685/DF, da relatoria da Exma. Sra. Ministra Ellen Gracie (DJ de 10.8.2006), ou dias antes do julgamento final, a

exemplo do que teve lugar na ADI nº 3345/DF, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello (DJ de 29.8.2005).

6. A conveniência do ingresso do *Amicus Curiae* no processo de controle concentrado de constitucionalidade mostra-se presente sempre que a sua participação tende a se reverter na **ampliação e no enriquecimento do debate acerca da questão constitucional controvertida**. Logo, a referida intervenção legitima-se por ser útil e desejável.

7. Se, de um lado, impera a necessidade do hábil desenvolvimento do processo, sem incidentes que o tumultuem, de outro, exsurge a **democratização e a pluralização do controle abstrato de constitucionalidade**, propiciada pelo ingresso de terceiros interessados no processo.

8. O ingresso de *Amici Curiae* para distribuição de memorial e produção de sustentação oral mostra-se útil, muitas vezes, como ocorre no presente processo, mesmo quando o requerido já prestou as informações solicitadas e o Procurador-Geral da República já apresentou parecer. **O acesso dos interessados ao processo não deverá ser obstaculizado pela sua adiantada fase de tramitação, desde que o julgamento não tenha se iniciado e que a participação do *amicus curiae* não acarrete nenhum dano processual**. Como a referida participação resumir-se-á à juntada de memoriais e à produção de sustentação oral – atos típicos da iminência do julgamento – não há prejuízo decorrente do ingresso do *Amicus* no presente processo, tendo em vista a proximidade do julgamento.

9. Não se postula, com a presente argumentação, a admissibilidade do ingresso do *amicus curiae* a qualquer momento do processo, o que poderia inviabilizar a sua tramitação. Sustenta-se a conveniência do ingresso do “colaborador da Corte” até o momento em que ele seja útil e desejável, contribuindo para a efetivação da justiça com a segura manutenção da ordem constitucional vigente, sem prejudicialidade ao normal andamento do feito, como está a ocorrer no caso, em que a entidade proponente pretende tão-só produzir memorial e sustentar oralmente na Tribuna do Plenário.

10. Não se questiona a amplitude da atuação do Exmo. Sr. Ministro Relator ao decidir acerca da oportunidade e conveniência do ingresso do *Amicus Curiae*. Este poderá ocorrer, conforme

a lei bem assevera, a CRITÉRIO DO RELATOR. No presente caso, postula-se a inclusão de apenas uma entidade como *Amicus Curiae*, cujo patrocínio incumbe a um só patrono, não havendo de se falar em maiores desdobramentos, delongas ou incidentes processuais decorrentes do seu ingresso na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

11. Vale destacar, por fim, que a **Lei nº 9.868, de 10.11.1999³**, não prevê prazo para que os interessados no processo requeiram o seu ingresso na ADI, na qualidade de *Amicus Curiae*. Essa ausência de fixação de prazo legal para o referido requerimento explica-se pelo objetivo de se atribuir ao Relator a possibilidade de considerar mais amplamente a conveniência e a oportunidade da manifestação.

12. A ADI nº 1.104, originalmente da relatoria do Min. Nelson Néri, foi proposta pelo Procurador-Geral da República em 2.8.1994, sendo Requeridos o Governador do Distrito Federal e a Câmara Legislativa do Distrito Federal. Prestadas as informações pelos Requeridos em 13.9.1994, o pedido de liminar foi indeferido em 21.9.1994. A Advocacia-Geral da União apresentou defesa em 1º.3.1995, juntando-se o parecer da Procuradoria-Geral da República, opinando pelo indeferimento do pedido, em 4.12.2001. Em 10.4.2002 o processo foi incluído em pauta, adiando-se o julgamento, em 22.4.2002, em razão do adiantado da hora. Em 8.5.2002, o processo foi retirado de pauta em face da aposentadoria do Eminent Relator. Redistribuído o processo ao Min. Gilmar Mendes, em 26.6.2002, a Companhia Elétrica de Brasília – CEB – postulou o seu ingresso no feito na qualidade de *Amicus Curiae*. O Eminent Min. Relator **inicialmente indeferiu o pedido** de ingresso no feito, por meio de decisão lançada à fl. 73 dos autos, nos seguintes termos:

“Despacho: Não obstante ter sido vetado o § 1º do art. 7º - que eliminou a regra expressa quanto ao prazo para o relator exercer a faculdade de admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades -, está implícito no texto da Lei nº 9.868, de 1999, que o despacho para admitir a participação do amicus curiae em ADIn deve ocorrer no prazo das informações. Desse modo, afigura-se incabível o pedido formulado pela Companhia Energética

³ “Ar. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§1º. (Vetado)

§2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

de Brasília, sem prejuízo da juntada da manifestação por linha. Assim, indefiro o pedido. Junte-se por linha. Intime-se. Publique-se. Brasília, 25 de setembro de 2002. Ministro GILMAR MENDES Relator” (DJ de 2.10.2002) (destaques atuais)

13. Em 7.10.2002, decorreu *in albis* o prazo, sem que fosse interposto recurso de qualquer espécie para impugnar o despacho que indeferiu o ingresso da CEB no feito, na qualidade de *Amicus Curiae*. Em 14.10.2002, a CEB requereu a reabertura de prazo, bem como a sua correta intimação. Em 16.12.2002 o processo foi, mais uma vez, incluído em pauta de julgamento. Em 13.3.2003, a CEB requereu a juntada por linha de sua manifestação. Em 21.3.2003 os autos foram conclusos ao Relator que, na mesma data, reconsiderou a decisão de 25.9.2002 (supratranscrita), admitindo o ingresso da CEB no feito, na qualidade de *Amicus Curiae*, nos seguintes termos:

“DECISAO: Não obstante a plausibilidade da interpretação adotada na decisão de fl. 73, no sentido de que o prazo das informações seria o marco para a abertura procedimental prevista no art. 7º, § 2, da Lei n. 9.868, de 1999, CABE RECONHECER QUE A LEITURA SISTEMÁTICA DESTA DIPLOMA LEGAL REMETE O INTÉRPRETE A UMA PERSPECTIVA PLURALISTA DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. Assim, consideradas as circunstâncias do caso concreto, reconsidero a decisão de fl. 73, para admitir a manifestação da Companhia Energética de Brasília, que intervirá no feito na condição de amicus curiae. Fixo o prazo de cinco dias para a manifestação. Após o registro, na autuação, do nome da interessada e de seus patronos, publique-se. Brasília, 21 de outubro de 2003. Ministro Gilmar Mendes Relator” (DJ de 29.10.2003) (destaques atuais)

14. Verifica-se que no caso colacionado o ingresso foi oportunizado nove anos após a propositura da ADIn. Fiel aos princípios que inspiram o sentido da intervenção do *Amicus Curiae*,

foi permitido o seu ingresso, na perspectiva pluralista que inspira o desenvolvimento da jurisdição constitucional. No caso em apreço, não há porque se adotar posição divergente, merecendo ser admitido o Sindicato requerente no feito, na qualidade de *Amicus Curiae*, a fim de que possa enriquecer o debate constitucional, contribuindo para o conhecimento dessa Col. Corte acerca de todas as implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais, de irrecusável importância e inquestionável significação⁴.

15. Por via de consequência, deve ser admitido o pedido de ingresso do ANDES – SINDICATO NACIONAL na presente ação de controle concentrado a fim de que a entidade sindical, materializando as posições de uma importante categoria profissional organizada no Brasil, possa colaborar com essa Excelsa Corte na interpretação da norma inquinada de inconstitucionalidades.

II - OS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS E OS FUNDAMENTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

16. A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT – e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT – para impugnar a integralidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998⁵, cujos enunciados modificaram a Administração Pública brasileira ao permitir que pessoas jurídicas de direito privado possam atuar no lugar do Estado, mediante celebração de contrato de gestão. É incompatível com a ordem constitucional vigente a modalidade de gestão eleita pela referida norma.

17. As Agremiações Políticas Requerentes alegam que a Lei nº 9.637/98 viola o teor dos seguintes artigos constitucionais:

- a) 49, X – fiscalização e controle dos atos da Administração Pública pelo Congresso Nacional;

⁴ STF - ADI nº 2.130 (DJ de 2.2.2001).

⁵ Cópia em anexo.

- b) 70 – fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial pelo Congresso Nacional e pelo sistema interno de cada Poder;
- c) 165, § 5º, I – elaboração de orçamento de receita e despesa;
- d) 169, § 1º – a observância de limite de despesa com pessoal;
- e) 37, II – realização de concurso público para admissão de pessoal;
- f) 37, XXI – aquisição de bens e serviços mediante licitação pública.

18. O Sindicato Interveniente associa-se aos argumentos lançados pelos Autores quanto à inconstitucionalidade da referida lei, sobretudo porque ela importa modelos alienígenas que estão em total desarmonia com a Constituição Cidadã. Também submete ao crivo desse Eg. Supremo Tribunal a apreciação de outras duas inconstitucionalidades da indigitada lei, quais sejam, a **violação aos Princípios da Moralidade e da Eficiência Administrativas**, inscritos na na cabeça do artigo 37 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/98.

19. A manutenção no mundo jurídico da norma atacada permite que a Organização Social (OS) atue na realização de atividades públicas, mediante contrato de gestão com o Poder Público, e de forma vinculada ao Estado, tanto em razão da natureza da atividade como em virtude de sua manutenção, controle e tutela. Portanto, as Organizações Sociais devem se submeter às normas constitucionais que disciplinam a fiscalização e o controle dos entes públicos, bem como às que positivam os institutos do concurso público e da licitação. Caso contrário, a referida Lei acaba por malferir o Princípio da Eficiência, subvertendo a lógica inicialmente pretendida de conferir maior agilidade ao Estado, como será demonstrado ao longo desta peça.

20. As Organizações Sociais – pessoas jurídicas de direito privado e que administram recursos e bens públicos – foram concebidas para absorver atividades relativas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, desde que atendidos os requisitos previstos na referida Lei.

21. O Governo pretende com a norma atacada utilizar-se da prerrogativa de transferir para entidades qualificadas como Organizações Sociais atividades que são desempenhadas por órgãos públicos. Por via transversa, destarte, está-se diante de privatização de serviços públicos, como bem salientou a crítica formulada pela eminente Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Exatamente por isso é curioso falar-se em Programa Nacional de Publicização quando, na realidade, o que está sendo idealizado é exatamente a privatização sob outra modalidade que não a venda de ações, já que a qualificação da entidade como organização social implica a extinção de um órgão público ou de uma pessoa jurídica de direito público (autarquia ou fundação) e, em seu lugar, o surgimento de uma pessoa jurídica de direito privado não enquadrada no conceito de Administração Pública, seja direta ou indireta.”⁶ (destacou-se)

22. Sob essa inspiração privatista, o modelo das Organizações Sociais está em desacordo com ordem constitucional vigente quanto a diversos de seus aspectos, como se passa a demonstrar nos tópicos seguintes.

III – DA INOBSERVANCIA PELA LEI DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORÇAMENTÁRIAS E DE SUA FISCALIZAÇÃO

23. A Lei atacada viola as normas constitucionais que disciplinam o orçamento público e a fiscalização da administração pública. O objetivo é exatamente afastar a fiscalização e o controle das atividades dessas entidades, na esperança de que o serviço não fiscalizado seja prestado com mais eficiência.

24. Os dispositivos da Lei atacada que versam sobre o sistema de controle das Organizações Sociais estão assim vazados:

⁶ Em: *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3ª ed.* São Paulo: Atlas, 1999, p. 201

“Art. 4^o Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV - designar e dispensar os membros da diretoria;

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

[...]

Seção IV

Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão

Art. 8^o A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 1^o A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2^o Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3^o A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Art. 9^o Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à

Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.” (destacou-se)

25. Entretanto, a Constituição da República estabelece, em seus artigos 49, X, 70, parágrafo único, e 165, § 5º, I, que o controle a ser exercido sobre as verbas públicas é, em última análise, de competência do Poder Legislativo. Veja-se, propósito, o teor dos dispositivos constitucionais:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

[...]

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das

subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

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

[...]

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;” (destacou-se)

26. A sistemática prevista na Lei nº 9.637/98 vai de encontro aos citados dispositivos constitucionais. Se as Organizações Sociais pretendem assumir atribuições do Poder Público, não podem prescindir do controle do Parlamento brasileiro, sob pena de se subverter a lógica constitucional do gasto do dinheiro público. O elemento teleológico da criação dessas entidades, pela análise dos dispositivos transcritos, é o de privar o Parlamento e, por conseguinte, a sociedade, desse controle, o que não encontra guarida na Constituição da República.

27. O contrato de gestão e o correspondente controle periódico apenas dos resultados está em desconformidade com o que prescreve a Constituição Federal. O controle da Administração Pública concebido na Constituição Federal de 1988 incide não apenas sobre os resultados produzidos. O controle incide sobre o próprio procedimento. A atuação da Administração Pública não deve apenas produzir resultados desejáveis. Esses resultados devem ser alcançados em conformidade com os procedimentos prescritos na Constituição e nas leis brasileiras. O controle da

Administração Pública não deve ocorrer apenas, de tempos em tempos, para verificar o cumprimento do contrato de gestão. O controle é permanente, não periódico.

28. Acrescente-se que determinadas áreas em que as Organizações Sociais podem atuar, de acordo com a norma impugnada, são destinatárias de controle social, como é o caso da saúde, em que se tem uma participação da sociedade em órgãos específicos, nos moldes previstos na Constituição da República. Esse controle social e permanente é incompatível com a proposta da Lei nº 9.637/98, que não atende ao modelo pretendido com a Constituição de 1988.

29. Ainda que não se acate a integralidade dos argumentos dos Autores, reforçados pelo Sindicato Nacional Interveniente no presente tópico, dever-se-ia, no julgamento do mérito da presente Ação Direta, conferir uma interpretação conforme a Constituição, para que houvesse a obrigatoriedade de submissão das contas da Organizações Sociais, previstas na norma atacada, ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas, a fim de que seja fiscalizada a adequada utilização das verbas públicas.

IV – DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA LEI DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

30. Além do aspecto do controle orçamentário e de gastos das Organizações Sociais, que deveria ser de atribuição do Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, a Lei atacada viola inúmeros dispositivos constitucionais que regem a Administração Pública no Brasil, como se passa a demonstrar.

IV.1. DA OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO – ART. 37, II, CF/88.

31. As Organizações Sociais, conforme dispõe a Lei atacada na presente Ação, têm a liberdade de contratação de pessoal sem a observância dos dispositivos constitucionais que disciplinam a Administração Pública, sem respeitar o princípio da obrigatoriedade de realização de

concurso público para ingresso no serviço público, consoante dispõe o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

32. A desnecessidade de concurso público para a contratação de empregados das Organizações Sociais é fixada nos seguintes dispositivos da indigitada Lei:

“Art. 4º. Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

VII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

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

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.”

33. Pela leitura dos artigos transcritos, constata-se que inexistente qualquer referência à contratação dos empregados das Organizações Sociais por intermédio de concurso público. Pelo contrário, essas entidades reger-se-ão pelo regime jurídico das empresas privadas. Nas palavras do Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, proferidas por ocasião do julgamento da ADIn 890-1/DF, trata-se, também neste caso, de “ensaio rombudo de fraude à exigência de concurso público”.

34. Sendo a estrutura da Administração Pública erigida a serviço da coletividade, nada mais elementar que, num Estado Democrático de Direito, seja conferida à totalidade dos cidadãos a possibilidade em abstrato de integrá-la. No caso das Organizações Sociais, que, repita-se, deverão prestar serviços públicos, atividade atribuída ao Estado, haverá a contratação de empregados de

acordo com o regime jurídico de direito privado, nos moldes das empresas privadas, sem qualquer garantia de que aqueles serviços serão realizados por pessoas que passaram pelo rigoroso processo de certame com todos os consectários da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.

35. Haverá repasse de verba do Erário para as Organizações Sociais alcançarem seus objetivos. Daí por que o concurso público de provas e títulos consiste na regra constitucional, por excelência, para a composição dos recursos humanos da Administração Pública, inclusive, em uma interpretação conforme a Constituição, para as Organizações Sociais, estando esta última, portanto, vinculada ao dever de otimizar o art. 37, II, da Carta Magna em decorrência do princípio da moralidade, de modo a implementar tal forma de seleção em todas as suas contratações.

36. Por via de consequência, também nesse aspecto a Lei das Organizações Sociais deve ser declarada inconstitucional por violar o inciso II do art. 37 da Constituição Federal. Caso se entenda que não há razões para que se declare a inconstitucionalidade, requer-se a realização de interpretação conforme a constituição, para se determinar que as contratações efetuadas pelas Organizações Sociais sejam precedidas, obrigatoriamente, por concurso público, aplicando-se-lhe o citado dispositivo constitucional.

IV.2. DA OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO – ART. 37, XXI, CF/88

37. Além de inobservar a regra do concurso público, as Organizações Sociais, pela dicção da Lei atacada, também estão dispensadas do processo licitatório. De fato, ao alterar a redação do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (Lei de licitações e contratos), a Lei nº 9.648/98 caracterizou como hipótese de dispensa de licitação a “*celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão*”. A inconstitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98, é flagrante.

38. Segundo o insigne administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, a Lei nº 9.637/98 pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que as Organizações Sociais travassem

contratos administrativos com o Poder Público sem licitação⁷. No mesmo sentido é a compreensão da ilustre Professora Maria Zanella Di Pietro, quando critica dispensa de licitação para as Organizações Sociais, nos seguintes termos:

“Embora não expressa essa intenção na lei, ela decorre implicitamente de todo o esquema montado e, principalmente, do fato de ter-se deixado ao inteiro arbítrio do poder público a escolha da entidade que vai ser qualificada como organização social. Se a intenção é extinguir um ente público e deixar que sua atividade seja absorvida por entidade privada, a escolha desta não poderia prescindir de licitação ou de outro procedimento adequado para assegurar o princípio da isonomia entre possíveis interessados. (...).”

Se para celebrar um contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviços ou obra pública se exige habilitação prévia do licitante, não tem sentido que todo patrimônio público seja posto em mãos de entidade privada, sem qualquer exigência nesse sentido.”⁸

39. Tal entendimento foi adotado pelo voto proferido pelo eminente Ministro EROS GRAU na presente Ação Direta, fazendo-se oportuno transcrever a seguinte passagem:

“Fere o princípio da isonomia; iguais igualmente e desiguais desigualmente, desde que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio (fl. 336). Não há razão para que a Lei das OSs preveja a celebração de contrato de gestão, bem como a destinação de recursos orçamentários e bens públicos, com dispensa de licitação (fl. 336-337)”. (destacou-se)

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Malheiros.

⁸ Em: *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 204.

40. O Eg. Tribunal de Contas da União já teve a oportunidade de se manifestar sobre hipótese semelhante à presente, quanto entendeu ser de sua atribuição fiscalizar contratos de gestão celebrados. Trata-se da decisão nº 020/94 – Plenário, importando transcrever a seguinte passagem:

“O Tribunal Pleno ... decide:

1. Firmar, em caráter normativo, o entendimento de que a sistemática ... de CONTRATO DE GESTÃO (...) não desobriga (...) do cumprimento de preceitos constitucionais e legais (...) tais como (...):

1.1. SELEÇÃO E ADMISSÃO DE PESSOAL: é obrigatória a realização de concurso público (...)

1.2. REMUNERAÇÃO DE DIRIGENTES E SERVIDORES: é imperiosa a observância do limite previsto no art. 37-XI da CF

1.3. CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS, AQUISIÇÃO E ALIENAÇÃO DE BENS: é imprescindível o cumprimento do disposto no art. 37-XXV da CF, regulamentado pela lei 8666/93, que instituiu normas para licitações e contratos no âmbito da administração pública direta e indireta”.

41. A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro também se refere à decisão do Eg. Tribunal de Contas da União que apreciou contrato celebrado entre a União e a Cia. Vale do Rio Doce (RDA, 201/311-319). Na decisão, a Corte de Contas considerou que *“as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, mesmo aquelas que visem objetivos estritamente econômicos, em condições de competitividade com a iniciativa privada, ainda que sob o regime de Contrato de Gestão, estão sujeitas a todas as exigências constitucionais e legais da mesma forma que as demais entidades integrantes da Administração Pública Federal, tais como: obrigatoriedade de concurso público para a seleção e admissão de pessoal (art. 37, II); observância do limite máximo de de*

dirigentes e servidores (art. 37, XI); cumprimento das normas para licitação e contratos pertinentes a obras, serviços, compras alienações e locações (art. 37, XXI, e Lei nº 8.666/93)”.⁹

42. Portanto, resta claramente demonstrada a total incompatibilidade do modelo adotado pela Lei das Organizações Sociais com a regra constitucional da exigência de licitação para a contratação de obras e serviços, aquisição e alienação de bens pelo Poder Público. Mesmo sob a roupagem de Organização Social, a entidade que for qualificada nos moldes da Lei atacada estará prestando serviços que são da atribuição do Estado e devem, por via de consequência, submeter-se às regras da Administração Pública, sobretudo no que se refere às licitações e contratos administrativos. Ainda que não declare a Lei nº 9.637/98 integralmente inconstitucional, também em relação a esse tópico requer-se a esse Colendo Supremo Tribunal que confira interpretação conforme a Constituição para determinar a aplicação do art. 37, XXIV, da CF/88 às Organizações Sociais, determinando que as organizações sociais realizem licitações para gerir recursos públicos, contratando bens e serviços.

IV.3. DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE – ART. 37, *CAPUT*, CF/88

43. Dentre os conteúdos inerentes ao postulado da moralidade insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, insere-se, ao lado das pautas de atuação em conformidade com a lealdade, boa-fé e a probidade, o dever imposto à Administração Pública de otimizar os valores constitucionais orientadores de suas atividades regulares, conforme bem assevera Juarez de Freitas:

*“Tal princípio determina que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado, isto é, de modo virtuoso e honesto. O ‘outro’, aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual **o princípio da moralidade exige que, fundamentada e intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados e controlados à base da orientação decisiva e substancial que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível,***

⁹ Em: *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 195.

os referenciais valorativos da Constituição, cumprindo vivificar, exemplarmente, o combate contra toda e qualquer lesão moral ou imaterial provocada por ações públicas não-universalizáveis, destituídas de probidade e de honradez.

(...)

*Com efeito, o objeto das relações de administração nada mais há de ser do que a realização otimizada dos princípios constitucionais, de sorte a permitir que o vínculo jurídico se aperfeiçoe pelo plexo dos liames volitivos com a vontade, por assim dizer, pública.*¹⁰ (Destacou-se)

44. Nessa linha de entendimento, impõe-se à Administração Pública, como consectário lógico do princípio da moralidade, não só o dever de promover a seleção de seus quadros funcionais de modo a assegurar a ampla e isonômica oportunidade de participação a todos os concorrentes habilitados, como também a obrigação de fazê-lo com arrimo em critérios objetivos, universais e razoáveis, aptos a assegurar sua atuação impessoal no momento de contratar com o poder público.

45. E dentre as diretrizes consagradas na Constituição Federal de 1988 a condicionarem a atividade do Estado destaca-se o **princípio da moralidade**, positivado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, cujo conceito impõe aos poderes públicos a adoção de condutas pautadas não apenas pela observância formal aos atos legislativos e regulamentares, mas também de acordo com os parâmetros éticos a apontarem para uma atuação conforme a probidade no trato dos bens coletivos e conforme a boa-fé na gestão dos direitos dos administrados.¹¹

¹⁰ FREITAS. Juarez de. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 53-183.

¹¹ A propósito, o eminente Ministro Eros Roberto Grau, em lição doutrinária, salienta que *“o princípio [da moralidade] exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, ainda que não previstas na lei, decorrentes, no entanto, da interpretação do direito, no seu todo, como ordenamento. A boa-fé há de ser tida como exigência da vinculação da Administração pelo princípio da moralidade.”* (Destacou-se). GRAU. Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 286.

46. Nesse sentido, ao se manifestar especificamente sobre a Lei inquinada de inconstitucionalidade, é o magistério da consagrada administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²:

*“Pela forma que a matéria está disciplinada na esfera federal, são **inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei**, os riscos para o patrimônio público e para os direitos dos cidadão.*

*Em primeiro lugar, fica muito **nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública**. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. [...] sem as 'amarras' da Administração Pública. (Di PIETRO, 1999, p. 203).*

47. Resta, portanto, demonstrado que a Lei que cria as Organizações Sociais não se apresenta compatível com o princípio da moralidade, insculpido no art. 37, *caput*, da CF/88. As diretrizes previstas na Lei atacada, concretizadas na qualificação de pessoas jurídicas privadas como Organizações Sociais, para prestar serviço público mediante celebração de contrato de gestão, não encontra respaldo no princípio e norma constitucionais que albergam a moralidade administrativa. Deve, portanto, também nesse aspecto, ser declarada inconstitucional.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 203.

IV.4. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA – ART. 37, *CAPUT*, CF/88

48. Levando-se em consideração tudo o que foi exposto até o presente momento, constata-se que o Princípio da Eficiência, incluído na cabeça do artigo 37 pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, não restará observado pelas Organizações Sociais.

49. Conforme adverte José Afonso da Silva, o Princípio da Eficiência Administrativa “*consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores*”¹³.

50. A ausência de controle pelo Col. Tribunal de Contas e pelo Poder Legislativo, acrescido de não obrigatoriedade de realização de concurso público para a contratação de pessoal e da dispensa de licitação para contratação de serviços e aquisição de bens, fará com que os serviços prestados pelas Organizações Sociais não se conformem ao Princípio da Eficiência contido na cabeça do artigo 37 magno. Pelo contrário, ao se afastar esses mecanismos de salvaguarda do interesse público, estar-se-á diante de completa dissintonia entre a intenção da Carta, quando incluiu a eficiência administrativa como princípio constitucional, e a Lei das Organizações Sociais.

51. Oportuno se faz colacionar o magistério de Alexandre de Moraes a respeito da matéria:

“O administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser o que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade.

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade,

¹³ Na sua clássica obra *Curso de Direito Constitucional Positivo* 31ª ed revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2008, p.672.

primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.

(...)

*A idéia de defesa do bem comum enquanto finalidade básica da atuação da administração pública decorre da própria razão de existência do Estado, norteadando a adoção do princípio da eficiência.*¹⁴ (Destacou-se).

52. A qualificação de associações privadas como Organizações Sociais não implica necessária e obrigatoriamente que o serviço será prestado tendo como norte a eficiência administrativa e com vistas a atingir o bem comum. Pelo contrário, a ausência das cautelas que devem permear a atuação do Estado nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde (art. 1º da Lei 9.637/98) não deve permitir a transferência para entes privados do mister público, sobretudo desprovido de controle. Como adverte Alvacir Correa dos Santos, em monografia específica sobre a matéria, *“a interpretação do princípio da eficiência deve ser feita em consonância com o ordenamento jurídico nacional, especificamente com os demais princípios constitucionais da Administração Pública a fim de evitar-se, a burla à própria Constituição Federal e à legislação ordinária dela decorrente”*¹⁵. E a forma de criação e atuação das Organizações Sociais previstas pela Lei nº 9.637/98 ludibria o Princípio da Eficiência na medida em que, como demonstrado nos tópicos anteriores, não haverá concurso público nem licitação, princípios esses fundamentais para que a Administração Pública possa cumprir com sua missão constitucional e não arranhar o princípio da moralidade.

53. Na medida em que o controle exercido sobre as Organizações Sociais será apenas dos resultados, e não sobre os procedimentos previstos na Constituição e nas leis, de forma

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 799-803.

¹⁵ Em: *Princípio da Eficiência da Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2003, p. 199.

permanente e não apenas periódica, o Princípio da Eficiência não será observado. De acordo com esse princípio, a Administração deve alcançar seus resultados dispendendo o mínimo possível de recursos. Eficiência não se confunde com eficácia. Eficaz é o ato que alcança o resultado pretendido, mesmo que o faça com desperdício ou ilegalmente. Eficiente é o ato que, alcance ou não o resultado, o faz empregando da melhor forma possível os recursos disponíveis. O modelo das Organizações Sociais, em cujo cerne esta o contrato de gestão e o controle apenas dos resultados alcançados, não permite que se controle a eficiência da atuação administrativa.

54. A ideia de descentralizar a atividade do setor de prestação de serviços não exclusivos do Estado, mediante a transferência de atividades para o particular, para alcançar o Princípio da Eficiência não pode prescindir da incidência dos demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública, sob pena de cometer-se não só arbitrariedades e utilização de meios inidôneos, como assinalado pelas citações acima, como também acarretar prejuízos para a sociedade e para os destinatários da atividade “privatizada” sob a modalidade do contrato de gestão. Daí porque a Lei nº 9.637/98 dever ser declarada inconstitucional.

VI - CONCLUSÃO

55. Em face de todo o exposto nos tópicos anteriores, atendidos os requisitos do § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, requer-se que Vossa Excelência se digne em admitir a ampla manifestação do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – ANDES – SINDICATO NACIONAL no julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para que, no mérito, sejam acatados os argumentos formulados pelas Agremiações Políticas Autoras, julgando-se procedente o pedido formulado na inicial, para declarar inconstitucional a Lei nº 9.637/98, em face da violação aos Princípios da Moralidade e Eficiência Administrativas, contidos na cabeça do Art. 37, além dos incisos II, XXI do mesmo artigo Magno, bem como os arts. 49, inciso X; 70, parágrafo único; 165, § 5º, inciso I; e 169, § 1º, da Constituição da República.

56. Subsidiariamente, caso se entenda que a Lei nº 9.637/98 não é, em sua íntegra, inconstitucional, requer-se que seja realizada interpretação conforme a Constituição para determinar

que (a) as organizações sociais se submetam, quando na administração de recursos públicos, à fiscalização permanente do Tribunal de Contas e do Poder Legislativo; (b) que as organizações sociais realizem licitação para contratar bens e serviços, e concurso público, para contratar pessoal; (c) que a administração pública só contrate organizações sociais mediante licitação.

Termos em que

Pede deferimento

Brasília - DF, 14 de março de 2011.

Claudio Santos
OAB/DF nº 10.081

Cláudio Pereira de Souza Neto
OAB/RJ nº 96.073

Paulo Roberto Lemgruber Ebert
OAB/DF nº 20.647

ROL DE DOCUMENTOS ANEXOS:

- 1) Procuração e substabelecimentos;
- 2) Estatuto do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – ANDES – SINDICATO NACIONAL;
- 3) CNPJ do ANDES – SINDICATO NACIONAL
- 4) Ata de posse da atual diretoria do ANDES – SINDICATO NACIONAL;
- 5) Registro do ANDES – SINDICATO NACIONAL no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE);
- 6) Registro do ANDES – SINDICATO NACIONAL em Cartório;
- 7) Cópia integral da Lei nº 9.637/98.