

24/06/99

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

REQUERENTE: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADVOGADOS: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

REQUERENTE: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVOGADOS: RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E OUTROS

REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Ação que tem por objeto a Lei nº 9.637, de 15.05.98, e o inc. XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21.06.93, com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27.05.98, que prevêm e regulam a qualificação de entidades de direito privado como *organizações sociais*.

Sustentam os autores, em resumo, que as normas contidas nos textos impugnados outro objetivo não tiveram senão possibilitar a transferência de atividades desenvolvidas por autarquias e fundações de direito público, dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, para entidades de direito privado, denominadas "organizações sociais", figura inédita no direito brasileiro, com formato de "entidade pública não estatal", mas mantidas com recursos públicos; processando-se a transferência mediante a extinção da entidade pública e a cessão de seu patrimônio, servidores e dotações orçamentárias à entidade privada, independentemente de processo de licitação; permanecendo, portanto,

públicas no que convém, mas privadas no que interessa à maior flexibilidade de gestão.

Após tecerem longas considerações em torno de cada dispositivo das leis indicadas, as quais serão apreciadas no voto deste Relator, passam os Autores a sustentar que, em sendo imposto à Administração Pública, na qual se incluem as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pelo sistema jurídico-constitucional vigente, entre outras injunções, a fiscalização e controle de seus atos pelo Congresso Nacional (art. 49, X); a fiscalização contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, também pelo Congresso e pelo Sistema interno de cada Poder (art. 70); a elaboração de orçamento de receita e despesa (art. 165, § 5º, I); a observância de limite de despesas com pessoal (art. 169, § 1º); a realização de concurso público para admissão de pessoal (art. 37, II); e a aquisição de bens e serviços mediante licitação pública (art. 37, XXI); do mesmo modo, na medida em que uma organização social passa a atuar na prestação de atividades públicas, por via de 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, deverá submeter-se ela aos referidos princípios e preceitos constitucionais, os quais, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, não visam apenas assegurar-lhes condições de eficiência, destinando-se,

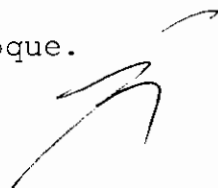
"...também e sobretudo, a estabelecer as indispensáveis limitações que embarguem ação desatada ou descomedida dos próprios governantes, para impedir que seja gravosa quer ao interesse público, que lhes assiste curar, quer às garantias pertinentes aos administrados em suas relações com o Poder Público". De resto, esta última é a própria razão inspiradora do Estado de Direito. Então, obviamente, não lhes basta travestir-se de pessoa de direito privado para esquivar-se das contenções armadas em favor do aludido propósito. Donde, desconhecer ou menoscabar estes vetores implicaria ofensa a diretrizes fundamentais do Texto Constitucional. Assim, não seria prestante interpretação que os postergasse. Segue-se que entidades constituídas à sombra do Estado (como auxiliares suas na produção de utilidade coletiva) e que manejam recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas têm que estar submetidas a disposições cautelares, defensivas tanto da lisura e propriedade do dispêndio destes recursos, quanto dos direitos dos administrados a uma atuação impessoal e isonômica, quando das relações que com elas entretenham. Isto só é possível quando existam mecanismos de controle interno e externo, suscitados quer pelos órgãos públicos quer pelos próprios particulares, na defesa de interesses individuais ou da Sociedade."

Afirmam, ainda, que Jorge Miranda costuma chamar de fraude constitucional "a preterição dos limites materiais de primeiro grau, com observância apenas externa das regras constitucionais de competência e de forma"; e que, segundo Clémerson Merlin Clève, referida idéia, "embora vinculada em regra ao poder de reforma constitucional, é pensável também para a atividade legislativa ordinária, quando o Estado, a pretexto de exercer uma competência, desvirtua um comando constitucional, amesquinha um direito fundamental, ignorando o núcleo material protegido pelo dispositivo que o contempla".



Concluem por afirmar que, no caso em tela, a pretexto de criar nova forma de gerenciamento dos serviços públicos nas áreas de ensino, saúde, cultura, pesquisa e desenvolvimento tecnológico e proteção ao meio ambiente, o Poder Legislativo burlou, por meio de lei ordinária, os limites materiais e formais impostos em nossa ordem constitucional, descaracterizado o texto constitucional em seu alicerce conceitual, configurando-se, portanto, em face de verdadeira "mutação constitucional inconstitucional" que tenta submeter o exercício de poderes públicos a regime jurídico diverso daquele que lhe guarda a Constituição, pela via de simples criação, ainda que disfarçada pelo adjetivo "qualificação" de novo tipo jurídico não previsto no texto constitucional de 1988, não apenas fraude à Constituição, mas também desvio de poder legislativo, que, na lição de Caio Tácito, "é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação".


Ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 (ou, alternativamente, dos seus arts. 1º a 7º, 10 a 15, 17, 20, 21 e 22), do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 (redação do art. 1º da Lei nº 9.648/98) e, ainda, dos atos administrativos e de gestão praticados em decorrência dos dispositivos legais impugnados, juntaram os autores requerimento de medida cautelar de suspensão imediata da eficácia dos dispositivos legais sob enfoque.



Dada a complexidade da matéria, cuja exposição, pelos autores, ocupou 70 laudas, foram requisitadas informações prévias, prestadas pela Presidência do Congresso Nacional (fls. 151/184) e pela Presidência da República (fls. 186/237).

Submeto, agora, o requerimento de cautelar à apreciação do Plenário.

É o relatório.



* * * * *

dfm

05/08/99

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): É do seguinte teor a Lei n° 9.637/98, cuja íntegra foi impugnada na inicial:

CAPÍTULO I
DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS
Seção I
Da Qualificação

“Art. 1° O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta Lei.

Art. 2° são requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder

Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

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.

Seção II

Do Conselho de Administração

Art. 3º 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 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;

II - os membros eleitos ou indicados para compor o conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;

IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto;

VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

Art. 4º 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 III do Contrato de Gestão

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Art. 6º O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

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

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

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.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

Seção IV

Da Execução e fiscalização do Contrato de Gestão

Art. 8º 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.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

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

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de

qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recurso 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 seqüestro 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 seqüestro 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.

Seção V

Do Fomento às Atividades Sociais

Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão

parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

Parágrafo único. A permuta de que trata este artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

Art. 15. São extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3º, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal.

Seção VI Da Desqualificação

Art. 16. O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social,

quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

§ 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelo danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

CAPÍTULO II DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Art. 18. A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Art. 19. As entidade que absorverem atividades de rádio e televisão educativa poderão receber recursos e veicular publicidade institucional de entidades de direito público ou privado, a título de apoio cultural, admitindo-se o patrocínio de programas, eventos e projetos, vedada a veiculação remunerada de anúncios e outras práticas que configurem comercialização de seus intervalos.

Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais,

qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

- I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;
- II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;
- III - controle social das ações de forma transparente.

Art. 21. São extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

§ 1º Competirá ao Ministério da Administração supervisionar o processo de inventário do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a cargo do conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, cabendo-lhe realizá-lo para a Fundação Roquette Pinto.

§ 2º No curso do processo de inventário da Fundação Roquette Pinto e até a assinatura do contrato de gestão, a continuidade das atividades sociais ficará sob a supervisão da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

§ 3º É o Poder Executivo autorizado a qualificar como organizações sociais, nos termos desta Lei, as pessoas jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I, bem assim a permitir a absorção de atividades desempenhadas pelas entidades extintas por este artigo.

§ 4º Os processos judiciais em que a Fundação Roquette Pinto seja parte, ativa ou passivamente, serão transferidos para a União, na qualidade de sucessora, sendo representada pela Advocacia-Geral da União.

Art. 22. As extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais de que trata esta Lei observarão os seguintes preceitos:

- I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão do servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à

organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1º e 2º do art. 14;

II - a desativação das unidades extintas será realizada mediante inventário de seus bens imóveis e de seu acervo físico, documental e material, bem como dos contratos e convênios, com a adoção de providências dirigidas à manutenção e ao prosseguimento das atividades sociais a cargo dessas unidades, nos termos da legislação aplicável em cada caso;

III - os recursos e as receitas orçamentárias de qualquer natureza, destinados às unidades extintas, serão utilizados no processo de inventário e para a manutenção e o financiamento das atividades sociais até a assinatura do contrato de gestão;

IV - quando necessário, parcela dos recursos orçamentários poderá ser reprogramada, mediante crédito especial a ser enviado ao Congresso Nacional, para o órgão ou entidade supervisora dos contratos de gestão, para o fomento das atividades sociais, assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social;

V - encerrados os processos de inventário, os cargos efetivos vagos e os em comissão serão considerados extintos;

VI - a organização social que tiver absorvido as atribuições das unidades extintas poderá adotar os símbolos designativos destes, seguidos da identificação "OS".

§ 1º A absorção pelas organizações sociais das atividades das unidades extintas efetivar-se-á mediante a celebração de contrato de gestão, na forma dos arts. 6º e 7º.

§ 2º Poderá ser adicionada às dotações orçamentárias referidas no inciso IV parcela dos recursos decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e funções comissionados existentes nas unidades extintas.

Art. 23. É o Poder Executivo autorizado a ceder os bens e os servidores da Fundação Roquette Pinto no Estado do Maranhão ao Governo daquele Estado.

Art. 24. São convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.648-6, de 24 de março de 1998.

Art. 25. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

Por sua vez, foi a seguinte a nova redação dada ao inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 pelo art. 1º da Lei nº 9.648/98, também objeto do pedido declaratório de inconstitucionalidade:

"Art. 24 É indispensável a licitação:

XXIV - para 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."

Os dispositivos legais transcritos instituíram, entre nós, sob a denominação de *organizações sociais*, um novo tipo de entidade de direito privado, destinada a atuar nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

Sua qualificação como tal é feita pelo Governo, por meio de ato do Poder Executivo, mediante a comprovação de observância de requisitos minuciosamente especificados nos artigos 2º, 3º e 4º da lei transcrita.

A ingerência governamental é justificada pela circunstância de tratar-se de entidades vocacionadas à absorção de atividades de interesse público até aqui exercidas pelo Estado, seja

por meio de seus órgãos, seja por via de entes da Administração Pública Indireta.

Daí a exigência, para sua qualificação jurídica, entre outras, de um conselho de administração com até quarenta por cento dos membros escolhidos pelo Poder Público, com poderes para: aprovação da proposta do orçamento das entidade e de seu programa de investimentos; designação e dispensa dos membros da diretoria; aprovação dos procedimentos a serem adotados para contratação de obras, serviços, compras e alienações, além do plano de cargos e salários e benefícios dos empregados da entidade; aprovação dos relatórios gerenciais e de atividade elaborados pela diretoria; fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas e aprovação dos demonstrativos financeiros e contábeis e das contas anuais da entidade (art. 4º e incisos).

A formação da parceria com o Poder Público dá-se por via de um contrato denominado "de gestão" celebrado entre as partes, com observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da economicidade, no qual serão especificados o programa de trabalho, as metas a serem atingidas e os critérios objetivos de avaliação e desempenho a serem utilizados; a estipulação dos limites de despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados,



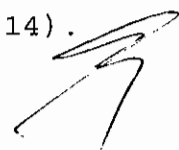
além de outras cláusulas que vierem a ser definidas pelos Ministérios da área de atuação da entidade (arts. 5° a 7°).

Ademais, prevê a lei (arts. 8° a 10) que a execução do contrato de gestão será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação da atividade fomentada, que, ao término de cada exercício, apresentará relatório pertinente à execução do contrato, o qual será analisado por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação; cumprindo-lhe, ainda, dar ciência de qualquer irregularidade verificada na utilização de recursos públicos ao Tribunal de Contas da União e, se for o caso, ao Ministério Público.

O descumprimento do contrato de gestão poderá acarretar a desqualificação da entidade como organização social (art. 16).

Serão declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, podendo ser-lhes destinados recursos orçamentários e os bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, os quais, com autorização do Poder Público, poderão ser permutados por outros de igual valor, que passarão a integrar o patrimônio da União (arts. 11 e 12).

Finalmente, às organizações sociais poderão ser cedidos servidores públicos, com ônus para o Poder Público (art. 14).



O art. 2º da Lei nº 9.637/98 estabelece os requisitos a serem atendidos pela entidade, para fim de qualificação como organização social. Entre eles, está a comprovação do seu registro como pessoa jurídica. O art. 3º, I, c, de sua vez, fala em associados. Tais dados poderiam induzir à convicção de que se está diante de uma associação de pessoas (**universitas personarum**).

Tendo-se presente a distinção entre **corporação** e **instituição** (Enterría e Fernandez, "Curso de Direito Administrativo", Ed. Rev. dos Tribunais, p. 320), considerada a primeira como uma entidade constituída de um conjunto de pessoas, na qualidade de associados, seus organizadores, titulares dos interesses por ela objetivados, cuja vontade, em última análise, integrará a vontade própria do ente por meio de um processo representativo; e, a segunda, como criação de um fundador ou "instituidor", que é quem propõe um fim a ser cumprido pelo ente criado, dispondo sobre os meios materiais e pessoais sujeitos à consecução desse fim e decidindo, com sua vontade, a constituição dos órgãos próprios do ente e, portanto, por derivação, aquele que constitui a própria vontade do ente; tem-se que se está, no caso, diante da segunda espécie, dos entes institucionais, a cujo respeito a doutrina costuma falar, no ensinamento dos festejados publicistas, quando instituídos pelo Estado, em "organismos autônomos",

"administração institucional" ou "ente institucional" e que, entre nós, constituem entes da Administração indireta.

Ainda na lição dos autores citados (*ibidem*), tais entes não se descaracterizam, como tal, pela inserção, em sua estrutura orgânica, de representações de pessoas interessadas que, mesmo sem adquirir a condição material de sócios ou membros, colaboram na gestão do ente mais como simples política de relações públicas do que como manifestação de entrega do serviço à sociedade. No caso sob exame, como já foi dito, essa inserção se dá não apenas na participação de "membros ou associados" na composição do Conselho de Administração, mas também em sua eventual iniciativa de organizar a entidade, levando a registro os seus atos constitutivos, providência prévia à sua qualificação como organização social.

Na verdade, por meio da "qualificação" que os habilita a cumprir o contrato de gestão, atua o Estado como verdadeiro criador da organização, que nenhum outro objetivo terá senão servir como agente descentralizador da Administração, com a qual mantém uma relação de dependência constante e efetiva, não limitado à cooperação para produção de determinados resultados, mas decisiva.

O contrato de gestão, causa determinante da instituição das organizações sociais, estabelece, como se viu, as atribuições e responsabilidades do novo ente, o Ministério a que será adstrito, as

224

bases gerais de sua organização, as funções dos órgãos de direção e os bens e meios econômicos que lhes serão atribuídos.

Não passam, portanto, de simples instrumento técnico de que se utiliza o Estado para a gestão de seus próprios serviços; por ele criado, utilizado e, quando for o caso, extinto por via da desqualificação.

Na ordem financeira e patrimonial, exercem simples poderes de gestão e usufruto.

A sua extinção ou dissolução só pode ser decidida pelo Estado. Não é, portanto, o árbitro de sua própria vida, do mesmo modo que não pode subtrair-se nem abdicar do desempenho da função pública que lhe foi destinada e que executa como função própria do Estado, desenvolvida por meio de sua capacidade ordinária de direito privado.

Não apenas seu nascimento, repita-se, mas também a sua vida e a sua morte se acham na dependência da vontade do Estado, ao qual, por óbvio, permanecem íntima e indissolúvelmente ligadas, como os demais entes da administração indireta, razão pela qual, nesse ponto, estão submetidas a princípios de direito público.

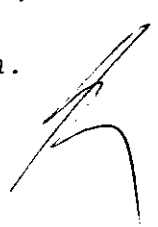
Não significa, como fazem presumir, a transferência à sociedade de poderes que o Estado havia assumido. A autonomia que desfrutam, como pessoa jurídica, não passa de uma técnica de gestão,



que permite ao Estado prestar serviços de interesse público sem arcar com certas inconveniências, como as decorrentes do regime estatutário de seus servidores.

Representam, assim, mais do que simples entes de cooperação com o Poder Público, como são considerados os chamados organismos sociais autônomos (SESC, SESI, SENAC e SENAI), possuindo todas as características de entes da Administração Indireta.

Segundo as informações da Presidência da República, que, no ponto, se apóiam em lições de Paulo Eduardo Garrido Modesto, as entidades da espécie não configuram um novo tipo de pessoa jurídica privada, nem entes criados por lei e encartados na estrutura da administração pública, mas pessoas estruturadas sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos, não gozando de qualquer espécie de prerrogativa de direito público nem podendo ser consideradas uma forma de privatização de entes públicos, uma vez que sua criação não implica uma transação de natureza econômica, mas uma finalidade de natureza social, de interesse público, não podendo objetivar o lucro nem qualquer outro proveito de natureza empresarial, podendo ser descritas como *entes privados que colaboram com a Administração, como já o eram as entidades declaradas de utilidade pública.*



Seja esse ou aquele o papel de tais entes, o certo é que se revela fora de dúvida que não fere a Constituição, a um primeiro e breve exame, próprio da fase vestibular dessa espécie de ação, a lei ditada, não precipuamente para criar, mas para regular a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social, seja ela uma entidade da Administração Indireta do Estado ou, ao revés, simples entidade privada, de interesse social e utilidade pública.

Com efeito, o que o inciso XIX do art. 37 da CF/88 declara ser vedada, sem lei específica, é a criação de autarquia ou a autorização para instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, ou, **a fortiori**, a criação ou instituição de qualquer ente da Administração Indireta, entre os quais os organismos sociais autônomos (SESI, SENAI e SESC), dos quais parecem aproximar-se as novéis organizações sociais.

Aliás, a Lei n° 9.637/98, ora sob apreciação, constitui uma prova de que esse também é o entendimento do próprio legislador, posto que, conquanto editada com o objetivo de disciplinar essas entidades, já no § 3° de seu artigo 21, de forma específica, como exigido pela Constituição, autorizou, de pronto, o Poder Executivo a "qualificar" duas organizações sociais, a "Associação Brasileira de



Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLuS" e a "Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ASCERP".

Uma coisa é definir as organizações sociais, precisando os requisitos a serem cumpridos para o seu surgimento no mundo jurídico e alcance de seus objetivos, como fez a lei sob apreciação; ou, mesmo, como também dela resultou, qualificar organizações da espécie. Coisa diversa é saber se poderão tais organizações absorver, indiscriminadamente, a atividade de instituições por meio das quais vem o Estado prestando serviços públicos não privativos do Poder Público, e se poderão fazer do modo proposto.

Inexiste relevância, portanto, na alegação de que se está diante de lei que se revela inconstitucional em todos os seus termos, como sustentado, em primeiro plano, na inicial, fazendo-se mister o exame de cada um dos dispositivos apontados como incompatíveis com a Carta da República, como subsidiariamente postulado na aludida peça.

Nos dizeres dos autores:

a) O art. 1º revela-se incompatível com os arts. 196, 197 e 199, § 1º, da Constituição, ao exonerar o Estado do dever que lhe cabe, prioritariamente, de prestar **serviço de saúde**, transferindo-o para entidades de direito privado, que somente poderiam ser integrados ao Sistema Único de Saúde (Lei nº 8.080, art. 18) em

caráter complementar, mediante contrato de direito público ou convênio.

b) Contraria ele, ainda, os arts. 205, 206, 208, II, 209 e 213, todos da Carta de 88, tendo em vista que afasta a preferência constitucional pela prestação da **educação** sob o regime público, demitindo, praticamente, o Estado do dever fundamental de oferecer tais serviços, ao ampliar o sentido do disposto no art. 205, em contradição direta com o art. 213, que assegura distribuição exclusiva dos recursos públicos às escolas públicas, ressalvadas as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, espécies que não abrangem as organizações sociais.

c) Ofendidos, por igual, pelo referido dispositivo, resultaram os artigos 23, 215, 216 § 1º, 218 e 225 da CF, por haver incluído no programa a prestação de **serviços nas áreas da cultura, do meio ambiente, do desenvolvimento científico, da pesquisa e da capacitação tecnológica, bem como na preservação e restauração de processos ecológicos essenciais e na promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas, com preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do país, e proteção da fauna e da flora**, competência que os referidos dispositivos legais atribuem ao Estado ou a instituições necessariamente públicas, sendo

inadmissível a sua prestação por via exclusiva de entidades privadas.

De acordo com as informações da Presidência do Congresso Nacional, as organizações sociais constituem uma das ações mais inovadoras e de maior relevância, no sentido de aprimorar o funcionamento do Estado, propiciando-lhe uma atuação eficiente e livre de vícios, inserindo-se a iniciativa no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que prevê a absorção pelas referidas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, dos serviços públicos sociais não-exclusivos, com eliminação das causas da deficiência de sua prestação por parte da máquina administrativa, como o notório mau uso do dinheiro público, as falhas de gestão, o agigantamento das atividades-meio em detrimento das atividades-fim, o empreguismo desnecessário, a burocratização excessiva, além da acomodação de servidores estáveis, em prejuízo da iniciativa e eficiência na produção de bens; no que concerne à assistência à saúde e à educação, trata-se de atividades que a Constituição, nos artigos 197/9 e 213, permite sejam prestadas por particulares, inexistindo no Texto Constitucional qualquer norma impeditiva de que o mesmo ocorra com a defesa do meio ambiente, a preservação cultural e o acesso à ciência, campos nos quais as chamadas organizações não

governamentais, como é notório, têm demonstrado uma participação por vezes mais eficaz que o próprio Estado.

Assim, o legislador não estaria a violar a Carta da República tão-somente porque atua criativamente, gerando alternativas de gestão pública (como fez o Governo Federal, ao instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, e o Governo do Distrito Federal, ao adotar o programa de saúde que atende aos cidadãos em sua própria residência, mediante a contratação de médicos por entidade privada, sob o regime celetista), incentivando o controle social da administração pública, a gestão direta, pela comunidade, dos serviços sociais, a flexibilização da gestão dos controles e processos e o aumento da qualidade dos serviços destinados ao usuário.

Ao revés — continuam as informações —, as ditas normas se harmonizam perfeitamente com a Constituição, devendo-se o ajuizamento da ação à circunstância de não terem sido suficientemente compreendidas.

De examinarem-se os argumentos expendidos na inicial e nas informações.

De ver-se, primeiramente, que os artigos 196 e 197 da CF se limitam a impor ao Estado o dever de garantir o direito de todos à saúde, mediante a implantação de "políticas sociais e econômicas

que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Não impõem ao Estado o dever de prestar assistência à saúde por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impedem que o faça desse modo; tampouco, eliminam a possibilidade de cumprir ele esse dever, por meio de iniciativas como a consagrada na lei sob exame, seja por via de organizações sociais criadas e mantidas pelo Poder Público para tal fim, ou, ainda, mediante a colaboração da iniciativa privada, prestada sob sua regulamentação, fiscalização e controle, como previsto no art. 199, **caput** e § 1º.

Por isso, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade, quanto à saúde, no art. 1º da lei sob apreciação.

No que concerne à educação, é de considerar-se que se trata de serviço cuja prestação tem o Estado o dever de assegurar, de maneira obrigatória e gratuita, quanto ao ensino fundamental (art. 208, I), havendo, por igual, de ser gratuito, em qualquer hipótese, sempre que prestado por estabelecimento oficial (arts. 206, IV).

Dessa forma, se se considerar que as organizações sociais não integram a Administração Pública, ter-se-á de admitir que, por meio da instituição de entidades da espécie estaria escancarada a

possibilidade de privatização de toda a atividade das instituições de ensino da União, dos Estados e dos Municípios e, conseqüentemente, sob risco de extinção, o direito, constitucional, ao ensino gratuito.

Acontece, entretanto, como já exposto, que tais entes, por serem verdadeiras criaturas do Estado, posto surgirem, na qualidade de organizações sociais, com o ato de seu reconhecimento, como tais, por este, que os mantém e controla, não passam de entes públicos, conquanto regidos pelo direito privado, razão pela qual, além de sujeitarem-se ao dever de assegurar ensino fundamental obrigatório e gratuito, os seus estabelecimentos de ensino deverão de ser considerados oficiais, para fim da gratuidade prevista no art. 206, IV, bem como para beneficiarem-se de recursos públicos, nas forma do art. 213, ambos das Carta.

Desse modo, nesse ponto, também não há vislumbrar incompatibilidade do artigo 1º da Lei sob apreciação, com as normas constitucionais invocadas, que não vedam atividades de ensino desenvolvidas pelo Estado, por meio de pessoas jurídicas de direito privado.

Os artigos 215 e 216 da CF/88, de sua vez, limitam-se a impor ao Estado o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional; de

apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais; de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, constituído dos bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nossa sociedade; de estabelecer incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais; e de punir os danos e ameaças ao patrimônio cultural.

Em nenhum lance estabelecem os mencionados dispositivos o dever de o Estado realizar essas atividades por meio de órgãos da Administração Direta, o que significa que poderá fazê-lo por meio de entidades para isso por ele constituídas, como são as organizações sociais.

Afastada, também, por esse motivo, a alegação de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.637/98, em face dos referidos dispositivos da Carta de 1988.

O mesmo cabe dizer quanto à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico, conforme se depreende da norma do art. 218 da Constituição; e, ainda, quanto ao dever, que incumbe ao Poder Público, de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais; de prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genérico do País; de fiscalizar as entidades dedicadas à

294

pesquisa e manipulação de material genérico; de definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; de exigir estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente; enfim, de realizar todos os atos de proteção previstos no art. 225 da Carta da República.

A Constituição Federal, aliás, no art. 23, incumbe à competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, portanto, ao Estado, por suas diversas manifestações, cuidar da saúde, proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, proteger o meio ambiente, as florestas, a fauna e a flora, não permitindo inferir-se do mencionado texto que o Estado não pode desempenhar-se desses encargos senão por meio dos agentes de sua Administração Direta, conquanto não seja menos certo que não poderá confiar a execução de tais tarefas, por inteiro, à iniciativa privada.

Pelas razões expostas, de ter-se por irrelevante a alegação de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.637/98.

d) O art. 1º, bem como os 2º, 3º e 4º, ofendem, ainda, os arts. 5º, incisos XVII e XVIII; 22, XXVII; 23, I a IV; 37, **caput** e incisos II e XXI; 40, I e II e § 4º; 49, X; 70, 71, II e III; 74;

129 § 1º, 169, § 1º e 175, todos da Carta da República, por sugerirem uma parceria inexistente com a iniciativa privada, posto ocorrer, no caso, um processo induzido de substituição de entes públicos por entes privados, criados por encomenda para assumir funções próprias do Estado, com flagrante interferência estatal em seu funcionamento e com completa ausência de requisitos que possam impor a observância do princípio da impessoalidade no processo de qualificação dos membros dos respectivos conselhos de administração, ao qual se atribui uma série de competências substitutivas das que eram exercidas pelo Poder Público; inferindo-se de tudo a compreensão de que o objetivo principal do Programa Nacional de Publicização e das organizações sociais é o de fraudar o regime jurídico ao qual se submete o Estado, configurando "manobra para desatar o exercício de poderes públicos das amarras do Direito Público".

Conforme já exposto, as organizações sociais configuram entidades criadas, mantidas e controladas pelo Estado, porque destinadas ao desempenho de atividades de interesse público, descritas no art. 23 da CF, que estão sendo ou deveriam vir a ser desenvolvidas por órgãos estatais.

Daí, não se poder considerar indébita a interferência do Estado em seu funcionamento, não havendo razão, pois, para se falar

em ofensa ao art. 5º, incisos XVII e XVIII, e ao art. 23, I a IV, da Constituição.

As novéis entidades terão seus objetivos traçados em contrato de gestão, elaborado com observância dos princípios previstos no art. 37, **caput**, e, sendo organizadas como entidades de direito privado, não estarão sujeitas à norma do inciso II do referido artigo, que só exige concurso para investidura em cargo ou emprego público.

Os servidores das organizações sociais serão regidos pela CLT e filiados à Previdência Social, não se lhes aplicando as normas do art. 40, incisos I e II e § 4º, da Constituição.

A lei em tela, conquanto estabeleça sistema de controle interno das contas das organizações sociais, não exclui (nem poderia fazê-lo) o controle externo, a ser exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, por cuidar-se de entidades destinadas a receber subvenção pública. Sem sentido, pois, a alegação de ofensa aos arts. 49, X, 70, 71, II e II, e 74 da CF.

Em razão de tratar-se de pessoas jurídicas de direito privado, não estão as organizações sociais sujeitas à rigidez orçamentária prevista no art. 169, § 1º, da CF.



No que tange ao princípio da licitação, é de ver-se que, no concernente à cessão de uso de bens públicos pelas organizações sociais, a dispensa de licitação se impõe como medida indispensável, posto não ser concebível o estabelecimento de concurso entre a entidade concebida e criada pelo Estado e entidades outras não qualificadas para o objetivo colimado. Já no que toca a compras e à contratação de obras e serviços, prevê a Lei, no art. 4º, VIII, a fixação de regras, no regulamento, para sua disciplina, sendo oportuno assinalar que o legislador ordinário foi autorizado a assim proceder, no art. 37, XXI, da Constituição.

e) Os arts. 4º, inc. VIII; 5º, 11, 12, § 3º; e 17 da Lei nº 9.637/98, e o art. 1º da Lei nº 9.648/98, ao alterar o art. 24, inc. XXIV, da Lei nº 8.666/93, ofenderam os arts. 22, XXVII; 37, XXI; e 175 da CF/88, **por dispensarem de licitação a celebração do contrato de gestão e a utilização, pelas organizações sociais, de bens públicos**; e, ainda, ao autorizarem tais entidades a editar normas próprias estabelecendo **procedimentos de licitação**, para compras e serviços.

Manifestando-se sobre a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços, informaram a Presidência do Senado e a Presidência da República que, entre as finalidades das "OS", está a de dinamizar a atuação dos entes prestadores de serviços públicos,

mediante sua absorção pelas referidas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, obtendo-se, com isso, qualidades atinentes às empresas privadas, tais como um modelo de compras e contratação mais flexível e adaptável às peculiaridades de cada organização. Desse modo, a edição de norma própria, voltada a procedimentos de compra específicos para o atendimento das peculiaridades das "OS" não malfere a competência privativa da União para a edição de normas gerais de licitação, que se dirigem à administração pública e não a organizações não-governamentais e de caráter privado.

Trata-se de argumentos que, como visto, corroboram o entendimento acima manifestado acerca da matéria.

Quanto à pretendida licitação para fim de cessão de uso dos bens públicos pelas organizações sociais, é de ter-se por descabida a exigência, na medida em que se considera que se trata de entidades criadas pelo Poder Público justamente para absorção de atividade de órgão público, não havendo qualquer justificativa para que, nessas condições, se instaure concurso entre elas e entidades outras, não qualificadas para o mister.

Ademais, a Constituição, no art. 37, XXI, reserva ao legislador ordinário a especificação de hipóteses de dispensa de licitação na **aquisição** e **alienação** de bens e serviços pela

administração, circunstância que autoriza a ilação de que se está diante de casos da espécie.

Improcedentes, portanto, não apenas os dispositivos legais indicados acima, mas também o inciso XXIV do art. 24 da Lei n° 8.666/93, também apodado de inconstitucional, que dispensa de licitação cessões da espécie, aliás, na forma prevista no inciso XXI do art. 37 da CF.

f) Os arts. 4°, incisos V, VII e VIII; e 7°, inc. II, contrariam os arts. 37, **caput**, II e X, e, ainda, o art. 169 da mesma Carta, ao autorizarem o Conselho de Administração das novéis entidades a **fixar a remuneração dos membros da diretoria e a dispor sobre o plano de cargos e salários e benefícios de seus empregados.**

Os dispositivos indicados cuidam da remuneração de pessoal das "OS", já havendo sido anteriormente afastada a sua alegada ofensa aos textos constitucionais enumerados, os quais, como já dito, não se lhes aplicam, posto tratar-se de entidades que, conquanto qualificadas pelo Estado, se regem pelo direito privado.

g) O inciso X do art. 4° malferire os arts. 70, 71 e 74 da Constituição, ao atribuir ao conselho de administração da entidade função própria do Tribunal de Contas da União, qual seja, o **controle de suas contas**, tendo em vista a gestão de recursos públicos por ela realizada.

Rebatendo a alegação, esclareceram as informações do Congresso Nacional que a lei estabelece o dever de prestação de contas da verba pública recebida e a submissão da OS a controle interno e externo.

No primeiro caso, tendo em vista: a) a obrigatoriedade de publicação anual dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão (alínea f, inciso I, art. 2º); b) a fiscalização, pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, à qual a entidade qualificada apresentará, ao término de cada exercício, 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 (art. 8º); c) a análise que, periodicamente, há de ser feita por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação (art. 8º, §§ 2º e 3º); d) quando 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 seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 10); e) a fiscalização que compete ao Conselho de Administração, ao qual incumbe, a final, aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais das entidades, com o auxílio de auditoria externa (art. 4º, X).

E, no segundo (controle externo), tendo em vista a imposição, pela Constituição, do dever de prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, por tratar-se de entidade que recebe verba do erário, imposição essa que, obviamente, não se pode ter por afastada por não haver sido mencionada na lei sob apreciação.

Nesse sentido, o entendimento que, acima, restou registrado sobre o assunto, não sobrando espaço para alegação de inconstitucionalidade dos dispositivos indicados.

h) O art. 10 faz tábula rasa do art. 129 da Constituição, por desconhecer as atribuições por ele conferidas ao **Ministério Público** para zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados pela Constituição, notadamente os direitos fundamentais à saúde, educação e assistência social.

De assinalar, entretanto, como lembrado nas informações da Presidência da República, que, relativamente às funções do

Ministério Público, a lei não procurou afastá-la, posto que, sem excluir, por impossível, a atuação do órgão, prevista na Constituição, limitou-se a dirigir-se aos responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, apontando a medida a ser tomada diante de irregularidades ou ilegalidades na utilização dos bens de origem pública.

i) O artigo 14, §§ 1º, 2º e 3º, e o art. 22, malferem o art. 40, **caput**, incisos I, II e III, da Constituição, ao preverem a **cessão de servidores públicos às organizações sociais**, com ônus para o órgão de origem, os quais estarão subordinados a administradores de entes privados, podendo receber vantagens remuneratórias que não serão incorporadas à aposentadoria nem consideradas para fim de paridade do reajuste de vencimentos entre ativos e inativos e pensionistas.

Observam, quanto a esse ponto, as informações do Congresso Nacional, de que se trata, no caso, de entes privados, sujeitos, nesse ponto, a disciplina própria, não obstante destinadas ao atendimento do interesse público.

E que, ademais, constitui cláusula obrigatória do contrato de gestão a que estabelece limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem pagas aos dirigentes e empregados das organizações sociais e aos servidores

303

que lhes forem cedidos, cessão essa que não prejudicará os direitos previdenciários ou direitos estatutários desses servidores.

Na verdade, como anteriormente já restou assentado, não se pode arguir de inconstitucional a cessão de servidores a entes que se dedicam ao desempenho de serviço de interesse público, muito menos quando criados para o fim precípua de absorção de atividade até então cumprida por órgão da administração direta.

Concluindo, pelas razões expostas, meu voto indefere a cautelar.



* * * * *

dfm

ADI 1.923 / DF

direta com o art. 213, que assegura distribuição exclusiva dos recursos públicos às escolas públicas, ressalvadas as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, espécies que não abrangem as organizações sociais.

c) Ofendidos, por igual, pelo referido dispositivo, resultaram os artigos 23, 215, 216 § 1º, 218 e 225 da CF, por haver incluído no programa a prestação de serviços nas áreas da cultura, do meio ambiente, do desenvolvimento científico, da pesquisa e da capacitação tecnológica, bem como na preservação e restauração de processos ecológicos essenciais e na promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas, com preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do país, e proteção da fauna e da flora, competência que os referidos dispositivos legais atribuem ao Estado ou a instituições necessariamente públicas, sendo inadmissível a sua prestação por via exclusiva de entidades privadas.

De acordo com as informações da Presidência do Congresso Nacional, as organizações sociais constituem uma das ações mais inovadoras e de maior relevância, no sentido de aprimorar o funcionamento do Estado, propiciando-lhe uma atuação eficiente e livre de vícios, inserindo-se a iniciativa no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que prevê a absorção pelas referidas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, dos serviços públicos sociais não-exclusivos, com eliminação das causas da deficiência de sua prestação por parte da máquina administrativa, como o notório mau uso do dinheiro público, as falhas de gestão, o agigantamento das atividades-meio em detrimento das atividades-fim,

• empreguismo desnecessário, a burocratização excessiva, além da acomodação de servidores estáveis, em prejuízo da iniciativa e eficiência na produção de bens; no que concerne à assistência à saúde e à educação, trata-se de atividades que a Constituição, nos artigos 197/9 e 213, permite sejam prestadas por particulares, inexistindo no Texto Constitucional qualquer norma impeditiva de que o mesmo ocorra com a defesa do meio ambiente, a preservação cultural e o acesso à ciência, campos nos quais as chamadas organizações não governamentais, como é notório, têm demonstrado uma participação por vezes mais eficaz que o próprio Estado.

Assim, o legislador não estaria a violar a Carta da República tão-somente porque atua criativamente, gerando alternativas de gestão pública (como fez o Governo Federal, ao instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, e o Governo do Distrito Federal, ao adotar o programa de saúde que atende aos cidadãos em sua própria residência, mediante a contratação de médicos por entidade privada, sob o regime celetista), incentivando o controle social da administração pública, a gestão direta, pela

ADI 1.923 / DF

comunidade, dos serviços sociais, a flexibilização da gestão dos controles e processos e o aumento da qualidade dos serviços destinados ao usuário.

Ao revés - continuam as informações -, as ditas normas se harmonizam perfeitamente com a Constituição, devendo-se o ajuizamento da ação à circunstância de não terem sido suficientemente compreendidas.

De examinarem-se os argumentos expendidos na inicial e nas informações.

De ver-se, primeiramente, que os artigos 196 e 197 da CF se limitam a impor ao Estado o dever de garantir o direito de todos à saúde, mediante a implantação de "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Não impõem ao Estado o dever de prestar assistência à saúde por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impedem que o faça desse modo; tampouco, eliminam a possibilidade de cumprir ele esse dever, por meio de iniciativas como a consagrada na lei sob exame, seja por via de organizações sociais criadas e mantidas pelo Poder Público para tal fim, ou, ainda, mediante a colaboração da iniciativa privada, prestada sob sua regulamentação, fiscalização e controle, como previsto no art. 199, caput e § 1º.

Por isso, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade, quanto à saúde, no art. 1º da lei sob apreciação.

No que concerne à educação, é de considerar-se que se trata de serviço cuja prestação tem o Estado o dever de assegurar, de maneira obrigatória e gratuita, quanto ao ensino fundamental (art. 208, I), havendo, por igual, de ser gratuito, em qualquer hipótese, sempre que prestado por estabelecimento oficial (arts. 206, IV).

Dessa forma, se considerar que as organizações sociais não integram a Administração Pública, ter-se-á de admitir que, por meio da instipossibilidade de privatização de toda a atividade das instituições de ensino da União, dos Estados e dos Municípios e, conseqüentemente, sob risco de extinção, o direito, constitucional, ao ensino gratuito.

Acontece, entretanto, como já exposto, que tais entes, por serem verdadeiras criaturas do Estado, posto surgirem, na qualidade de organizações sociais, com o ato de seu reconhecimento, como tais, por este, que os mantém e

ADI 1.923 / DF

controla, não passam de entes públicos, conquanto regidos pelo direito privado, razão pela qual, além de sujeitarem-se ao dever de assegurar ensino fundamental obrigatório e gratuito, os seus estabelecimentos de ensino deverão ser considerados oficiais, para fim da gratuidade prevista no art. 206, IV, bem como para beneficiarem-se de recursos públicos, nas forma do art. 213, ambos das Carta.

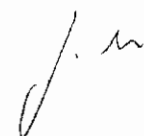
Desse modo, nesse ponto, também não há vislumbrar incompatibilidade do artigo 1º da Lei sob apreciação, com as normas constitucionais invocadas, que não vedam atividades de ensino desenvolvidas pelo Estado, por meio de pessoas jurídicas de direito privado.

Os artigos 215 e 216 da CF/88, de sua vez, limitam-se a impor ao Estado o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional; de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais; de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, constituído dos bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nossa sociedade; de estabelecer incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais; e de punir os danos e ameaças ao patrimônio cultural.

Em nenhum lance estabelecem os mencionados dispositivos o dever de o Estado realizar essas atividades por meio de órgãos da Administração Direta, o que significa que poderá fazê-lo por meio de entidades para isso por ele constituídas, como são as organizações sociais.

Afastada, também, por esse motivo, a alegação de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.637/98, em face dos referidos dispositivos da Carta de 1988.

O mesmo cabe dizer quanto à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico, conforme se depreende da norma do art. 218 da Constituição; e, ainda, quanto ao dever, que incumbe ao Poder Público, de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais; de prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genérico do País; de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genérico; de definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; de exigir estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente; enfim, de realizar todos os atos de proteção previstos no art. 225 da Carta da República.



ADI 1.923 / DF

A Constituição Federal, aliás, no art. 23, incumbe à competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e, dos Municípios, portanto, ao Estado, por suas diversas manifestações, cuidar da saúde, proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, proteger o meio ambiente, as florestas, a fauna e a flora, não permitindo inferir-se do mencionado texto que o Estado não pode desempenhar-se desses encargos senão por meio dos agentes de sua Administração Direta, conquanto não seja menos certo que não poderá confiar a execução de tais tarefas, por inteiro, à iniciativa privada.

Pelas razões expostas, de ter-se por irrelevante a alegação de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.637/98.

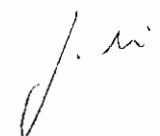
d) O art. 1º, bem como os 2º, 3º e 4º, ofendem, ainda, os arts. 5º, incisos XVII e XVIII; 22, XXVII; 23, I a IV; 37, caput e incisos II e XXI; 40, I e II e § 4º; 49, X; 70, 71, II e III; 74; 129 § 1º, 169, § e 175, todos da Carta da República, por sugerirem uma parceria inexistente com a iniciativa privada, posto ocorrer, no caso, um processo induzido de substituição de entes públicos por entes privados, criados por encomenda para assumir funções próprias do Estado, com flagrante interferência estatal em seu funcionamento e com completa ausência de requisitos que possam impor a observância do princípio da impessoalidade no processo de qualificação dos membros dos respectivos conselhos de administração, ao qual se atribui uma série de competências substitutivas das que eram exercidas pelo Poder Público; inferindo-se de tudo a compreensão de que o objetivo principal do Programa Nacional de Publicização e das organizações sociais é o de fraudar o regime jurídico ao qual se submete o Estado, configurando "manobra para desatar o exercício de poderes públicos das amarras do Direito Público".

Conforme já exposto, as organizações sociais configuram entidades criadas, mantidas e controladas pelo Estado, porque destinadas ao desempenho de atividades de interesse público, descritas no art. 23 da CF, que estão sendo ou deveriam vir a ser desenvolvidas por órgãos estatais.

Daí, não se poder considerar indébita a interferência do Estado em seu funcionamento, não havendo razão, pois, para se falar em ofensa ao art. 5º, incisos XVII e XVIII, e ao art. 23, I a IV, da Constituição.

As novéis entidades terão seus objetivos traçados em contrato de gestão, elaborado com observância dos princípios previstos no art. 37, caput, e, sendo organizadas como entidades de direito privado, não estarão sujeitas à norma do inciso II do referido artigo, que só exige concurso para investidura em cargo ou emprego público.

Os servidores das organizações sociais serão



ADI 1.923 / DF

regidos pela CLT e filiados à Previdência Social, não se lhes aplicando as normas do art. 40, incisos I e II e § 4º, da Constituição.

A lei em tela, conquanto estabeleça sistema de controle interno das contas das organizações sociais, não exclui (nem poderia fazê-lo) o controle externo, a ser exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, por cuidar-se de entidades destinadas a receber subvenção pública. Sem sentido, pois, a alegação de ofensa aos arts. 49, X, 70, 71, II e II, e 74 d CF.

Em razão de tratar-se de pessoas jurídicas de direito privado, não estão as organizações sociais sujeitas a rigidez

orçamentária prevista no art. 169, § 1º, da CF.

No que tange ao princípio da licitação, é de ver-se que, no concernente à cessão de uso de bens públicos pelas organizações sociais, a dispensa de licitação se impõe como medida indispensável, posto não ser concebível o estabelecimento de concurso entre a entidade concebida e criada pelo Estado e entidades outras não qualificadas para o objetivo colimado. Já no que toca a compras e à contratação de obras e serviços, prevê a Lei, no art. 4º, VIII, a fixação de regras, no regulamento, para sua disciplina, sendo oportuno assinalar que o legislador ordinário foi autorizado a assim proceder, no art. 37, XXI, da Constituição.

*e) Os arts. 4º, inc. VIII; 5º, 11, 12, § 3º; e 17 da Lei nº 9.637/98, e o art. 1º da Lei nº 9.648/98, ao alterar o art. 24 inc. XXIV, da Lei nº 8.666/93, ofenderam os arts. 22, XXVII; 37, XXI; e 175 da CF/88, por dispensarem de licitação a celebração do **!li contrato de gestão e a utilização, pelas organizações sociais, de bens públicos; e, ainda, ao autorizarem tais entidades a editar normas próprias estabelecendo procedimentos de licitação, para compra e serviços.***

Manifestando-se sobre a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços, informaram a Presidência do Senado e a Presidência da República que, entre as finalidades das "OS", está a de dinamizar a atuação dos entes prestadores de serviços públicos, mediante sua absorção pelas referidas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, obtendo-se, com isso, qualidades atinentes às empresas privadas, tais como um modelo de compras e contratação mais flexível e adaptável às peculiaridades de cada organização. Desse modo, a edição de norma própria, voltada a procedimentos de compra específicos para o atendimento das peculiaridades das "OS" não malfere a competência privativa da União para a edição de normas gerais de licitação, que se

ADI 1.923 / DF

dirigem à administração pública e não a organizações não-governamentais e de caráter privado.

Trata-se de argumentos que, como visto, corroboram o entendimento acima manifestado acerca da matéria.

Quanto à pretendida licitação para fim de cessão de uso dos bens públicos pelas organizações sociais, é de ter-se por descabida a exigência, na medida em que se considera que se trata de entidades criadas pelo Poder Público justamente para absorção de atividade de órgão público, não havendo qualquer justificativa para que, nessas condições, se instaure concurso entre elas e entidades outras, não qualificadas para o mister.

Ademais, a Constituição, no art. 37, XXI, reserva ao legislador ordinário a especificação de hipóteses de dispensa de licitação na **aquisição e alienação** de bens e serviços pela administração, circunstância que autoriza a ilação de que se está diante de casos da espécie. Improcedentes, portanto, não apenas os dispositivos legais indicados acima, mas também o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, também apodado de inconstitucional, que dispensa de licitação cessões da espécie, aliás, na forma prevista no inciso XXI do art. 37 da CF.

f) Os arts. 4º, incisos V, VII e VIII; e 7º, inc., II, contrariam os arts. 37, caput, II e X, e, ainda, o art. 169 da mesma Carta, ao autorizarem o Conselho de Administração das noveis entidades a **fixar a remuneração dos membros da diretoria e a dispor sobre o plano de cargos e salários e benefícios de seus empregados.**

Os dispositivos indicados cuidam da remuneração de pessoal das "OS", já havendo sido anteriormente afastada a sua alegada ofensa aos textos constitucionais enumerados, os quais, como já dito, não se lhes aplicam, posto tratar-se de entidades que, conquanto qualificadas pelo Estado, se regem pelo direito privado.

g) O inciso X do art. 4º malfez os arts. 70, 71 e 74 da Constituição, ao atribuir ao conselho de administração da entidade função própria do Tribunal de Contas da União, qual seja, o **controle de suas contas**, tendo em vista a gestão de recursos públicos por ela realizada.

Rebatendo a alegação, esclareceram as informações do Congresso Nacional que a lei estabelece o dever de prestação de contas da verba pública recebida e a submissão da OS a controle interno e externo.

No primeiro caso, tendo em vista: a) a obrigatoriedade de publicação anual dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão (alínea f, inciso I, art. 2º); b) a fiscalização, pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade

ADI 1.923 / DF

fomentada, à qual a entidade qualificada apresentará, ao término de cada exercício, 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 (art. 8º); c) a análise que, periodicamente, há de ser feita por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação (art. §§ 2º e 3º); d) quando 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 seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 10); e) a fiscalização que compete ao Conselho de Administração, ao qual incumbe, a final, aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais das entidades, com o auxílio de auditoria externa (art. 4º, X)

E, no segundo (controle externo), tendo em vista a imposição, pela Constituição, do dever de prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, por tratar-se de entidade que recebe verba do erário, imposição essa que, obviamente, não se pode ter por afastada por não haver sido mencionada na lei sob apreciação.

Nesse sentido, o entendimento que, acima, restou registrado sobre o assunto, não sobrando espaço para alegação de inconstitucionalidade dos dispositivos indicados.

h) O art. 10 faz tábula rasa do art. 129 da Constituição, por desconhecer as atribuições por ele conferidas ao **Ministério Público** para zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados pela Constituição, notadamente os direitos fundamentais à saúde, educação e assistência social.

De assinalar, entretanto, como lembrado nas informações da Presidência da República, que, relativamente às funções do Ministério Público, a lei não procurou afastá-la, posto que, sem excluir, por impossível, a atuação do órgão, prevista na Constituição, limitou-se a dirigir-se aos responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, apontando a medida a ser tomada diante de irregularidades ou ilegalidades na utilização dos bens de origem pública.

i) O artigo 14, §§ 1º, 2º e 3º, e o art. 22, malferem o art. 40, **caput**, incisos I, II e III, da



ADI 1.923 / DF

Constituição, ao preverem a **cessão de servidores públicos às organizações sociais**, com ônus para o órgão de origem, os quais estarão subordinados a administradores de entes privados, podendo receber vantagens remuneratórias que não serão incorporadas à aposentadoria nem consideradas para fim de paridade do reajuste de vencimentos entre ativos e inativos e pensionistas.

Observam, quanto a esse ponto, as informações do Congresso Nacional, de que se trata, no caso, de entes privados, sujeitos, nesse ponto, a disciplina própria, não obstante destinadas ao atendimento do interesse público.

E que, ademais, constitui cláusula obrigatória do contrato de gestão a que estabelece limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem pagas aos dirigentes e empregados das organizações sociais e aos servidores cautelares.

.....”

PERTENCE acompanhou o relator com relação à saúde.

NÉRI também seguiu o mesmo entendimento.

MOREIRA acompanhou integralmente o relator.

Entendeu que não há restrição constitucional à lei nas diversas áreas que cita (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção do meio ambiente, cultura e saúde).

3. VOTO VISTA.

Pedi vista para melhor exame.

O objeto da presente ação (Lei nº 9.637/98 e inciso XXIV, do art. 24 da Lei nº 8.666/93) diz respeito às organizações sociais – OS, entidades de direito privado, sem



ADI 1.923 / DF

fins lucrativos, destinadas a atuar nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

O seu surgimento antecedeu à chamada Reforma Administrativa (EC 19, de 4 de junho de 1998).

Nesse contexto, a Lei nº 9.637/98 criou referidas entidades com o objetivo de servir de modelo de parceria entre o Estado e a sociedade na prestação de serviços de natureza social que não sejam exclusivos do Estado.

A idéia era modernizar a administração pública, criando instrumentos capazes de atender aos fins do Estado e aos interesses da sociedade.

Daí a razão da EC 19/98 ter incluído o § 8º, no art. 37, da CF.

A partir daí possibilitou-se a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, a ser realizada mediante contrato, a ser firmado entres seus administradores e o poder público.

O voto de ILMAR afastou, de forma competente, todas as alegações de inconstitucionalidade das normas atacadas.

Dele não divirjo.



ADI 1.923 / DF

Faço apenas duas breves colocações.

Quanto à fiscalização dos contratos de gestão, esses devem conter⁽¹⁾:

- (a) forma como a autonomia será exercida;
- (b) metas a serem cumpridas pelo órgão ou entidade no prazo estabelecido no contrato;
- (c) controle de resultado.

Uma vez celebrados tais contratos, haverá necessário aumento no controle do Estado sobre a organização contratada.

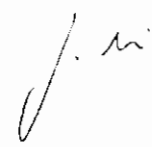
E isso inclui o inafastável controle externo imposto pela própria Constituição.

A fiscalização caberá ao próprio órgão ou entidade pública responsável pelo contrato.

Caso verificado qualquer tipo de irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, o responsável dará ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária (Art. 9º da Lei).

No tocante à restrição feita por PERTENCE (quanto à saúde), entendo, conforme MOREIRA, não haver imposição de monopólio em nenhuma das atividades citadas pela lei.

¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. Atlas Jurídica, 5ª Ed., São Paulo, p. 263, 2005.



ADI 1.923 / DF

Afastadas, portanto, quaisquer alegações de inconstitucionalidade.

Em razão do exposto, acompanho o relator.

Indefiro a liminar.

J. M.

05/08/1999

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(S/art. 1º da Lei 9.637, de 15/05/98, quanto à saúde)

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator com relação à prestação dos serviços de saúde.

O art. 197 da Constituição, apontado como padrão da argüida inconstitucionalidade, ao contrário, dispõe:

"Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

Conseqüentemente, não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais.


Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE Relator

35
02/19/00

05/08/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(Art.1º, da Lei 9.637/99)

O SR. MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Senhor Presidente.
Coloco-me nos limites definidos pelo voto do Sr. Ministro Sepúlveda
Pertence. Quer dizer, considero essas entidades no âmbito da saúde
como entidades de cooperação com o Poder Público. Enquanto
qualificadas como organizações sociais, elas poderão celebrar
contratos de gestão e serviços relativos à saúde com o Poder
Público.

J. Néri

05/08/1999

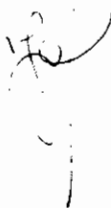
TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(ART. 1º da Lei nº 9.637, de 15/05/98, quanto à saúde)

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Presidente, eu não preciso votar quanto ao restante desse art 1º. Já estou de acordo em que é constitucional.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.923-5 - medida liminar
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
REQTE. : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADVDS. : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS
REQTE. : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADVDS. : RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E OUTROS
REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Após o Relatório, o julgamento foi **adiado** por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 24.6.99.

Decisão : Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), **indeferindo** o pedido de medida liminar, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 05.8.99.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Luiz Tomimatsu
Coordenador

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ILMAR GALVÃO**
REQUERENTE : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADVOGADOS : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS
REQUERENTE : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADVOGADOS : RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E
OUTROS
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

V O T O

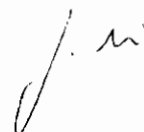
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM:

1. A AÇÃO.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT e pelo PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT em face da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e o inciso XXIV do art. 24, da Lei nº 8.666/93.

A primeira norma dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações, a criação do Programa Nacional de Publização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

O segundo dispositivo diz respeito à dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais.



ADI 1.923 / DF

OS AUTORES sustentam que os dispositivos atacados afrontam:

(I) Art. 5º, XVII e XVIII; (II) Art. 22, XXVII; (III) Art. 23, I, II, III, IV, VI, VII; (IV) Art. 37, II, XXI; (V) Art. 40, I, III, 'a' a 'd' e § 4º; (VI) Art. 49, X; (VII) Art. 70; (VIII) Art. 71, II, III; (IX) Art. 74, I, II, III, IV, § 1º e 2º; (X) Art. 129, I, II, III; (XI) Art. 169, § 1º, I, II; (XII) Art. 175, caput; (XIII) Art. 194, caput e § único; (XIV) Art. 196; (XV) Art. 197; (XVI) Art. 199, § 1º; (XVII) Art. 205; (XVIII) Art. 206, III, IV, VI; (XIX) Art. 208, I a VII, § 1º e 2º; (XX) Art. 211, § 1º; (XXI) Art. 213, I, II; (XXII) Art. 215, caput; (XXIII) Art. 216, I a V, e § 1º; (XXIV) Art. 218, § 1º, 2º, 3º, 5º; (XXV) Art. 225, § 1º, I, II, V e VII; e (XXVI) Art. 209.

2. VOTO DO RELATOR.

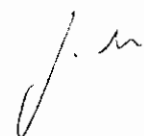
ILMAR indeferiu a liminar.

Afastou todas as alegações de inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Leio no voto de ILMAR o que interessa:

“.....
Os dispositivos legais transcritos instituíram, entre nós, sob a denominação de organizações sociais, um novo tipo de entidade de direito privado, destinada a atuar nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

Sua qualificação como tal é feita pelo Governo, por meio de ato do Poder Executivo, mediante a comprovação de observância de requisitos minuciosamente especificados nos artigos 2º, 3º e 4º da lei transcrita.



ADI 1.923 / DF

A ingerência governamental é justificada pela circunstância de tratar-se de entidades vocacionadas à absorção de atividades de interesse público até aqui exercidas pelo Estado, seja por meio de seus órgãos, seja por via de entes da Administração Pública Indireta.

Dai a exigência, para sua qualificação jurídica, entre outras, de um conselho de administração com até quarenta por cento dos membros escolhidos pelo Poder Público, com poderes para: aprovação da proposta do orçamento das entidade e de seu programa de investimentos; designação e dispensa dos membros da diretoria; aprovação dos procedimentos a serem adotados para contratação de obras, serviços, compras e alienações, além do plano de cargos e salários e benefícios dos empregados da entidade; aprovação dos relatórios gerenciais e de atividade elaborados pela diretoria; fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas e aprovação dos demonstrativos financeiros e contábeis e das contas anuais da entidade (art. 4º e incisos).

A formação da parceria com o Poder Público dá-se por via de um contrato denominado "de gestão" celebrado entre as partes, com observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da economicidade, no qual serão especificados o programa de trabalho, as metas a serem atingidas e os critérios objetivos de avaliação e desempenho a serem utilizados; a estipulação dos limites de despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados, além de outras cláusulas que vierem a ser definidas pelos Ministérios da área de atuação da entidade (arts. 5º a 7º).

Ademais, prevê a lei (arts. 8º a 10) que a execução do contrato de gestão será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação da atividade fomentada, que, ao término de cada exercício, apresentará relatório pertinente à execução do contrato, o qual será analisado por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação; cumprindo-lhe, ainda, dar ciência de qualquer irregularidade verificada na utilização de recursos públicos ao Tribunal de Contas da União e, se for o caso, ao Ministério Público.

O descumprimento do contrato de gestão poderá acarretar a desqualificação da entidade como organização social (art. 16).

Serão declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, podendo ser-lhes destinados recursos orçamentários e os bens públicos

ADI 1.923 / DF

necessários ao cumprimento do contrato de gestão, os quais, com autorização do Poder Público, poderão ser permutados por outros de igual valor, que passarão a integrar o patrimônio da União (arts. 11 e 12).

Finalmente, às organizações sociais poderão ser cedidos servidores públicos, com ônus para o Poder Público (art. 14).

O art. 2º da Lei nº 9.637/98 estabelece os requisitos a serem atendidos pela entidade, para fim de qualificação como organização social. Entre eles, está a comprovação do seu registro como pessoa jurídica. O art. 3º, 1, c, de sua vez, fala em associados. Tais dados poderiam induzir à convicção de que se está diante de uma associação de pessoas (**universitas personarum**).

Tendo-se presente a distinção entre **corporação** e **instituição** (Enterría e Fernandez, "Curso de Direito Administrativo", Ed. Rev. dos Tribunais, p. 320), considerada a primeira como uma entidade constituída de um conjunto de pessoas, na qualidade de associados, seus organizadores, titulares dos interesses por ela objetivados, cuja vontade, em última análise, integrará a vontade própria do ente por meio de um processo representativo; e, a segunda, como criação de um fundador ou "instituidor", que é quem propõe um fim a ser cumprido pelo ente criado, dispendo sobre os meios materiais e pessoais sujeitos à consecução desse fim e decidindo, com sua vontade, a constituição dos órgãos próprios do ente e, portanto, por derivação, aquele que constitui a própria vontade do ente; tem-se que se está, no caso, diante da segunda espécie, dos entes institucionais, a cujo respeito a doutrina costuma falar, no ensinamento dos festejados publicistas, quando instituídos pelo Estado, em "organismos autônomos",

"administração institucional" ou "ente institucional" e que, entre nós constituem entes da Administração indireta.

Ainda na lição dos autores citados (**ibidem**), tais entes não se descaracterizam, como tal, pela inserção, em sua estrutura orgânica, de representações de pessoas interessadas que, mesmo sem adquirir a condição material de sócios ou membros, colaboram na gestão do ente mais como simples política de relações públicas do que como manifestação de entrega do serviço à sociedade. No caso sob exame, como já foi dito, essa inserção se dá não apenas na participação de "membros ou associados" na composição do Conselho de Administração, mas também em sua eventual iniciativa de organizar a entidade, levando a registro os seus atos constitutivos, providência prévia à sua qualificação como

J. M.

ADI 1.923 / DF

organização social.

Na verdade, por meio da "qualificação" que os habilita a cumprir o contrato de gestão, atua o Estado como verdadeiro criador da organização, que nenhum outro objetivo terá senão servir como agente descentralizador da Administração, com a qual mantém uma relação de dependência constante e efetiva, não limitado a cooperação para produção de determinados resultados, mas decisiva.

O contrato de gestão, causa determinante da instituição das organizações sociais, estabelece, como se viu, as atribuições e responsabilidades do novo ente, o Ministério a que será adstrito, as bases gerais de sua organização, as funções dos órgãos de direção e os bens e meios econômicos que lhes serão atribuídos.

Não passam, portanto, de simples instrumento técnico de que se utiliza o Estado para a gestão de seus próprios serviços; por ele criado, utilizado e, quando for o caso, extinto por via da desqualificação.

Na ordem financeira e patrimonial, exercem simples poderes de gestão e usufruto.

A sua extinção ou dissolução só pode ser decidida pelo Estado. Não é, portanto, o árbitro de sua própria vida, do mesmo modo que não pode subtrair-se nem abdicar do desempenho da função pública que lhe foi destinada e que executa como função própria do Estado, desenvolvida por meio de sua capacidade ordinária de direito privado. Não apenas seu nascimento, repita-se, mas também a sua vida e a sua morte se acham na dependência da vontade do Estado, ao qual, por óbvio, permanecem íntima e indissoluvelmente ligadas, como os demais entes da administração indireta, razão pela qual, nesse ponto, estão submetidas a princípios de direito público.

Não significa, como fazem presumir, a transferência à sociedade de poderes que o Estado havia assumido. A autonomia que desfrutam, como pessoa jurídica, não passa de uma técnica de gestão, que permite ao Estado prestar serviços de interesse público.

Que permite ao Estado prestar serviços de interesses público sem arcar com certas inconveniências, como as decorrentes do regime estatutário de seus servidores.

Representam, assim, mais do que simples entes de cooperação com o Poder Público, como são considerados os chamados organismos sociais autônomos (SESC, SESI, SENAC e SENAI), possuindo todas as características de entes da Administração Indireta.

Segundo as informações da Presidência da República, que, no ponto, se apóiam em lições de Paulo Eduardo Garrido Modesto, as entidades da espécie não configuram um novo tipo de pessoa jurídica privada, nem entes criados por lei e encartados na estrutura da administração pública, mas pessoas estruturadas sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos, não gozando de qualquer espécie de prerrogativa de direito público nem podendo ser consideradas uma forma de privatização de entes públicos, uma vez que sua criação não implica uma transação de natureza econômica, mas uma finalidade de natureza social, de interesse público, não podendo objetivar o lucro nem qualquer outro proveito de natureza empresarial, podendo ser descritas como entes privados que colaboram com a Administração, como já o eram as entidades declaradas de utilidade pública.

Seja esse ou aquele o papel de tais entes, o certo é que se revela fora de dúvida que não fere a Constituição, a um primeiro e breve exame, próprio da fase vestibular dessa espécie de ação, a lei ditada, não precipuamente para criar, mas para regular a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social, seja ela uma entidade da Administração Indireta do Estado ou, ao revés, simples entidade privada, de interesse social e utilidade pública.

*Com efeito, o que o inciso XIX do art. 37 da CF/88 declara ser vedada, sem lei específica, é a criação de autarquia ou a autorização para instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, ou, **a fortiori**, a criação ou instituição de qualquer ente da Administração Indireta, entre os quais os organismos sociais autônomos (SESI, SENAI e SESC), dos quais parecem aproximar-se as novéis organizações sociais.*

Aliás, a Lei n° 9.637/98, ora sob apreciação, constitui uma prova de que esse também é o entendimento do próprio legislador, posto que, conquanto editada com o objetivo de disciplinar essas entidades, já no § 3° de seu artigo 21, de forma específica, como exigido pela Constituição, autorizou, de pronto, o Poder Executivo a

"qualificar" duas organizações sociais, a "Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron ABTLuS" e a "Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ASCERP"

Uma coisa é definir as organizações sociais, precisando os requisitos a serem cumpridos para o seu surgimento no mundo jurídico e alcance de seus objetivos, como fez a lei sob apreciação; ou, mesmo, como também dela resultou, qualificar organizações da espécie. Coisa diversa e

J. M.

ADI 1.923 / DF

saber se poderão tais organizações absorver, indiscriminadamente, a atividade de instituições por meio das quais vem o Estado prestando serviços públicos não privativos do Poder Público, e se poderão fazer do modo proposto.

Inexiste relevância, portanto, na alegação de que se está diante de lei que se revela inconstitucional em todos os seus termos, como sustentado, em primeiro plano, na inicial, fazendo-se mister o exame de cada um dos dispositivos apontados como incompatíveis com a Carta da República, como subsidiariamente postulado na aludida peça.

Nos dizeres dos autores:

a) O art. 1º revela-se incompatível com os arts. 196, 197 e 199, § 1º, da Constituição, ao exonerar o Estado do dever que cabe, prioritariamente, de prestar **serviço de saúde**, transferindo-o para entidades de direito privado, que somente poderiam ser integradas ao sistema único de Saúde (Lei nº 8.080, art. 18) em caráter complementar, mediante contrato de direito público ou convênio.

b) Contraria ele, ainda, os arts. 205, 206, 208, II, 209 e 213, todos da Carta de 88, tendo em vista que afasta a preferência constitucional pela prestação da **educação** sob o regime público, demitindo, praticamente, o Estado do dever fundamental de oferecer tais serviços, ao ampliar o sentido do disposto no art. 205, em contradição direta com o art. 213, que assegura distribuição exclusiva dos recursos públicos às escolas públicas, ressalvadas as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, espécies que não abrangem as organizações sociais.

c) Ofendidos, por igual, pelo referido dispositivo, resultaram os artigos 23, 215, 216 § 1º, 218 e 225 da CF, por haver incluído no programa a prestação de **serviços nas áreas da cultura, do meio ambiente, do desenvolvimento científico, da pesquisa e da capacitação tecnológica, bem como na preservação e restauração de processos ecológicos essenciais e na promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas, com preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do país, e proteção da fauna e da flora**, competência que os referidos dispositivos legais atribuem ao

Estado ou a instituições necessariamente públicas, sendo caráter complementar, mediante contrato de direito público ou convênio.

b) Contraria ele, ainda, os arts. 205, 206, 208, II, 209 e 213, todos da Carta de 88, tendo em vista que afasta a preferência constitucional pela prestação da **educação** sob o regime público, demitindo, praticamente, o Estado do dever fundamental de oferecer tais serviços, ao ampliar o sentido do disposto no art. 205, em contradição

J. M.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

REQTE.: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADVDS.: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

REQTE.: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVDS.: RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E OUTROS

REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Após o Relatório, o julgamento foi **adiado** por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 24.6.99.

Decisão : Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), **indeferindo** o pedido de medida liminar, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 05.8.99.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que indeferia o pedido de liminar, acompanhando o Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Não participa da votação o Senhor Ministro Carlos Britto, por suceder ao Senhor Ministro Ilmar Galvão, Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 29.03.2006.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco

2

Supremo Tribunal Federal

327

Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

71 Luiz Tomimatsu
Secretário

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
REQUERENTE : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADVOGADOS : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS
REQUERENTE : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADVOGADOS : RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E
OUTROS
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: O Partido dos Trabalhadores - PT e o Partido Democrático Trabalhista - PDT propõem ação direta em que questionam a constitucionalidade da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre: [i] a qualificação de entidades como organizações sociais, [ii] a criação do Programa Nacional de Publicização, [iii] a extinção dos órgãos e entidades que ela, a lei, menciona e [iv] a absorção de suas atividades por organizações sociais. Questionam ainda a constitucionalidade do inciso XXIV¹ do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

2. Relator do feito à época, o Ministro ILMAR GALVÃO indeferiu o pedido liminar, afirmando que os textos normativos impugnados não transferem a entidades privadas a prestação de serviços públicos, mas apenas possibilitam que o Estado estabeleça parcerias com particulares visando a maior eficiência no desempenho das atividades relacionadas no artigo 1º da Lei n. 9.637/98. O

¹ XXIV - para 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.

1

Ministro MOREIRA ALVES acompanhou integralmente o relator. Os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e NÉRI DA SILVEIRA acompanharam-no no tocante aos serviços de saúde.

3. O Ministro NELSON JOBIM acompanhou o relator, observando que a Lei n. 9.637/98 criou as organizações sociais "com o objetivo de servir de modelo de parceria entre o Estado e a sociedade na prestação de serviços de natureza social que não sejam exclusivos do Estado", possibilitando "a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta". Pedi vista dos autos para melhor exame.

4. Os requerentes questionam a constitucionalidade de preceitos cuja vigência iniciou-se em 1998. Embora longo seja já o tempo de vigência dos preceitos impugnados, tamanha e de tal ordem a sua inconstitucionalidade, como veremos a seguir, que a concessão da liminar se justifica. Inconstitucionalidade reiteradamente perniciosa e nociva, que torna corrente o *periculum in mora*.

5. Sustentam que os textos normativos impugnados violam os seguintes preceitos da Constituição do Brasil: artigo 5º, XVII e XVIII; artigo 22, XXVII; artigo 23, I, II, III, IV, VI e VII; artigo 37, II e XXI; artigo 40, I, III, 'a' a 'd' e § 4º; artigo 49, X; artigo 70; artigo 71, II, III; artigo 74, I, II, III, IV, § 1º e 2º; artigo 129, I, II, III; artigo 169, § 1º, I, II; artigo 175, *caput*; artigo 194, *caput* e parágrafo único; artigo 196; artigo 197; artigo 199, § 1º; artigo 205; artigo 206, III, IV, VI; artigo 208, I a VII, § 1º e 2º; artigo 211, § 1º; artigo 213, I, II; artigo 215, *caput*; artigo 216, I a V, e 1º; artigo 218, §§ 1º, 2º, 3º e 5º; artigo 225, § 1º, I, II, V e VII, e artigo 209.

J

6. O artigo 1º da Lei n. 9.637/98 autoriza o Poder Executivo a "qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas finalidades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde", atendidos os requisitos nessa mesma lei previstos.

7. Educação e saúde consubstanciam serviço público, não obstante possam ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão ou permissão. As outras atividades --- atinentes à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à cultura --- não constituem privilégio estatal, ainda que o Estado possa empreendê-las. Deva, em verdade deva empreendê-las, eis que --- mercê do dever-poder que o vincula --- o Estado pode tudo quanto deve fazer; nada mais, nada além disso. Isso pretendo enfatizar: o Estado não pode mais do quanto deva fazer; por isso tenho afirmado que pode tudo quanto deva fazer.

8. Pois o que desejo afirmar é que, independentemente de qualquer dos preceitos introduzidos no nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 9.637/98, agentes econômicos privados estavam já autorizados a, em nome próprio, explorar atividades relacionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

9. Quanto ao ensino e à saúde, repito: consubstanciam serviços públicos. Tanto os serviços de educação, quanto os atinentes à saúde, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, isto é, serviço público que pode ser prestado pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. São,



porém, sem sombra de dúvida, serviço público. O artigo 199² e o artigo 209³ da Constituição do Brasil afirmam que a assistência à saúde e o ensino são livres à iniciativa privada, isso significando que o setor privado pode prestar esses serviços públicos independentemente da outorga de concessão ou permissão pelo Estado. Reporto-me, neste passo, aos votos que proferi nas ADI's 1.007 e 1.266. Daí porque, como observei, agentes econômicos do setor privado estavam já autorizados a, em nome próprio, explorar atividades relacionadas ao ensino e à saúde. Quanto às demais atividades --- relacionadas à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à cultura --- são dever do Estado, nos termos do disposto nos artigos 215, 218 e 225 da Constituição do Brasil. Mas o setor privado pode empreendê-las, de modo que a lei de que se cuida não inova, neste sentido, o ordenamento.

10. São outras as inovações por ela trazidas. Quem prestigiasse a busca da *intenção* ou *vontade do legislador* --- método de interpretação que a nova hermenêutica despreza⁴ --- diria que essa lei, na crista do chamado *neoliberalismo*, instrumenta a redução do tamanho do Estado, na redefinição do seu papel. O legislador teria sido inspirado por uma "vontade de reforma do Estado". Sucede, para azar dos que pretendem substituir o Estado pela sociedade civil [rectius, pelo mercado], que essa redução e essa redefinição são incompatíveis com a Constituição do Brasil, cujos artigos 1º, 3º e 170 permanecem íntegros, sem que nenhuma emenda nela introduzida os tenha afetado. E isso de tal sorte que a sua normatividade permanece

² Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

³ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais de educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

⁴ Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, págs. 120 e ss.

d

voltada à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos; à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social do trabalho, bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da justiça social.

11. Resta ver, destarte, quais as inovações efetivamente aportadas ao ordenamento de direito positivo infraconstitucional brasileiro pela Lei n. 9.637/98. Em síntese, ela [i] define requisitos para que pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, possam ser qualificadas como "organizações sociais" (arts. 1º a 4º); [ii] trata do que chama de "contrato de gestão", dispondo sobre a sua execução e fiscalização (arts. 5º a 10); [iii] dispõe sobre o "fomento às atividades sociais" (arts. 11 a 15); [iv] cuida da "desqualificação" das organizações sociais (art. 16); e [v] enuncia disposições finais e transitórias (arts. 17 a 25).

12. Os quatro primeiros artigos prestam-se a identificar as "organizações sociais", pessoas jurídicas de direito privado que celebrarão contratos de gestão com o "Poder Público". A definição de contrato de gestão como o "instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social" causa espanto. Pois a de número 9.637 é uma lei que sem sombra de dúvida muito inova a ciência do direito: seu artigo 5º define como contrato não o vínculo, mas seu instrumento... Seja como for, a celebração desse contrato de gestão com o Poder Público habilitará a organização social ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação.

13. Uma das inovações ao ordenamento jurídico aportada pela lei está em que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos móveis e imóveis com dispensa de licitação [art. 12 e parágrafos]. Para recebê-los, a organização social, como observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁵, "não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione)...".

14. Mas não é só. É facultada ainda ao Poder Executivo a "cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem" [arts. 13 a 15]. Uma coisa nunca vista. Direi neste passo apenas isso, além de me permitir a transcrição de pequeno trecho de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁶:

"Enquanto para travar 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 qualificativo de 'organização social'. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda a espécie.

⁵ Curso de Direito Administrativo, 19ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, págs. 221-2.

⁶ Ob. cit., pág. 222.



Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio)".

15. A circunstância de o art. 37, XXI, permitir seja excepcionada, nos casos previstos em lei, a exigência de licitação para a seleção dos que poderão celebrar contratos com a Administração, essa circunstância não libera o legislador para, discricionariamente, afastar o certame quando lhe aprouver. Permite-me tornar a dizer que não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. Tenho insistido em que a interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito --- a Constituição --- no seu todo⁷. Por isso, embora a Constituição autorize o legislador a excepcionar a exigência da licitação, ele o fará, se e quando o fizer, sob as vinculações que a totalidade normativa que a Constituição é impõe, especialmente a vinculação pela igualdade.

16. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais, até porque --- e isso é repetido quase que automaticamente, desde PLATÃO e ARISTÓTELES⁸ --- a igualdade consiste em dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Vale dizer: o direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir

⁷ Meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 3ª edição. Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, p. 127.

⁸ - PLATÃO, Leis, VI 757; ARISTÓTELES, Política, III 9 (1280a) e Ética a Nicômano, V 6 (1131a).



tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais entre si. A questão que fica --- crucial --- está em sabermos, na dicção ainda de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁹, "que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia".

17. Tudo se torna mais claro na medida em que considerarmos o quanto afirma KELSEN¹⁰:

"os homens (assim como as circunstâncias externas) apenas podem ser considerados como iguais, ou, por outras palavras, apenas há homens iguais (ou circunstâncias externas iguais), na medida em que as desigualdades que de facto entre eles existem não sejam tomadas em consideração. Se não há que tomar em conta quaisquer desigualdades sejam elas quais forem, todos são iguais e tudo é igual".

18. E prossegue, adiante¹¹, observando que o princípio "postula não apenas um tratamento igual mas também um tratamento desigual. Por isso, tem de haver uma norma correspondente a este princípio que expressamente defina certas qualidades em relação às quais as desigualdades hão-de ser tidas em conta, afim de que as desigualdades em relação às outras qualidades possam permanecer irrelevantes, a fim de que possam haver de todo em todo, portanto, indivíduos 'iguais'. 'Iguais' são aqueles indivíduos que, em relação às qualidades assim determinadas, não são desiguais. E o poderem, de todo em todo, existir indivíduos 'iguais', é a consequência do facto

⁹ - O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.978, págs. 15/16.

¹⁰ - Ob. cit., pág. 67.

¹¹ - Idem, págs. 70/71.



de que, se não todas, pelo menos certas desigualdades não são consideradas" (grifo no original).

19. Por isso mesmo a lei --- como qualquer outro texto normativo --- pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. Procurando dar resposta à indagação a respeito de quais situações e pessoas podem ser discriminadas sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão toma como fio condutor o seguinte:

"a máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não seja possível encontrar uma razão adequada, que surja da natureza da coisa ou que, de alguma forma, seja compreensível, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada de arbitrária"¹².

20. Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando "não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível"¹³.

21. Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas,

¹² - Cf. ROBERT ALEXY, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1.986, pág. 366.

¹³ - Idem, pág. 370.



tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a "cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem". Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

22. Mas não apenas esses preceitos --- o artigo 1º da Lei n. 9.648/98 e os artigos 11 a 15 da Lei n. 9.637/98 --- são inconstitucionais. Também o são o artigo 5º --- na medida em que coloca sob um indefinido e difuso regime de "parceria" o cumprimento de função [= dever-poder] do Estado --- e o artigo 20, que prevê a criação de um "Programa Nacional de Publicização --- PNP", cujo objetivo, bem ao contrário do que o nome (com sarcasmo?) pretenderia indicar, é a privatização de funções estatais. Dessas funções não se pode demitir o Estado sem agressão ao disposto nos artigos 1º, 3º, 215, 218 e 225 da Constituição do Brasil.

23. Os preceitos veiculados pelos artigos 1º a 4º, 7º a 11 e 16 a 19 tornam-se inócuos na medida em que venham a ser liminarmente suspensos os efeitos dos artigos cuja inconstitucionalidade parece incontestável. O artigo 6º estabelece que o contrato de gestão será "elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social" --- incorporando ao direito a afirmação (pasmem!) de que o contrato, apesar de ser um "instrumento", é um acordo de vontades... E estabelece, em seqüência, que o contrato discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes...

J

24. Quanto ao disposto nos artigos 21 a 23, tenho-os à primeira vista como dotados de efeitos concretos, o que inviabilizaria a sua apreciação em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Examinarei essa matéria posteriormente, quando cuidarmos do mérito da presente ADI.

Assim, divergindo dos que me antecederam, com as vênias de estilo, concedo a liminar para suspender os efeitos do disposto no artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, e nos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei n. 9.637/98.



02/02/2007

339
TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
1.923-5 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) - Apenas rememoro aos Colegas que, com relação a alguns desses dispositivos, especificamente o artigo 1º, já se pronunciaram alguns dos Ministros aposentados. O Ministro Sepúlveda Pertence, na assentada anterior, 05/08/99, manifestou-se da seguinte forma:

“Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator com relação à prestação dos serviços de saúde.

O art. 197 da Constituição, apontado como padrão da argüida inconstitucionalidade, ao contrário, dispõe:

‘Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.’

Consequentemente, não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e aos controles estatais.”

Foi essa a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence naquela ocasião.

ADI 1.923-MC / DF

Alves: Ainda quanto à saúde, manifestou-se o Ministro Moreira

“Sr. Presidente, eu não preciso votar quanto ao restante desse artigo 1º. Já estou de acordo em que é constitucional.”

O Ministro Néri da Silveira, também com relação ao artigo 1º da Lei nº 9.637, disse o seguinte:

“Senhor Presidente. Coloco-me nos limites definidos pelo voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. Quer dizer, considero essas entidades no âmbito da saúde como entidades de cooperação com o Poder Público. Enquanto qualificadas como organizações sociais, elas poderão celebrar contratos de gestão e serviços relativos à saúde com o Poder Público.”

As manifestações dos Ministros Moreira Alves e Néri das Silveira não podem ser alteradas, mas o Ministro Sepúlveda Pertence poderá, eventualmente, retroceder.

Esses votos já lançados precisam ser considerados.



02/02/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, gostaria de dizer a Vossa Excelência e aos eminentes Pares que compartilho, em grande medida, das preocupações exaradas pelo eminente Ministro Eros Grau.

Em tese, entendo, também, que esta Lei incorpora alguns mecanismos que se prestam a escamotear, a fugir do regime de Direito Público que rege a prestação de serviços públicos por parte do Estado.

Entretanto, estamos em sede de cautelar, e trata-se de uma lei editada em 1998, que está em pleno vigor desde maio daquele ano. Várias entidades e organizações sociais já foram criadas e já estão prestando serviços. Imagino que o *periculum in mora* para a concessão da cautelar, em um certo sentido, inverte-se e milita em favor desses entes já constituídas.

Contudo, Senhora Presidente, penso que, talvez, pudéssemos conceder a cautelar - e eu votaria nesse sentido - para

considerar inconstitucional o artigo 24, inciso XXIV, da Lei 8.666, Lei de Licitações - alterada nesse ponto pela Lei 9.648 -, cujo texto, que favorece essas entidades, é o seguinte:

"Art. 24 - (...)

XXIV - para 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."

Então, dispensa-se a licitação.

Pelo meu voto, Senhora Presidente, a partir de agora, eu consideraria inconstitucional esse dispositivo, e essas entidades, em que pese o fato de continuarem provisoriamente prestando serviços até o julgamento do mérito desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, estariam obrigadas a licitar, daqui para frente, quando fossem prestar serviços para a Administração Pública.

Defiro em parte essa cautelar apenas para suspender o artigo 24, inciso XXIV, da Lei 8.666, alterado pela Lei 9.648.

É como voto por ora.

02/02/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apertes dos Senhores Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, SEPÚLVEDA PERTENCE e JOAQUIM BARBOSA.

E X P L I C A Ç ã O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Fico sempre impressionado com uma expressão usada pelo eminente Ministro Marco Aurélio que diz o seguinte: não podemos pressupor o teratológico. Imagino que existem organizações sociais instituídas legalmente, que funcionem e prestem serviços regularmente, e que devem estar prestando serviços há muitos anos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Se o Ministério Público está fiscalizando, isso é auspicioso, realmente, porque há, então, controle, fiscalização.

Temo que, a essa altura - transcorridos quase nove anos da existência da Lei -, se a declararmos inconstitucional, tais entidades deixarão de prestar serviço.

A solução que eu estaria propondo, no sentido de declararmos inconstitucional o artigo que dispensa a licitação,

mitigaria, e muito, os malefícios dessas organizações, porque exigir-se-á, então, licitação pública, confronto de valores com outras entidades etc. Seria uma solução, talvez, provisória.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - A dispensa da licitação é para contratar com a Administração, não para adquirir, para contratar serviços ou compras próprias.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas a licitação inclui serviços, obras.

Eu lembraria que a cautelar, por si só, já tem um efeito **ex nunc**, então, os contratos atualmente existentes não seriam atingidos.

02/02/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5
DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhora Presidente, está em votação toda a liminar?

Não voto com relação ao art. 1º.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Vossa Excelência não vota em relação ao art. 1º?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Em relação ao art. 1º meu antecessor já votou, mas acompanho o voto do Ministro Eros Grau em relação ao restante, com as achegas do Ministro Ricardo Lewandowski em relação ao artigo 24 da Lei nº 8.666.

Acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

REQTE.: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADVDS.: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

REQTE.: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVDS.: RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E OUTROS

REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Após o Relatório, o julgamento foi **adiado** por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 24.6.99.

Decisão : Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), **indeferindo** o pedido de medida liminar, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 05.8.99.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que indeferia o pedido de liminar, acompanhando o Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Não participa da votação o Senhor Ministro Carlos Britto, por suceder ao Senhor Ministro Ilmar Galvão, Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 29.03.2006.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, deferindo a cautelar para suspender a eficácia do artigo 1º da Lei nº 9.648/98 e dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa, e do voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar

somente em relação ao artigo 1º da Lei nº 9.648/98, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal deliberou retificar proclamação de assentada anterior para constar o voto do Senhor Ministro Moreira Alves que, em relação ao artigo 1º da Lei 9.637/98, acompanhou integralmente o Relator, e os votos dos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que, quanto ao mesmo artigo, acompanhavam o Relator em relação à prestação dos serviços de saúde. Não participam da votação, em relação ao artigo 1º da Lei 9.637/98, os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, por sucederem aos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira. Não votam a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Carlos Britto, por sucederem aos Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 02.02.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu
Luiz Tomimatsu
Secretário

01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: A presente ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, contra a Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998, e também contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação conferida pela Lei n° 9.648, de 27 de maio de 1998.

A Lei n° 9.637/1998 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.

O art. 24, inciso XXIV, da Lei n° 8.666/93 trata da dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais qualificadas, no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

O Relator, Ministro Ilmar Galvão, votou pelo indeferimento da medida cautelar, no que foi acompanhado pelo Ministro Nelson Jobim, em voto-vista. Também votaram pelo indeferimento da liminar os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira e Sepúlveda Pertence, ainda que apenas em relação ao art. 1° da lei, quanto à possibilidade de o Estado firmar contratos de gestão com as denominadas organizações sociais para prestação de serviços públicos na área de saúde.

O Ministro Eros Grau abriu a divergência. Em voto-vista proferido em 2 de fevereiro deste ano (2007), Eros Grau entendeu que a lei impugnada padece de "inconstitucionalidade chapada", acentuando a violação à regra da licitação e ao princípio da igualdade. Está consignado, em seu voto, o seguinte:

"Os quatro primeiros artigos prestam-se a identificar as 'organizações sociais', pessoas jurídicas de direito privado que celebrarão contratos de gestão com o 'Poder Público'. A definição de contrato de gestão como 'instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social' causa espanto. Pois a de número 9.637 é uma lei que sem sombra de dúvida muito inova a ciência do direito: seu artigo 5º define como contrato não o vínculo, mas seu instrumento... Seja como for, a celebração desse contrato de gestão com o Poder Público habilitará a organização ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação. Uma das inovações ao ordenamento jurídico aportada pela lei está em que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos móveis e imóveis com dispensa de licitação (art. 12 e parágrafos). Para recebê-los, a organização social, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, 'não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione)...'. Mas não é só. É facultada ainda ao Poder Executivo a 'cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem' (arts. 13 a 15). Uma coisa nunca vista."

Prossegue o Ministro Eros Grau em seu voto:

"Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando 'não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível'.

Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas, tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da

licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a 'cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem'. Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

Mas não apenas esses preceitos - o artigo 1º da Lei n. 9.648/98 e os artigos 11 a 15 da Lei n. 9.637/98 - são inconstitucionais. Também o são o artigo 5º - na medida em que coloca sob um indefinido e difuso regime de 'parceria' o cumprimento de função (= dever-poder) do Estado - e o artigo 20, que prevê a criação de um 'Programa Nacional de Publicização -PNP', cujo objetivo, bem ao contrário do que o nome (com sarcasmo?) pretenderia indicar, é a privatização de funções estatais. Dessas funções não se pode demitir o Estado sem agressão ao disposto nos artigos 1º, 3º, 215, 218 e 225 da Constituição do Brasil."

Eros Grau então concluiu pela concessão da liminar para suspender a vigência do art. 1º da Lei n° 9.648/98, e dos arts. 5º, 11 a 15 e 20 da Lei n° 9.637/98.

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o voto de Eros Grau, com exceção dos fundamentos atinentes ao art. 1º da lei, objeto de voto de seu antecessor, o Ministro Moreira Alves.

O Ministro Ricardo Lewandowski votou no sentido de se deferir a medida cautelar apenas em relação ao art. 1º da Lei n° 9.648/98.

Pedi vista dos autos para analisar melhor o tema que, neste momento, circunscreve-se à medida cautelar. Ressalto que tal análise não abrange o art. 1º da Lei n° 9.637/98, objeto de voto proferido por meu antecessor, o Ministro Néri da Silveira.

Passo a essa análise, mas não posso deixar de lembrar, antes disso, que o julgamento desta medida cautelar iniciou-se em 24

de junho de 1999. Estamos, portanto, há exatos 8 anos imersos nesse juízo que, há muito, deixou de ser meramente cautelar. A densidade dos votos aqui proferidos o comprova.

As normas questionadas datam do ano de 1998, estando em vigor, portanto, há quase 10 anos. Estamos, como se vê, diante de um típico caso de *periculum in mora* inverso.

Ademais, não consigo vislumbrar a presença das inconstitucionalidades apontadas pelo requerente, pois tenho em mente as razões que demonstrarei a seguir.

I - As Organizações Sociais no contexto da Reforma do Estado no Brasil

As Organizações Sociais inserem-se num contexto de Reforma do Estado brasileiro, iniciada na década de noventa e que ainda está sendo implementada.

A Declaração de Madrid, aprovada em 14 de outubro de 1998 pelo Conselho Diretor do Centro Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento - CLAD, composto pelas máximas autoridades governamentais responsáveis pela modernização da Administração Pública e da Reforma do Estado em 25 países membros, descreve o contexto em que se insere a Reforma do Estado brasileiro, ou seja, a Reforma Gerencial dos Estados latino-americanos.

A Reforma do Estado, segundo essa declaração, tornou-se o tema central da agenda política mundial. Não se trata de uma resposta neoliberal à crise do Estado intervencionista; ou seja, a reforma não visa à redução drástica do tamanho do Estado e não prima pela predominância do mercado. Ao contrário, ela parte da constatação de que a solução para a crise do Estado não estaria no desmantelamento do aparelho estatal, mas em sua reconstrução. A

Reforma Gerencial do Estado pressupõe uma modificação estrutural do aparelho estatal, não podendo ser confundida com mera implementação de novas formas de gestão. Como consta da declaração, "trata-se de construir um Estado para enfrentar os novos desafios da sociedade pós-industrial, um Estado para o século XXI, que, além de garantir o cumprimento dos contratos econômicos, deve ser forte o suficiente para assegurar os direitos sociais e a competitividade de cada país no cenário internacional. Busca-se, desse modo, uma terceira via entre o *laissez faire* neoliberal e o antigo modelo social-burocrático de intervenção estatal".

A Reforma Gerencial do Estado não faz parte apenas da pauta político-administrativa brasileira, mas tem sido implementada em diversos países, principalmente no contexto latino-americano, com vistas a tornar a gestão pública mais ágil e flexível frente aos novos desafios de nossa sociedade complexa. Conforme a declaração de Madrid, "o modelo gerencial - de Reforma do Estado - tem como inspiração as transformações organizacionais ocorridas no setor privado, as quais têm alterado a forma burocrática-piramidal de administração, flexibilizando a gestão, diminuindo os níveis hierárquicos e, por conseguinte, aumentando a autonomia de decisão dos gerentes - daí o nome gerencial. Com estas mudanças, saiu-se de uma estrutura baseada em normas centralizadas para outra ancorada na responsabilização dos administradores, avaliados pelos resultados efetivamente produzidos. Este novo modelo busca responder mais rapidamente às grandes mudanças ambientais que acontecem na economia e na sociedade contemporâneas. (...) Em suma - afirma a declaração - 'o governo não pode ser uma empresa, mas pode se tornar mais empresarial', isto é, pode ser mais ágil e flexível frente às gigantescas mudanças ambientais que atingem a todas as organizações."

No Brasil, a redefinição do papel do Estado e sua reconstrução têm importância decisiva em razão de sua incapacidade para absorver e administrar com eficiência todo o imenso peso das demandas que lhe são dirigidas, sobretudo na área social. O esgotamento do modelo estatal intervencionista, a patente ineficácia e ineficiência de uma administração pública burocrática baseada em um vetusto modelo weberiano, assim como a crise fiscal, todos observados em grande escala na segunda metade da década de oitenta, tornaram imperiosa a reconstrução do Estado brasileiro nos moldes já referidos de um Estado gerencial, capaz de resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas¹.

Trata-se, portanto, de uma redefinição do papel do Estado, que deixa de ser agente interventor e produtor direto de bens e serviços para se concentrar na função de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social.

Assim, a Reforma do Estado brasileiro envolveu, num primeiro momento ou numa primeira geração de reformas, alguns programas e metas, voltadas primordialmente para o mercado, tais como a abertura comercial, o ajuste fiscal, a estabilização econômica, a reforma da previdência social e a privatização de empresas estatais, criação de agências reguladoras, quase todas já implementadas, ainda que parcialmente, na década de noventa.

Uma vez eliminado o perigo hiperinflacionário e efetivada a estabilização da economia, o desafio atual está na formulação e efetivação de políticas públicas voltadas para o social, primordialmente nas áreas de saúde, moradia e educação. Constatada, no entanto, a incapacidade do aparato estatal para dar conta de

¹ Cfr.: Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995.

todas as demandas sociais, o foco passou a ser a Reforma do Aparelho do Estado².

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado³ - elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995)- contém os programas e metas para uma reforma destinada à transição de "um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão".

Dentre esses programas e metas, assume especial importância o programa de *publicização*, que constitui a "descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica". Assim consta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:

"A reforma do Estado envolve múltiplos aspectos. O ajuste fiscal devolve ao Estado a capacidade de definir e implementar políticas públicas. Através da liberalização comercial, o Estado abandona a estratégia protecionista da substituição de importações. O programa de privatizações reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais. Através desse programa transfere-se para o setor privado a tarefa

² É preciso distinguir a reforma do Estado da reforma do aparelho do Estado. A reforma do Estado é um projeto mais amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania. Cfr.: Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995.

³ Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995.

da produção que, em princípio, este realiza de forma mais eficiente. Finalmente, através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão de obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade."

O programa de publicização, portanto, permite ao Estado compartilhar com a comunidade, as empresas e o Terceiro Setor a responsabilidade pela prestação de serviços públicos como os de saúde e educação. Trata-se, em outros termos, de uma parceria entre Estado e sociedade na consecução de objetivos de interesse público, com maior agilidade, eficiência.

As Organizações Sociais correspondem à implementação do Programa Nacional de Publicização-PNP e, dessa forma, constituem estratégia central da Reforma do Estado brasileiro.

II - As Organizações Sociais no contexto do Programa Nacional de Publicização-PNP da Reforma do Aparelho do Estado: a transferência ao setor público não-estatal da prestação de serviços não-exclusivos do Estado

O Projeto das Organizações Sociais, no âmbito do Programa Nacional de Publicização-PNP, foi traçado inicialmente pelo Plano

Diretor da Reforma do Aparelho do Estado⁴, que previu a elaboração de um de projeto de lei que permitisse "a 'publicização' dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal".

Assim, segundo o Plano Diretor, "o Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do Poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal".

Os contornos jurídicos das Organizações Sociais foram delimitados no referido Plano Diretor⁵, da seguinte forma:

"Entende-se por 'organizações sociais' as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária. As organizações sociais terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas as condições descritas em lei específica como, por exemplo, a forma de composição de seus conselhos de administração, prevenindo-se, deste modo, a privatização ou a feudalização dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários, podendo obter outros ingressos através da prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc. As entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa, e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se através das organizações sociais uma maior participação social, na medida em que elas são

⁴ Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995, p. 60.

⁵ Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995, p. 60.

objeto de um controle direto da sociedade através de seus conselhos de administração recrutado no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor mas significativa dos custos dos serviços prestados. A transformação dos serviços não-exclusivos estatais em organizações sociais se dará de forma voluntária, a partir da iniciativa dos respectivos ministros, através de um Programa Nacional de Publicização. Terão prioridade os hospitais, as universidades e escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus. A operacionalização do programa será feita por um Conselho Nacional de Publicização, de caráter ministerial."

As Organizações Sociais, portanto, traduzem um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade para a consecução de interesses públicos comuns, com ampla participação da comunidade. De produtor direto de bens e serviços públicos o Estado passa a constituir o fomentador das atividades publicizadas, exercendo, ainda, um controle estratégico de resultados dessas atividades. O contrato de gestão constitui o instrumento de fixação e controle de metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados à sociedade. Ademais, as Organizações Sociais podem assimilar características de gestão "cada vez mais próximas das praticadas no setor privado, o que deverá representar, entre outras vantagens: a contratação de pessoal nas condições de mercado; a adoção de normas próprias para compras e contratos; e ampla flexibilidade na execução do seu orçamento"⁶.

Decorrente do projeto traçado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), o Programa Nacional de Publicização-PNP foi então criado pela Lei n° 9.637/1998.

⁶ Cfr.: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Cadernos MARE. *Organizações Sociais*. 5ª Ed. Brasília, 1998, p. 13.

III - A Lei das Organizações Sociais (Lei n° 9.637/1998)

A Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998, questionada na presente ação direta, cria o Programa Nacional de Publicização e prescreve as normas para a qualificação de entidades como organizações sociais.

Em seu primeiro artigo, a referida lei dispõe que o "Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde".

A implementação de uma organização social pressupõe duas ações complementares: a) a publicização de atividades executadas por entidades estatais, as quais serão extintas; e b) a absorção dessas atividades por entidades privadas, que serão qualificadas como organização social (OS), por meio de contrato de gestão⁷.

III.1 - O processo de publicização

A Lei n° 9.637/98, em seu art. 20, dispõe sobre a criação do Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas em seu art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II - ênfase nos

⁷ Cfr.: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Cadernos MARE. Organizações Sociais*. 5ª Ed. Brasília, 1998, p. 17.

resultados qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III - controle social das ações de forma transparente.

Assim, a publicização se refere às atividades (não-exclusivas de Estado) e não às entidades. No processo de publicização, determinadas entidades estatais são extintas e suas atividades são publicizadas, ou seja, são absorvidas por entidades privadas qualificadas como OS, de acordo com os critérios especificados na lei e mediante contrato de gestão⁸.

A própria Lei n° 9.637/98 tratou de extinguir entidades estatais, autorizando o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais as pessoas jurídicas de direito privado indicadas em seu Anexo I, permitindo, ainda, a absorção das atividades desempenhadas pelas entidades extintas por essas novas entidades qualificadas como OS:

"Art. 21. São extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

§ 1º Competirá ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado supervisionar o processo de inventário do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a cargo do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, cabendo-lhe realizá-lo para a Fundação Roquette Pinto.

§ 2º No curso do processo de inventário da Fundação Roquette Pinto e até a assinatura do contrato de gestão, a continuidade das atividades sociais ficará sob a supervisão da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República."

§ 3º É o Poder Executivo autorizado a qualificar como organizações sociais, nos termos desta Lei, as pessoas

⁸ Cfr.: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Cadernos MARE. *Organizações Sociais*. 5ª Ed. Brasília, 1998, p. 17.

jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I, bem assim a permitir a absorção de atividades desempenhadas pelas entidades extintas por este artigo.

§ 4º Os processos judiciais em que a Fundação Roquette Pinto seja parte, ativa ou passivamente, serão transferidos para a União, na qualidade de sucessora, sendo representada pela Advocacia-Geral da União."

ANEXO I

(Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)

ÓRGÃO E ENTIDADE EXTINTOS	ENTIDADE AUTORIZADA A SER QUALIFICADA	REGISTRO CARTORIAL
Laboratório Nacional de Luz Síncrotron	Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLus	Primeiro Ofício de Registro de Títulos e Documentos da Cidade de Campinas - SP, nº de ordem 169367, averbado na inscrição nº 10.814, Livro A-36, Fls 01.
Fundação Roquette Pinto	Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ACERP	Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Av. Pres. Roosevelt, 126, Rio de Janeiro - RJ, apontado sob o nº de ordem 624205 do protocolo do Livro A nº 54, registrado sob o nº de ordem 161374 do Livro A nº 39 do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

A Lei nº 9.637/98 estabelece, ainda, que as extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais devem observar os seguintes preceitos (art. 22):

I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério

exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1º e 2º do art. 14;

II - a desativação das unidades extintas será realizada mediante inventário de seus bens imóveis e de seu acervo físico, documental e material, bem como dos contratos e convênios, com a adoção de providências dirigidas à manutenção e ao prosseguimento das atividades sociais a cargo dessas unidades, nos termos da legislação aplicável em cada caso;

III - os recursos e as receitas orçamentárias de qualquer natureza, destinados às unidades extintas, serão utilizados no processo de inventário e para a manutenção e o financiamento das atividades sociais até a assinatura do contrato de gestão;

IV - quando necessário, parcela dos recursos orçamentários poderá ser reprogramada, mediante crédito especial a ser enviado ao Congresso Nacional, para o órgão ou entidade supervisora dos contratos de gestão, para o fomento das atividades sociais, assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social;

V - encerrados os processos de inventário, os cargos efetivos vagos e os em comissão serão considerados extintos;

VI - a organização social que tiver absorvido as atribuições das unidades extintas poderá adotar os símbolos designativos destes, seguidos da identificação "OS".

Cabe ao Poder Executivo qualificar pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações Sociais, para o exercício de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. O art. 2º da Lei nº 9.637/98 estabelece os requisitos específicos para que as entidades privadas habilitem-se à qualificação como organização social:

"I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

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."

Segundo a lei, as entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (art. 11).

De acordo com o art. 22, § 1º, a absorção, pelas organizações sociais, das atividades das entidades extintas, efetivar-se-á mediante celebração de contrato de gestão.

III.2 - O contrato de gestão

No conceito estabelecido pela Lei nº 9.637/98 (art. 5º), o contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público (por intermédio de seus Ministérios) e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades publicizadas.

O contrato de gestão, dessa forma, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social (art. 6º).

A principal função do contrato de gestão é a fixação de metas, assim como a definição dos mecanismos de avaliação de desempenho e controle de resultados das atividades da organização social. Assim, deverá o contrato de gestão conter: I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; 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 (art. 7º).

Assim, dispõe a lei que a organização social 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 (art. 8º, § 1º). 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 (art. 8º, § 2º).

Dispõe a lei, ainda, que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

Quanto aos mecanismos de controle sobre a utilização desses recursos e bens públicos pela organização social, a lei prescreve o seguinte:

“Art. 9º 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 seqüestro 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 seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

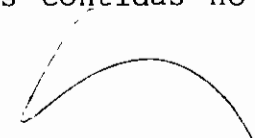
§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 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."

Como se vê, a lei, ao contrário do que afirmam os requerentes, submete as Organizações Sociais a amplos mecanismos de controle interno e externo, este exercido pelo Tribunal de Contas. Ademais, não subtrai, como alegam os requerentes, qualquer função constitucional atribuída ao Ministério Público; ao contrário, a redação do art. 10 é clara ao prever que, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização deverão representar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Não se pode descartar, outrossim, na hipótese de enriquecimento ilícito ou outros atos que impliquem danos ao erário e violação a princípios da administração pública, a responsabilização político-administrativa dos executores do contrato de gestão, com base na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

A lei também prevê que o Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de



gestão (art. 16). A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art. 16, § 2º).

Ademais, deve-se enfatizar que o contrato de gestão constitui um instrumento de fixação e controle de metas de desempenho na prestação dos serviços. E, assim sendo, baseia-se em regras mais flexíveis quanto aos atos e processos, dando ênfase ao controle dos resultados. Por isso, compras e alienações submetem-se a outros procedimentos que não os de licitação com base na Lei n° 8.666/93, voltada para as entidades de direito público. Lembre-se, nesse ponto, que a própria Constituição autoriza a lei a criar exceções à regra da licitação (art. 37, inciso XXI). Nesse sentido, por exemplo, a Petrobrás, por ser empresa pública que realiza atividade econômica de risco, num âmbito de competição com outras empresas privadas do setor, não se submete à Lei n° 8.666/93, mas a um Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo Decreto n° 2.745/98, do Presidente da República, o qual possui lastro legal no art. 67 da Lei n° 9.478/97.

Não vislumbro, portanto, qualquer das inconstitucionalidades apontadas pelos requerentes.

IV. A implementação do modelo de Organizações Sociais pelos Estados-membros

Desde o advento da Lei n° 9.637/98, que estabelece o modelo de Organizações Sociais a ser adotado no plano federal, diversos Estados da Federação implementaram seus próprios sistemas de gestão pública por meio de organizações sociais.

No Estado de São Paulo, por exemplo, foi editado o Decreto n° 43.493, de 29 de setembro de 1998, que dispõe sobre a qualificação das organizações sociais da área da cultura. É sabido que, hoje, o Museu da Pinacoteca de São Paulo funciona segundo o sistema das Organizações Sociais, mediante contrato de gestão firmado com a Secretaria de Estado da Cultura. Há notícia também de que, atualmente, seguem esse modelo o Memorial da Imigração, o Conservatório Musical de Tatuí, o MIS, o Museu de Arte Sacra, o Museu da Casa Brasileira e o Paço das Artes.

Também no Estado de São Paulo, a Lei Complementar n° 846, de 1998, regulamentou a parceria do Estado com entidades filantrópicas, qualificadas como Organizações Sociais, para prestação de serviços na área de saúde, mediante contrato de gestão firmado com a Secretaria de Estado da Saúde. Até o ano de 2005, já existiam 16 (dezesseis) serviços de saúde sob contrato de gestão, abrangendo atividades de internação, de atendimento ambulatorial, de atendimento de urgência e emergência, e a realização de atividades de apoio diagnóstico e terapêutico para pacientes externos aos hospitais. Entre o ano de 1999 e 2003, o número de internações cresceu significativamente, de 29.167 para 166.399 (número de saídas); assim também o volume de atividade ambulatorial, de 225.291, para 1.110.547 (número de consultas); e de atividade de urgência/emergência, de 1.001.773 para 1.459.793 (número de pessoas atendidas)⁹; o que comprova o sucesso desse novo sistema de gestão.

Em Goiás, a Lei n° 15.503, de 28 de dezembro de 2005, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

⁹ Cfr.: GOMES, Márcio Cidade. Organizações Sociais: a experiência da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. In: Levy & Drago (orgs.), *Estado Federal no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: FUNDAP, pp.164-84.

Em Minas Gerais, tem-se conhecimento do programa "Choque de Gestão Pública", implementado pelo atual governo, o qual possui como uma de suas principais metas a publicização de atividades e serviços não-exclusivos do Estado, que ficarão a cargo de entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais.

Em Santa Catarina, a Lei n° 12.929, de 4 de fevereiro de 2004, instituiu o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, regulamentado pelo Decreto n° 3.294, de 15 de julho de 2005.

Na Bahia, instituiu-se o Programa Estadual de Organizações Sociais, por meio da Lei n° 8.647, de 29 de julho de 2003, regulamentada pelo Decreto n° 8.890, de 21 de janeiro de 2004.

Cito também as Leis de Sergipe (Lei n° 5.217/2003), Pernambuco (Lei n° 11.743/2000), Distrito Federal (Lei n° 2.415/1999), Espírito Santo (Lei Complementar n° 158/1999).

V. A experiência da Associação das Pioneiras Sociais (APS) - A Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor

Além da vasta legislação estadual atualmente existente sobre o tema das Organizações Sociais, o que comprova a larga aceitação e o sucesso desse novo modelo de gestão de serviços públicos, talvez um dos argumentos mais contundentes para afastar a alegada necessidade de concessão de medida cautelar nesta ação esteja na exemplar experiência da Associação das Pioneiras Sociais (APS), instituição gestora da Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor.

Como todos sabem, a Rede Sarah de Hospitais localizados nas cidades de Brasília, Salvador, São Luís e Belo Horizonte tem prestado serviços à população, na área de saúde do aparelho

locomotor, de incomensurável valia. É de conhecimento geral que, hoje, a Rede Sarah de Hospitais constitui um exemplo, e uma referência nacional e internacional, de administração moderna e eficiente de serviços públicos na área de saúde, prestados à população de forma democrática e transparente.

A Associação das Pioneiras Sociais (APS) foi instituída, como Serviço Social Autônomo, de interesse coletivo e de utilidade pública, pela Lei n° 8.246, de 1991, com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público (art. 1º).

Como ressalta Sabo Paes¹⁰, a referida lei teve expresso propósito de testar um modelo novo de organização da assistência médico-hospitalar. Para tanto, utilizou-se, como parâmetro e referência, a experiência da Fundação das Pioneiras Sociais, fundação de direito privado, instituída em 1960, sediada no Distrito Federal e mantida pelo Poder Público para o atendimento à saúde. A lei extinguiu a Fundação das Pioneiras Sociais, cujo patrimônio foi incorporado ao da União pelo Ministério da Saúde e logo posto à administração do então criado Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais.

O contrato de gestão foi assinado no final do ano de 1991 entre os Ministérios da Saúde, Fazenda e Administração Federal, de um lado, e a Associação das Pioneiras Sociais (APS), de outro. Desde então, como ressalta Sabo Paes¹¹, a APS tem perseguido com

¹⁰ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 3ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica; 2001, p. 88.

¹¹ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 3ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica; 2001, p. 91-92.

determinação a implantação de elevados padrões éticos de comportamento funcional e administrativo instituídos pela Lei n° 8.246/91, de acordo com as decisões do Tribunal de Contas da União. A APS tem conseguido implementar as metas operacionais explicitadas no contrato de gestão após todos esses anos de existência.

Assim, como afirma Sabo Paes, "o caráter autônomo da gestão desse serviço de saúde, que oferece a todas as camadas da população a assistência médica gratuita e de qualidade, fez da APS a primeira instituição pública não estatal brasileira atuando como uma rede de hospitais públicos que prestam serviços de ortopedia e de reabilitação por meio de quatro unidades hospitalares localizadas em Brasília, Salvador, São Luís e Belo Horizonte, e tem o seu programa de trabalho plurianual calcado nos seguintes objetivos gerais: 1) prestar serviço médico qualificado e público na área da medicina do aparelho locomotor; 2) formar recursos humanos e promover a produção de conhecimento científico; 3) gerar informações nas áreas de epidemiologia, gestão hospitalar, controle de qualidade e de custos dos serviços prestados; 4) exercer ação educacional e preventiva visando à redução das causas das patologias atendidas pela Rede; 5) construir e implantar novas unidades hospitalares, expandindo o modelo gerencial e os serviços da Rede para outras regiões do país; e desenvolver tecnologia nas áreas de construção hospitalar, de equipamentos hospitalares e de reabilitação"¹².

O modelo de contrato de gestão estabelecido pela lei impugnada - Lei n° 9.637/98 - baseou-se amplamente nesse sistema de gestão instituído pela Lei n° 8.246/91.

VI. Considerações finais

¹² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 1ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica; 2001, p. 92-93.

Enfim, o modelo de gestão pública por meio de Organizações Sociais, instituído pela Lei nº 9.637/98, tem sido implementado ao longo de todo o país e as experiências bem demonstram que a Reforma da Administração Pública no Brasil tem avançado numa perspectiva promissora. Após uma história de burocracias, de ênfases nos atos e nos processos - que, reconheça-se, ainda não foi totalmente superada -, a Administração Pública no Brasil adentrou o século XXI com vistas aos resultados, à eficiência e, acima de tudo, à satisfação do cidadão.

A Lei nº 9.637/98 institui um programa de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado - como o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde -, transferindo-os para a gestão desburocratizada a cargo de entidades de caráter privado e, portanto, submetendo-os a um regime mais flexível, mais dinâmico, enfim, mais eficiente.

Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado mais para o alcance de metas do que para a estrita observância de procedimentos. A busca da eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado.

O fato é que o Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do direito desde a perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado. O Estado tem se valido cada vez mais de

mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado.

Nesse sentido, extraio das lições de Günther Teubner as premissas para se analisar o direito a partir de novos enfoques superadores da velha dicotomia público/privado:

"Não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as idéias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público/privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito."¹³

E, adiante, prossegue Teubner, agora tratando especificamente dos regimes de transferência de serviços públicos para entidades do âmbito privado:

"A própria onda de privatizações revela-se sob um aspecto completamente diferente, quando se abre mão da simples dicotomia público/privado em favor de uma policontextualidade mais sofisticada da sociedade, quando

se reconhece que a autonomia privada única do indivíduo livre transforma-se nas diversas autonomias privadas de criações normativas espontâneas. Nesse sentido, privatização não se trata mais, como normalmente se entende, de redefinir a fronteira entre o agir público e o privado, mas de alterar a autonomia de esferas sociais parciais por meio da substituição de seus mecanismos de acoplamento estrutural com outros sistemas sociais. Não se trata mais simplesmente de um processo em que atividades genuinamente políticas, antes dirigidas aos interesses públicos, transformam-se em transações de mercado economicamente voltadas ao lucro. Antes, o que se altera pela privatização de atividades sociais autônomas - pesquisa, educação ou saúde, por exemplo - , que apresentam seus próprios princípios de racionalidade e normatividade, é o seu regime institucional. Em lugar de uma relação bipolar entre economia e política, deve-se apresentar a privatização como uma relação triangular entre esses dois setores e o de atividades sociais. Torna-se, assim, diretamente compreensível que a privatização leva, de fato, a uma impressionante liberação de todas as energias até então bloqueadas pelo antigo regime público. Paralelamente, no entanto, novos bloqueios desencadeados pelo novo regime tornam-se visíveis. Um antigo *mismatch*, um antigo desequilíbrio entre atividade e regime, é substituído por um novo *mismatch*."

Nesse contexto é que se insere o instrumento do contrato de gestão firmado entre o Poder Público e entidades privadas, que

¹¹ TEUBNER, Günther. Após a privatização: conflitos de discurso no Direito Privado. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Trad. de Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: Unimep; 2005, p. 237.

passam a ser qualificadas como públicas, ainda que não-estatais, para a prestação de serviços públicos por meio de um regime especial em que se mesclam princípios de direito público e de direito privado.

Sobre o instrumento do contrato de gestão, o Ministro Eros Grau assim se manifestou em seu voto:

"A definição de contrato de gestão como 'instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social' causa espanto. Pois a de número 9.637 é uma lei que sem sombra de dúvida muito inova a ciência do direito: seu artigo 5º define como contrato não o vínculo, mas seu instrumento..."

Nesse ponto, gostaria de lembrar, também com base nas lições de Günther Teubner, que a lei inova sim, mas inova em consonância com o direito privado moderno, no qual o contrato deve ser compreendido não como uma relação entre pessoas, mas entre textos, entre discursos jurídicos, econômicos, tecnológicos etc. Eis as palavras do mestre alemão:

"Quiçá devêssemos ouvir o conselho do talvez maior especialista da reconstrução do direito privado, Jacques Derrida, que nos oferece a seguinte fórmula epigramática: 'o laço da obrigação ou a relação de obrigação não existe entre aquele que dá e aquele que recebe, mas entre dois textos (entre dois 'produtos' ou 'criações'). Essas ipsissima verba são uma nova versão da teoria do contrato relacional (relational contracting), que entende o contrato não mais como um mero consenso entre duas partes, mas sim como uma relação social complexa. De fato, gostaria de defender a tese de que o direito contratual

deve ser reconstruído de forma relacional, mas não apenas no sentido comunitário, hoje predominante, da palavra, como uma relação cooperativa, simpática, calorosa de inter-humanismo no mercado, mas sim como uma relação fria e impessoal de intertextualidade. Gostaria de desenvolver um argumento estritamente antiindividualista, estritamente antieconômico para as muitas autonomias do direito privado, pelo qual o contrato não aparece mais como transação meramente econômica entre dois agentes, mas como espaço da compatibilidade entre vários projetos discursivos - entre dois mundos contratuais. Ao mesmo tempo, gostaria de desenvolver o argumento normativo de que os direitos de discursos que aparecem nesses contratos como meros fenômenos sociais, apenas de forma rudimentar e sem contornos fixos, necessitam de institucionalização jurídica. Dito de forma mais genérica: gostaria de colocar esses argumentos no contexto maior de um direito privado contemporâneo, que necessita de transformação em um direito constitucional de sistemas de regulação global."¹⁴

Esses são os novos pressupostos de análise de um direito privado publicizado e constitucionalizado, e de um direito público submetido a racionalidades próprias dos discursos do direito privado.

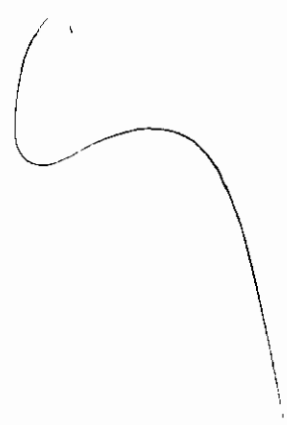
Essas razões já me são suficientes para indeferir a medida cautelar. Não vislumbro nenhuma das inconstitucionalidades apontadas pelos requerentes.

¹⁴ TEUBNER, Günther. Mundos contratuais: o Direito na fragmentação de regimes de *private governance*. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Trad. de Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: Unimep; 2005, p. 271-272.

Assim, não tenho dúvida de que, neste momento, o Tribunal não deve adotar outra solução senão a de negar o pedido de medida liminar para então requisitar informações definitivas e, após, abrir vista dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para que se manifestem sobre o mérito da ação. Após o devido trâmite procedimental, então poderemos discutir a fundo todas as questões nesta ação suscitadas.

Relembro, por fim, que meu voto não abrange o artigo 1º da Lei nº 9.637/98, objeto de voto proferido por meu antecessor, o Ministro Néri da Silveira.

Assim sendo, voto pelo **indeferimento** da medida cautelar nesta ação direta de inconstitucionalidade.



01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

R E T I F I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, Vossa Excelência me permite? Votei, na última sessão, em que examinamos a matéria, pela concessão da liminar. Mas, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, gostaria de fazer algumas considerações que me parecem importantes.

Tenho insistido - disse isso mais de uma vez aqui, talvez de modo até impertinente - em que não se interpreta apenas os textos normativos, mas os textos e a realidade.

O Ministro Gilmar Mendes traz novos e substanciais dados da realidade dos quais eu não tinha conhecimento quando votei. Aliás, só ao final do meu voto o Ministro Sepúlveda Pertence fez uma observação, referindo-se à existência do Hospital Sarah. Eu não tinha conhecimento desses dados da realidade, trazidos a partir daquele momento.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Eros, a excelência do Hospital Sarah Kubitschek antecede, em muito, ao instituto das organizações sociais.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Eu sei disso.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não foi esse instituto que conferiu ao Hospital Sarah essa excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Foi o modelo institucional adotado, de 1991; agora, o modelo institucional adotado na Fundação das Pioneiras Sociais data de 1960.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - É uma fundação pública, pura e simples.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - De qualquer modo, gostaria de insistir no seguinte: além desta realidade, do Hospital Sarah, há inúmeras outras instituições de saúde; há instituições --- fiquei sabendo posteriormente ---, no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, que são organizações sociais. Tomei conhecimento até de algumas coisas ditas com agressividade, na imprensa, por um zoólogo ou físico... Mas não importa. Naquele momento em que votei talvez pudesse me valer da velha expressão: "o que não está nos autos não está no mundo". Mas a verdade é que isso não pode ser tomado ao pé da letra e agora tenho conhecimento de circunstâncias que estão no mundo da vida e devem ser consideradas. Como já disse, nós não interpretamos apenas os textos, mas os textos e a realidade.

Nenhum dos argumentos do Ministro Gilmar Mendes, em relação ao mérito, me convence. Nenhum deles. Continuo plenamente convicto de que uma série de preceitos da lei é afrontosa à ordem constitucional. Ao lado das instituições exemplares, no âmbito da saúde e da ciência e tecnologia, há situações escandalosas. Como, por exemplo, a de uma organização social no Distrito Federal que, em oito anos, teria movimentado mais de três bilhões de reais.

Em suma, essas circunstâncias, associadas à impossibilidade de nesse momento processual separarmos o joio do trigo, fazem-me reconsiderar meu voto. Sem aderir, de modo nenhum, a qualquer das razões de mérito do Ministro Gilmar Mendes --- a que

muito respeito ---, eu diria que, na oportunidade de examinarmos o mérito, poderemos pensar numa sentença aditiva para encontrar, efetivamente, o bom rumo. Então decidiremos com a prudência que deve nos caracterizar, **a fronesis**. Com a serenidade suficiente para não criarmos um impasse no que tange ao trigo.

Nessas circunstâncias, reservando-me para o voto que devo proferir no mérito, diante da força dos fatos e da realidade reconsidero minha decisão anterior para negar a liminar.



01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor ministro Eros Grau, Vossa Excelência me permite apenas uma observação? No voto primitivo, Vossa Excelência não estaria julgando definitivamente. São passados dez anos, realmente há fatos consumados. A eficácia seria a partir do momento, se majoritária a corrente, em que deferida a medida acauteladora. Ou seja, projetada a apreciação no tempo, só teremos o agravamento da situação, com surgimento de novos casos e criação de novas organizações, complicando-se ainda mais o quadro.

Por isso é que talvez, a esta altura, fosse interessante, realmente, pensarmos em indeferir para estancar - e Vossa Excelência aponta como inconstitucionalidade manifesta - a prática de atos, deixando para julgar em definitivo com voto mais substancial. Não acredito na repercussão ressaltada em voto pelo ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A suspensão da cautelar da lei, hoje, com eficácia **ex nunc**, repercutiria diretamente sobre todos esses contratos hoje em vigor.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Poderíamos acionar o artigo 27.



ADI 1.923-MC / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não dá para aplicar o artigo 27 em relação à liminar, estamos exatamente em sede de cautelar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A liminar, normalmente, tem efeito a partir do momento em que é formalizada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Cessaram os efeitos.

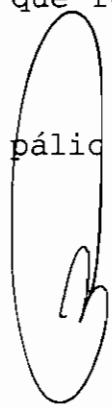
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas para cessar o efeito da lei, e repercute nos contratos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quanto ao surgimento de novas situações jurídicas, de novos contratos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tira toda a base jurídica.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E tudo que for feito sob o pálio da lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sob o pálio da lei, inclusive quanto ao contrato de gestão **ex nunc**.



01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5
DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente,
data venia, não vendo nenhuma inconstitucionalidade manifesta, indefiro a
liminar. *CP*

01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, há, na Constituição Federal, princípio básico relativamente à Administração Pública - e diria que é a regra, consubstanciando exceção tudo que possa ser considerado fora das balizas próprias. Refiro-me ao inciso XXI do artigo 37. Esse inciso contém cláusula compelindo a Administração Pública a contratar, mediante tratamento isonômico, mediante igualdade de condições, todos os concorrentes via instituto salutar, que é o da licitação.

Então, a meu ver, nesse exame preliminar, sem comprometimento maior, levando em conta o julgamento em definitivo, peço o primeiro dispositivo atacado no que incluiu mais uma forma de abandono do critério que apontei como salutar - o da licitação -, ou seja, o abandono do certame, tendo em vista o tratamento igualitário dos concorrentes, para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais. E esse abandono se faz de forma peremptória, respeitados os serviços ditos essenciais, porquanto a cargo, realmente, do Poder Público, a cargo do Estado.

Reconheço que a situação desses serviços é das mais precárias - eles não atendem aos anseios sociais -, mas eis o que prevê o artigo 1º da Lei 9.637/98:

ADI 1.923-MC / DF

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta Lei.

Não temos, conjugando os dois dispositivos, a dispensa da licitação em razão de serviço, como é próprio, considerada a Lei 8.666/93. Há a possibilidade de contratação linear sem se observar, repito, o tratamento igualitário.

Permito-me, de início, subscrever o voto inicialmente prolatado pelo ministro Eros Grau.

No artigo 11, a lei preceitua:

"Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas" - portanto, aqui há um ato prospectivo concreto - "como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais."

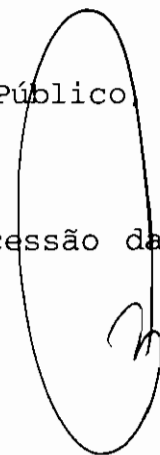
Inclusive no campo tributário, claro.

E prossegue:

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

Uma verdadeira substituição do Poder Público, repito, sem a licitação.

No artigo 14 - e aí vou além na concessão da medida acauteladora -, está previsto:



Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

Viabiliza-se, portanto, a mão-de-obra nessa parceria que virá a ocorrer, reitero, sem a licitação.

Defiro, portanto, a liminar, indo além do voto proferido pelo ministro Eros Grau, também no tocante ao artigo 14.

A SR^a. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Mas os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa deferiam com relação aos arts. 11 a 15.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então acompanho também, no ponto, Sua Excelência no voto primitivo.

O artigo 17 dispõe:

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Obras e serviços seriam contratados, pelo Estado, mediante licitação. No caso não se cogita de licitação, porque a organização social é uma pessoa jurídica de direito privado. Com a utilização de recursos públicos, operá-los-á sem licitação.

Defiro o pleito de suspensão quanto ao artigo 17. O artigo 20 foi mencionado pelo ministro Eros Grau, o voto primitivo de Sua Excelência também resultou na suspensão desse preceito. Subscrevo-o.

ADI 1.923-MC / DF

Em síntese, reconhecendo que há talvez mais utilidade - e a opção da Constituição Federal, de uma forma abrangente, foi pela homenagem à iniciativa privada - na prestação dos serviços pela iniciativa privada, tendo em conta a precariedade dos serviços que são realizados pelo setor público, não vejo como, diante da Constituição Federal e neste exame preliminar, placitar as duas leis.

Defiro a medida acauteladora, ressaltando que surgiram situações constituídas com a passagem do tempo e desde a vinda à balha dos preceitos, mas a medida acauteladora não alcança essas situações em si.

Suspendo a eficácia das leis - são duas - sem, no entanto, haver reflexo no que existe, hoje, no mundo jurídico, no Brasil, quanto ao funcionamento das organizações sociais já constituídas e que formalizaram atos - reconheço - à margem da Carta Federal. Deixarei para examinar essa problemática no futuro, podendo, inclusive, acionar o artigo 27 da Lei de regência - atos. Suspendo os preceitos.

É como voto.

01/08/2007

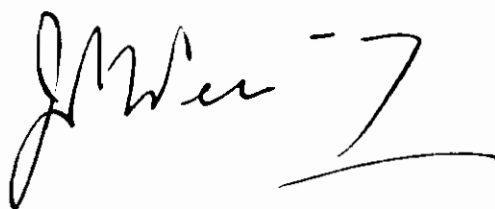
TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sra. Presidente, pelas anotações que tenho, limitara-me a indeferir a liminar quanto à saúde. Porque havia fundamento, a meu ver, explícito nos arts. 196 e 197 da Constituição.

Com a vênia dos votos coincidentes, o do Ministro Gilmar Mendes, pelo menos em termos de medida cautelar, me convence a acompanhar o Relator, o Ministro Galvão, para indeferir totalmente a liminar - matéria que o Tribunal poderá enfrentar com maior cuidado no julgamento definitivo.



Nc.

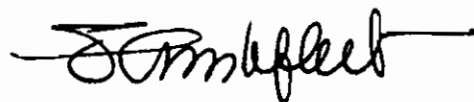
01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
1.923-5 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Também eu, rogando vênia aos colegas que divergiram do eminente Relator, Ministro Ilmar Galvão, voto neste momento pelo indeferimento da medida cautelar.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. ILMAR GALVÃO

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. EROS GRAU (ART.38,IV, b, DO RISTF)

REQTE.: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADVDS.: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

REQTE.: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVDS.: CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO

REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Após o Relatório, o julgamento foi **adiado** por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 24.6.99.

Decisão : Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), **indeferindo** o pedido de medida liminar, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 05.8.99.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que indeferia o pedido de liminar, acompanhando o Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Não participa da votação o Senhor Ministro Carlos Britto, por suceder ao Senhor Ministro Ilmar Galvão, Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 29.03.2006.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, deferindo a cautelar para suspender a eficácia do artigo 1º da Lei nº 9.648/98 e dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, no que foi acompanhado

pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa, e do voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar somente em relação ao artigo 24, inciso XXIV, da Lei nº 9.648/98, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal deliberou retificar proclamação de assentada anterior para constar o voto do Senhor Ministro Moreira Alves que, em relação artigo 1º da Lei 9.637/98, acompanhou integralmente o Relator, e os votos dos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que, quanto ao mesmo artigo, acompanhavam o Relator em relação à prestação dos serviços de saúde. Não participam da votação, em relação ao artigo 1º da Lei 9.637/98, os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, por sucederam aos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira. Não votam a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Carlos Britto, por sucederam aos Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 02.02.2007.

Decisão: O Tribunal, por maioria de votos, indeferiu a cautelar, vencidos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que deferia a cautelar para suspender a eficácia dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.648/98; o Senhor Ministro Marco Aurélio, que também deferia a cautelar para suspender os efeitos dos artigos 1º, 5º, 11 a 15, 17 e 20 da Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, na redação do artigo 1º da Lei nº 9.648/98; e o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar somente com relação ao inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/93, na redação do artigo 1º da Lei nº 9.648/98. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Reformulou o voto proferido anteriormente o Senhor Ministro Eros Grau, que lavrará o acórdão. Com relação ao artigo 1º da Lei nº 9.637/98, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira acompanhavam o Relator somente em relação à prestação dos serviços de saúde. Os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes não votaram relativamente ao artigo 1º da Lei nº 9.637/98 por sucederam aos Senhores Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira que já haviam votado quanto a esse artigo. Não participaram do julgamento a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Carlos Britto por sucederam, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão (Relator). Plenário, 01.08.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes,

Supremo Tribunal Federal

391

Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau,
Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio
Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

71

01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. ILMAR GALVÃO
RELATOR PARA O : MIN. EROS GRAU (ART.38, IV, b, DO RISTF)
ACÓRDÃO
REQUERENTE : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADVOGADOS : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS
REQUERENTE : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADVOGADOS : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E
OUTRO
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO *PERICULUM IN MORA*.

1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.

3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.

4. Medida cautelar indeferida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir a cautelar.

Brasília, 1º de agosto de 2007.


EROS GRAU

-

RELATOR P/ O ACÓRDÃO