



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial
14/12/2007 18:26 204212


AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 1.923-6/DF

REQUERENTES: Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático
Trabalhista

REQUERIDOS: Presidente da República e Congresso Nacional

RELATOR: Exmo. Senhor Ministro Carlos Britto

Direito Administrativo. Organizações Sociais. Lei nº 9.637, de maio de 1998. Art. 24 da Lei nº 8.666, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Dispensa de licitação. Transferência da execução de serviços públicos. Repasses de recursos públicos a entidades privadas. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 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; 209; 211, § 1º; 213; 215, caput; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º e 5º; e 225, § 1º, da Constituição Federal. No mérito, manifestação pela constitucionalidade das normas impugnadas.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, em atendimento ao disposto no § 3º do art. 103 da Constituição Federal e no despacho de fl. 404, vem manifestar-se acerca da presente ação.



I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), tendo por objeto a Lei Federal nº 9.637, de maio de 1998, que *“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”*, bem como o art. 24 da Lei nº 8.666, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Os diplomas legais impugnados constam integralmente da petição inicial.

Alegam os requerentes que as citadas leis seriam inconstitucionais, supostamente por violarem os arts. 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; 209; 211, § 1º; 213; 215, caput; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º e 5º; e 225, § 1º, todos da Constituição Federal.

O Presidente da República, através da Mensagem nº 164, encaminhou as informações elaboradas pela Consultoria-Geral da União.

O Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido cautelar, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“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.”

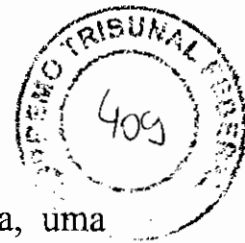
Redistribuídos os autos ao Ministro Carlos Britto, determinou-se vista, sucessivamente, à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República, consoante prevê o art. 8º da Lei nº 9.868/99.

Vieram os autos, assim, para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – DO MÉRITO

II.1. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 22, XXVII, e 37, XXI, CAPUT, TODOS DA CONSTITUIÇÃO

Sustentam os requerentes que o artigo 1º da Lei nº 9.648/1998, ao alterar o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993, para autorizar a celebração de contratos de prestação de serviços entre o Poder Público e as organizações sociais, com dispensa de licitação, violou os dispositivos constitucionais já mencionados.



Não ocorre, entretanto, a inconstitucionalidade apontada, uma vez que cabe à lei disciplinar as hipóteses de dispensa de licitação. Nesse sentido dispõe a ressalva inicial contida no artigo 37, XXI, da Constituição:

“Art. 37. (...) XXI - ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (Negritou-se).

Na verdade, a lei atacada, no ponto específico, foi editada em consonância com o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que atribui à União competência para fixar regras gerais sobre licitação.

Nota-se, ademais, que o Constituinte facultou ao legislador afastar a concorrência pública, desde que fundado em critérios razoáveis. Nessa linha, confira-se a lição Marçal Justen Filho:

“A Constituição acolheu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos por lei”.¹ (Negritou-se)

José Afonso da Silva também destaca a possibilidade de o legislador excepcionar a licitação, a saber:

“Constitui um princípio instrumental (a licitação) de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.

O art. 37, XXI, alberga o princípio nos termos seguintes: ‘ressaltados os casos especificados na legislação, as obras,

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 227.



serviços, compras alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam as obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis às garantias do cumprimento das obrigações'. A ressalva inicial possibilita à lei definir hipóteses específicas de inexigibilidade e de dispensa de licitação."² (Negritou-se).

Assim, a dispensa de licitação, no caso, insere-se no espaço de conformação outorgado ao legislador.

Todavia, cabe destacar que, em relação às contratações entre as organizações sociais e particulares, a lei impugnada impõe a adoção de procedimentos específicos (art. 4º, VIII; e 17, da Lei nº 9.637/98)³, preservando-se, com isso, o núcleo essencial do princípio licitatório.

Dessa forma, não se trata de pura e simples dispensa de licitação, mas sim de instituição de peculiar regime jurídico para as organizações sociais, a fim de atender aos objetivos gerenciais visados pelo legislador. vale dizer, maior eficiência no desempenho das respectivas atribuições finalísticas.

Além disso, o pacto firmado entre o Poder Público e as organizações sociais não constitui tecnicamente "contrato" de gestão, uma vez que há convergência de interesses, bem assim inexistente finalidade lucrativa, o

² DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12ª ed.. São Paulo, Malheiros. 1996. p. 618/619.

³ Lei nº 9.637/98:

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

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;

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."



que, por si só, permitiria afastar a exigência de licitação. Nesse sentido, observe-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho⁴:

“A despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que, embora bilaterais, não há contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio melhor há de enquadrar-se como convênio.

Avulta, ainda, notar que, em virtude do caráter específico de tais contratos, nos quais há verdadeira cooperação entre as partes no que toca ao interesse público a ser perseguido, descartando-se qualquer aspecto mercantil ou empresarial, a lei prevê hipótese de dispensa de licitação, admitindo, em consequência, a contratação direta com a organização social.” (Negritou-se).

À semelhança dos convênios, a dispensa de licitação para os contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais é constitucional⁵.

No mais, vale dizer que recentemente o Supremo Federal reconheceu a constitucionalidade de lei que afastou o procedimento licitatório, em razão da inadequação da competição, de forma a evidenciar o caráter relativo da referida obrigação de concorrência pública, *verbis*:

“1. A dispensa de licitação em geral é definida no artigo 24, da Lei n. 8.666/93; especificadamente --- nos casos de alienação, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública --- no seu artigo 17, inciso I, alínea "f". Há, no caso dos autos,

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 14ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2005, p. 284.

⁵ Nesse sentido, confira-se: STF, Inquérito nº 1957/PR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, DJ 11-11-2005 PP-00007.



6



inviabilidade de competição, do que decorre a inexigibilidade de licitação (art. 25 da lei). O loteamento há de ser regularizado mediante a venda do lote àquele que o estiver ocupando. Consubstancia hipótese de inexigibilidade, artigo 25. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.”⁶ (Negritou-se).

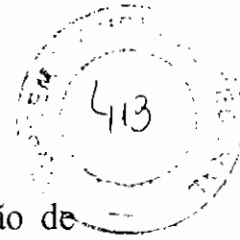
Nota-se, desse modo, que o princípio licitatório não é absoluto, podendo ser afastado nos casos previstos em lei, notadamente se houver convergência de interesses, como no caso sob análise, em que as organizações voltam-se para o exercício, sem fins lucrativos, de atividades relativas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º, Lei nº 9.637/98).

Portanto, não se sustentam os argumentos de inconstitucionalidade por violação dos arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da Carta Magna, visto que a norma foi editada no espaço de conformação deferido ao legislador infraconstitucional.

II.2. INEXISTÊNCIA DE VULNERAÇÃO DOS ARTS. 37, II; E 40, I, III, ALÍNEAS “A” a “D”, § 4º, TODOS DA CARTA MAGNA

A respeito da alegação de vulneração dos dispositivos acima citados, vale destacar que nenhum artigo da Lei nº 9.637/98 infringe a exigência de prévio concurso público para provimento de cargos e empregos na Administração Pública (art. 37, II, CF/88). E a razão é simples: as organizações sociais não integram a Administração Pública e, sendo assim, a contratação e a remuneração de pessoal, no âmbito das mencionadas entidades, subordina-se às normas comuns a qualquer entidade privada.

⁶ ADI 2990/DF, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, DJE-087 DIVULG 23-08-2007.



Incumbirá, desse modo, às organizações sociais a execução de serviços **em regime de parceria** com o Poder Público, segundo os critérios indicados nos contratos de gestão – verdadeiros convênios –, sem, contudo, desnaturá-las.

Com efeito, as organizações sociais não constituem novo tipo de pessoa jurídica, mas tão-somente recebem qualificação jurídica, atendidos os diversos requisitos legais. Nesse sentido, professa Paulo Modesto⁷:

“No aspecto da parceria, as organizações sociais definem-se como instituições do terceiro setor (pessoas privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividades de relevante interesse coletivo), pois possuem o mesmo substrato material e formal das tradicionais pessoas jurídicas privadas de utilidade pública. Não são um novo tipo de pessoa jurídica privada nem entidades criadas por lei e encartadas na estrutura da administração pública. São pessoas jurídicas estruturadas sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos. Ser organização social, por isso, não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um título jurídico especial, conferido pelo Poder Público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei. Esses requisitos são de adesão voluntária por parte das entidades privadas e estão dirigidos a assegurar a persecução efetiva e as garantias necessárias a uma relação de confiança e parceria entre o ente privado e o Poder Público.”

Continua, noutra passagem, o autor:

“As organizações sociais, no modelo proposto, não serão autarquias veladas, nem titularizarão qualquer espécie de prerrogativa de direito público. Não gozarão de prerrogativas processuais especiais ou prerrogativas de autoridade. Não estarão sujeitas à supervisão ou tutela da administração pública direta ou indireta, respondendo apenas pela execução e regular aplicação dos recursos e bens públicos vinculados ao acordo ou contrato de gestão que firmarem com o Poder Público. Não serão instituídas por lei nem custeadas na sua integridade, de modo necessário, pelo Poder Público. Serão entidades privadas reconhecidas pelo Estado,

⁷ Disponível em:

<http://www.direitopublico.com.br/pdf/9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-PAULO-MODESTO.pdf>
Acesso em 05/12/2007.



à semelhança das atuais entidades de utilidade pública, devendo sua constituição jurídica à iniciativa voluntária de indivíduos. Não serão criaturas do Estado, nem sucessoras necessárias de entidades públicas extintas. Podem ser reconhecidas ou qualificadas como tais independentemente da extinção de qualquer ente público existente. Quando forem autorizadas a assumirem, porém, atividades e prédios anteriormente ocupados por entidades extintas — benefício incomum hoje, mas não inconcebível para as próprias instituições tradicionais de utilidade pública —, mediante autorização legal específica, nem por isso deixarão de ser ou agir como pessoas privadas para transformarem-se em entes do Estado.”

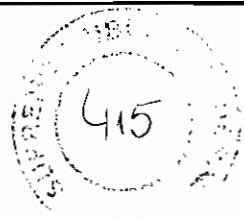
Nota-se, assim, que as organizações sociais não integram o sistema formal da Administração Pública, daí porque inaplicável a exigência do concurso público.

Quanto à alegação de ofensa ao disposto no art. 40, caput e § 4º, da Constituição, na medida em que a cessão especial de servidor público às Organizações Sociais teria afetado os direitos à aposentadoria integral e paridade de reajustes entre ativos de inativos e pensionistas, também não há inconstitucionalidade a ser sanada.

Com efeito, foram preservados todos os direitos e vantagens dos servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e entidades extintos pela Lei nº 9.637/98, nos termos do seu art. 22, inciso I, *verbis*:

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

1 - 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;”



Logo, não se sustentam os argumentos dos requerentes no sentido da violação aos direitos previdenciários dos servidores integrantes dos órgãos e entidades extintos pela Lei nº 9.637/98.

II.3. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 49, X; 70, PARÁGRAFO ÚNICO; 71, II E III; 74, I, II, III E IV, §§ 1º E 2º, DA LEI MAIOR

Alegam os requerentes que não existiriam controles externos eficazes dos atos praticados pelas organizações sociais.

No entanto, a Lei nº 9.637/98 possui inúmeros dispositivos referentes à fiscalização das atividades das organizações sociais por parte do Poder Público. Nesse aspecto, veja-se o que dispõe o art. 8º, *verbis*:

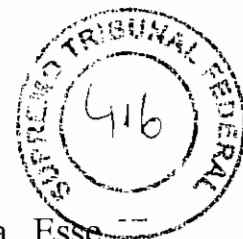
“Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 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”.

No mesmo sentido, o art. 9º da referida lei obriga os agentes públicos responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, a darem ciência ao



Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. Esse dispositivo, como se observa, possui redação similar àquela do art. 74, § 1º, da Lei Maior.

Desse modo, há referência expressa na lei quanto ao controle efetuado pela Corte de Contas sobre as organizações sociais, até porque tais entidades poderão utilizar-se de bens, dinheiros ou valores públicos pertencentes a entidades federais, o que tornaria aplicável, por si só, a regra contida no art. 70, parágrafo único, CF/88. Também inexistente qualquer óbice à atuação externa de outros órgãos competentes pelo controle administrativo.

Assim, mostra-se descabida a alegação de afronta à Carta Magna, por ausência de controle externo sobre os atos das organizações sociais.

II.4. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA ÀS PRERROGATIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Também não há afastamento das funções fiscalizatórias do Ministério Público. Com efeito, o artigo da lei que supostamente violaria o art. 129, I a III, da Carta está assim redigido:

*“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**”.* (Negritou-se).

Na verdade, a lei atacada, além de prever a representação ao Ministério Público por irregularidades ou ilegalidades, estabelece outros



instrumentos de controle dos atos praticados pelas organizações sociais, a exemplo da comunicação ao TCU (art. 9º da Lei nº 9.637/98⁸), bem assim à Advocacia-Geral da União, para adoção das medidas necessárias, inclusive solicitação de indisponibilidade dos bens da entidade, dirigentes ou terceiros que tenham enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Nota-se, pela simples leitura do artigo da lei, que inexistente óbice ao desempenho das funções institucionais do Ministério Público. Portanto, não há qualquer afronta ao disposto no artigo 129 da Constituição Federal.

II.5. EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO PRIVATIVOS

Ademais, os requerentes insurgem-se contra suposta transferência da execução de alguns serviços para as organizações sociais, a saber: saúde (arts. 194, parágrafo único; 196; 197; e 199, § 1º, da CF); educação (arts. 205; 206, III/VI; 208, I a VII, §§ 1º e 2º; 211, § 1º; e 213, I e II, da CF); cultura (arts. 215; e 216, I a V e § 1º, da CF); ciência (art. 218, §§ 1º a 5º, da CF); e meio ambiente (art. 225, § 1º, incisos I, II, V e VII, da CF).

Sustentam, ainda, que haveria, afronta ao artigo 175 da Constituição, pois a “delegação” de tais serviços, se possível, careceria de licitação. Reputam inconstitucional o repasse de bens e recursos orçamentários a entidades privadas.

Os diversos artigos da Constituição invocados como parâmetro de controle referem-se, invariavelmente, a todo o campo de atuação das organizações sociais (saúde, ensino, desenvolvimento tecnológico, proteção e

⁸ Lei nº 9.637/98: “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.”

12



preservação do meio ambiente, pesquisa científica e cultura – art. 1º da Lei nº 9.637/98⁹).

Como sabido, os serviços públicos são de titularidade do Estado, que está obrigado a prestá-los diretamente, ou através de concessão ou permissão (indiretamente), precedida de licitação.

No entanto, em alguns casos, o Estado está jungido a prestá-los sem exclusividade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, são eles os seguintes: educação, saúde, previdência social, assistência social, radiodifusão sonora de sons e imagens¹⁰. O citado autor destaca que, nesses casos, “*aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão*”.

No âmbito de atuação das organizações sociais, inexistente qualquer determinação de prestação exclusiva pelo Estado dos servidores ali indicados; ao contrário, a Constituição determina, por exemplo, que a assistência à saúde fique livre à iniciativa privada (art. 199)¹¹. Na seara da educação, encontra-se dispositivo com idêntico teor (art. 209)¹². Já em matéria ambiental, destaque-se a previsão do art. 225¹³, segundo a qual o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por fim, no art. 215, *caput*¹⁴, da Carta, há previsão de que o Estado apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

⁹ Lei nº 9.637/98: “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 aos requisitos previstos nesta Lei.”

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 650.

¹¹ CF/88: “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

¹² CF/88: “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições (...).”

¹³ CF/88: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

¹⁴ CF/88: “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”



Assim, nas mencionadas áreas ou atividades, a atuação do Poder Público é basicamente de controle (Poder de Polícia, fomento, etc), uma vez que a Constituição confere autonomia aos particulares.

Dessa forma, é evidente que a Constituição não impõe regime público exclusivo no desempenho dos serviços atualmente facultados às organizações sociais. Ressalte-se, aliás, que é a própria Carta Política que determina a liberdade de atuação da iniciativa privada, inexistindo inconstitucionalidade no apoio ao desenvolvimento de tais atividades, tampouco se mostra cabível o estabelecimento de prévio procedimento licitatório.

Nesse aspecto, não há qualquer vedação à prestação de auxílio financeiro às organizações sociais que atuam nessas áreas, notadamente porque o repasse de recursos orçamentários, bens públicos ou cessão de servidores deverá ocorrer dentro do limite necessário ao cumprimento do contrato de gestão, a exemplo do que já ocorre com alguns convênios.

A esse propósito, exemplificativamente, a Carta de 1988 estabelece, no art. 199, § 2º, ser vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, o que, a contrário senso, permite o recebimento de recursos públicos por entidades sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de saúde.

Nessa linha, em matéria de ensino, o art. 213 da Constituição¹⁵ prevê a transferência de recursos públicos para entidades filantrópicas.

¹⁵ “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: (...)” (Negritou-se).

420

Paulo Modesto indica outros dispositivos constitucionais que se referem à colaboração entre a Administração Pública e entidades particulares, a saber:

“Outras disposições constitucionais referem de forma reflexa esta mesma forma de colaboração de entidades particulares com a administração pública, a saber: (1) igrejas (arts. 19, I - colaboração, de interesse público, com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; art. 226, § 2º, celebração do casamento religioso com efeito civil; art. 213, escolas confessionais); (2) instituições privadas de educação (art. 150, VI, c - imunidade tributária, desde que sem fins lucrativos); (3) instituições de assistência social beneficentes ou filantrópicas (art. 150, VI, c - imunidade tributária, desde que sem fins lucrativos; art. 195, § 7º - isenção de contribuição para a seguridade social); (3) terceiros e pessoas físicas e jurídicas de direito privado na área da saúde (arts. 197 - declaração de relevância pública das ações e serviços de saúde pelos mesmos executados); (4) organizações representativas da população (art. 30, X - cooperação no planejamento municipal; art. 58, II - participação de audiências públicas de comissões do Poder Legislativo); (5) serviços notariais e de registros (arts. 236, e §§ - serviços privados mas por delegação do poder público); (6) entidades privadas em geral - art. 74, II (cabe ao sistema de controle interno integrado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a comprovação da legalidade e avaliação dos resultados, também quanto à eficácia e eficiência, da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado).”

Perceba-se, assim, que o objetivo do Estado não é o de se afastar do desenvolvimento direto de atividades nas referidas áreas, até porque estaria impedido por força de inúmeras disposições constitucionais (arts. 196, *caput*; 206, III; 216, § 1º; e 225), mas sim permitir resposta eficiente às crescentes demandas sociais, por meio de parcerias com a iniciativa privada. Nessa perspectiva, caberá ao Poder Público, além da função reguladora, a prestação de serviços que não encontre na comunidade interessados em executá-los, bem assim oferecer os serviços públicos básicos e econômicos estratégicos.

Como se vê, trata-se de nova concepção social, ideológico-administrativa e jurídica, que, diante da abertura das normas constitucionais, não revelam, *a priori*, qualquer inconstitucionalidade.


421


III – DA CONCLUSÃO

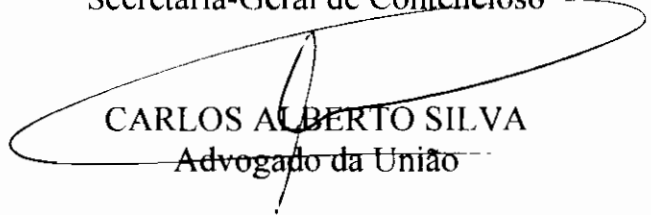
Ante o exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União, no mérito, pela improcedência dos pedidos contidos na inicial, confirmando-se, ao final, os termos do julgamento da liminar.

São essas, Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer, em face do o disposto no art. 103, § 3º, da Constituição da República.

Brasília, 14 de dezembro de 2007.


EVANDRO COSTA GAMA
Advogado-Geral da União-Substituto


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso


CARLOS ALBERTO SILVA
Advogado da União