



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

249090

Nº 6947. PGR. AF

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.923

REQUERENTE : PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT  
REQUERENTE : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT  
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
REQUERIDA : CONGRESSO NACIONAL  
RELATOR : Ministro **Carlos Britto**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenadoria de

Processamento Inicial

29/06/2009 12:32 81555



*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. CONTRATO DE GESTÃO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO. REPOSICIONAMENTO DO ESTADO. MIGRAÇÃO QUE, EM SI, NÃO DEVE SER RECHAÇADA. A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO, SEJA POR QUE REGIME JURÍDICO FOR, NÃO PODE IGNORAR A FORÇA DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA DEVE ESTAR SUJEITO A CONTROLE SOCIAL. DEVIDA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA DECISÃO POLÍTICO-PÚBLICA. QUALIFICAÇÃO DAS ENTIDADES QUE NÃO PODE FICAR ENTREGUE A UM INDESEJÁVEL SUBJETIVISMO DO GESTOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. CONTRATAÇÃO QUE, SEGUINDO O MODELO DA LEI 9.637/98, DEVE SER DEVIDAMENTE JUSTIFICADA, EM PADRÕES PASSÍVEIS DE FISCALIZAÇÃO, ALÉM DE OBSERVAR A DEVIDA PUBLICIDADE. AS INSPIRAÇÕES TEÓRICAS DO MODELO RECUSAM QUE SE UTILIZE, GENERICAMENTE, A DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA QUE A ENTIDADE CONTRATE COM O PODER PÚBLICO. É ABSOLUTAMENTE ABERTO O CAMINHO PARA CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELO TRIBUNAL DE CONTAS. PARECER PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS.*

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em impugnação à Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, assim como ao art. 24, XXIV, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, na redação dada pela Lei 9.648, de 27 de maio de 1998.





2. A Lei 9.637/98 rege a instituição, o controle e a extinção das organizações sociais, assim como o processo pelo qual absorvem atividades executadas por entidades público-estatais, que então se dissolvem, tudo sob a inspiração do Programa Nacional de Publicização. A previsão do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, por sua vez, admite a celebração de contratos de prestação de serviços entre organizações sociais e o Poder Público sem a exigência de licitação.

3. As disposições têm a seguinte redação, a que ponho ênfase nas passagens mais significativas para a melhor compreensão da controvérsia:

**Lei 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.**

**Art. 2º 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;

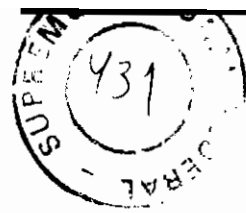
d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

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 os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

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;

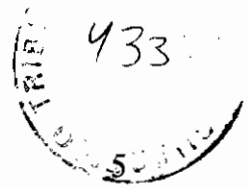
IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

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 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.

#### 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 juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

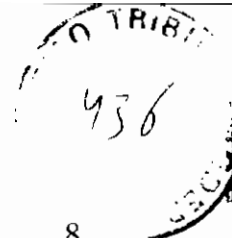
Art. 15. São **extensíveis**, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3º, **para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios**, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e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



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 **entidades 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 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 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 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'.

§ 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 1.648-7, de 23 de abril de 1998.

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

**Lei 8.666/93, na redação dada pela Lei 9.648/98.**

"Art. 24 É dispensável 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."

4. Inspirado no Plano de Reforma do Aparelho do Estado, o modelo impugnado dá chance a que o Poder Executivo se demita de prestar atividades no campo do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e da preservação ao meio ambiente, da cultura e da saúde, sob a justificativa de que sua atuação nesses campos é, via de regra, débil, a ser então melhor enfrentada e executada por organismos privados, que por sua natureza jurídica, teriam mais aptidão para gerir atividades nesses setores.

5. O argumento formulado na petição inicial é o de que existe contradição nesse sistema, justificado na eficiência do modelo privado de regência, mas, ao mesmo tempo, abraçado a posições e figuras publicizadas, intermediadas por contratos de gestão, destinam verbas, bens e pessoal públicos para o cumprimento, pelas organizações sociais, de suas atribuições, como ainda a facilitada contratação pelo Poder Público desses agentes que, distinguindo-se dos demais personagens econômicos, estão dispensados de participar de licitações.

6. Num segundo passo surge a ideia de um enfraquecimento, pelo modelo adotado na Lei 9.637/98, dos regimes de controle das atividades públicas. A prevalência do tom privado na constituição e na ação das organizações sociais, adotado para efeito de justificar a eficiência na prestação do serviço que se propõem a executar, implica sua subtração dos ordinários e constitucionais filtros de controle e de fiscalização a que todas entidades público-estatais estão, via de regra, sujeitadas. A atividade em si,

que é pública, deixa de atender a mínimos padrões de verificação por parte da sociedade. Nisso, vez mais, surge na peça inicial o desenho da dispensa de licitação, que, num plano convencional, não teria cabimento, mas para o universo destacado pela Lei 9.637/98, livra as organizações sociais – e aí também a execução da atividade desempenhada – de se sujeitarem a contratar por licitação e de serem contratadas por igual processo.

7. As imbricações de institutos de direito público e as práticas típicas de direito privado, essencialmente no que toca a contratação de pessoal e a fixação de sua remuneração, são matéria também de debate, com apontamento de ofensa aos arts. 37, II, ao princípio da legalidade e a regras que tratam de previdência dos servidores públicos.

8. Especialmente quanto ao tópico que se dedica à execução, por organizações sociais, de atividades ligadas à saúde, aduzem os requerentes que esse campo, no que lhe é executado pelo Poder Público, sob as regras do sistema único de saúde, não pode ser, por essência, coberto por entidades privadas, salvo excepcional quadro de abstenção dos órgãos estatais. Igual raciocínio valeria não só para as instituições de ensino, que não poderiam ser extintas para terem suas atividades assumidas por entidades privadas, como também para organismos públicos que lidam com a proteção ao meio ambiente.

9. Há, em articulado a parte, a indicação de ofensa ao art. 129 da Lei Maior, por se ter excluído a fiscalização permanente do Ministério Público sobre a execução dos tais contratos de gestão ou da atividade das organizações sociais, que só ocorreria, pelo que se contém no art. 10 da Lei 9.637/98, em casos de se verificar, previamente, a gravidade dos fatos ou a existência de interesse público.

10. Prestadas informações pela Presidência da República a fls. 187-193, iniciou-se o exame do **pedido de liminar** pelo Plenário, que, ao fim de extensos debates, acabou **indeferido** – ementa a fls. 392-393.

11. A Advocacia Geral da União manifestou-se pela constitucionalidade das normas, em atenção ao art. 103, § 3º, da CRF/88, vindo os autos, em seguida, à Procuradoria Geral da República.

10. Não posso me manifestar pela integral inconstitucionalidade das previsões normativas trazidas ao exame da Suprema Corte, pois reconheço, em sintonia com a doutrina<sup>1</sup>, que existe um movimento legítimo

1 Por todos, ver MEDAUAR, Odete. *Nova crise do serviço público*. In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional – em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. Em conclusão, escreve: “Pode-se pensar de modo

pela superação – sob bases criteriosas – do conceito de serviço público, ao menos no que lhe é tomado pelo critério orgânico. Não será a participação do Estado diretamente numa determinada atividade que indicará a existência de um serviço público.

11. A atividade administrativa desloca-se para a prestação, mas também se guia pelos seus requisitos, que são a eficiência, o serviço ao cidadão e o intercâmbio entre prestação e a contraprestação, segundo PAREJO ALFONSO<sup>2</sup>. O esgotamento do termo “prestação”, que apenas explica um fenômeno, têm feito os conceitos de direito administrativo se desenvolverem. À prestação são somados as ideias de novos princípios: coordenação, ponderação, estabelecimento de prioridades e concordância prática entre necessidades, interesses e bens<sup>3</sup>. Temos aqui o cenário para o surgimento do Estado pós-social, em que há um reposicionamento, no qual se acaba por prestigiar uma posição de **planejamento, fomento e controle** por parte do Poder Público<sup>4</sup>.

12. É preciso reconhecer que a Constituição destaca e elege posições de prestação a que o Estado brasileiro está obrigado, mas, ao mesmo tempo, ainda não se vê habilitado, seja material, seja estruturalmente, a fazer frente, ao menos não nos moldes convencionais do direito administrativo clássico. São admissíveis, *a priori*, esquemas que se sobreponham a tais perspectivas, pretendendo dar solução ao descompasso entre esse Estado prestacional que (deveria) nos serve (servir). Isso parece ser ainda mais verdadeiro nos espaços de atuação que a Constituição outorga não só ao Estado, mas também admite, se não mesmo propõe, sua participação conjunta com os particulares (ou do mercado, como preferem denominar alguns) – caso da saúde e da educação, primordialmente (CRF, arts. 199, § 1º, 204, I, 205, 216, § 1º e 227).

13. O verdadeiro debate está, ao que me parece, na avaliação específica do modelo proposto pela Lei 9.637/98, e deve partir do exame da

---

*evolutivo no tocante ao serviço público. A concepção clássica pode não vigorar hoje nos seus exatos termos. Aliás, deve-se lembrar que em sua noção Duguít não associou serviço público a gestão estatal. O serviço público muda sua conformação segundo as transformações da sociedade, da tecnologia, da política. Pode-se inserir o dado econômico, a concorrência, a gestão privada, sem nunca deixar de lado o social, a coesão social, os direitos sociais. E sem abolir a presença do Estado. As atividades essenciais à coletividade não podem ficar à mercê somente do jogo do mercado. Neste aspecto mantém-se atual o pensamento de Duguít, expresso nas primeiras décadas do século XX. Também permanece atual o francês Demichel, para quem 'a noção é indispensável. Expressa uma atividade submetida não às únicas leis do mercado, mas a regras de funcionamento do Estado, que impõem a este uma exigência, esse elemento de exigência é precioso porque é elemento de proteção de classe menos favorecidas'. Eu diria: é elemento de proteção de toda a coletividade" (p. 537-538).*

2 Apud ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Almedina, 1999, p. 101.

3 Ainda PAREJO ALFONSO, citado por ESTORNINHO, p. 101.

4 ESTORNINHO, p. 101-102.

sua adequação não só à dogmática que permeia toda essa ideia, mas também às previsões constitucionais.

14. Parece-me absolutamente acertada a oportuna avaliação que MARIA JOÃO ESTORNINHO leva a frente em dissertação de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

15. Ao tratar da reforma e da reestruturação da Administração Pública – e num enfoque bem mais amplo do que poderiam sugerir suas referências à “Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração Pública”, congênere portuguesa do nosso Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, a ponto de abarcar uma teoria geral mesmo do fenômeno da “fuga da atividade administrativa para o direito privado”<sup>5</sup> – os estudos da autora, menos que reveladores de uma realidade já conhecida, são hábeis em nos guiar pela evolução do Poder Público, e tornar ainda mais claros dados que são bem demarcados pela teoria do Estado.

16. Os estudos são inaugurados com uma pertinente consideração. O Estado, então absoluto, num dado momento, repartiu-se em duas porções: de um lado o Poder de fato absoluto, soberano; de outro a sua antítese, que se punha em patamar de sujeição ao direito privado, sem soberania. Naquele ponto, o direito privado representava a constituição de limites legais ao Estado, ao menos para um rol de atividades nas quais o Poder Público se expunha a relações jurídico-privadas. Na outra ponta, tendo natureza soberana, o governante sequer se considerava sujeito a normas jurídicas<sup>6</sup>.

17. Como resultado da emergência do Estado liberal consolida-se o princípio central de limitação do Poder Público, caracterizado na representação de que o exercício do poder demanda, ontologicamente, contornos mínimos, dados pela lei. É a configuração do princípio da legalidade. Toda a atividade estatal passa a estar sujeita à lei – então ainda ao direito privado, mas toda a administração, e não mais apenas parte dela.

18. Num passo seguinte, o Estado evolui para um plano social, assumindo novas tarefas, e então a cisão de regimes jurídicos ganha ambiente fértil. A dicotomia, que ainda hoje é entoada, entre direito público e direito privado ganha corpo. O direito administrativo em si evolui e passa a incorporar, ao lado das previsões de limites do Estado, na clássica visão liberal, também figuras e concepções de prestação, pondo em relevo as funções a que o Estado se obriga a fornecer em assistência ao mínimo

5 Apesar da autora recusar, modestamente, ter essa pretensão (p. 18).

6 ESTORNINHO, p. 353.



existencial (*Daseinsvorsorge*, conceito a designar o dever do Estado de prover a existência, fundido por FORSTHOFF).

19. Sem pretender-se aqui defender uma ou outra compreensão ou concepção de Estado, MARIA JOÃO ESTORNINHO identifica o que chama de Estado pós-social. Não é preciso embarcar nessa expressão, e em tudo o que com ela possa estar implicado, mas fato é que o Estado Providência trafega por uma crise. Na figura de ESTORNINHO, sem poder abraçar todas as causas, a Administração Pública procura desesperadamente reencontrar a sua eficiência, nomeadamente por meio de fenômenos de privatização e de revalorização da sociedade civil.

20. É pela retórica da eficiência que procura se justificar todo esse programa de publicização, como bem o nota o voto do Ministro GILMAR MENDES no julgamento da medida cautelar (mais detidamente, no item I de seu pronunciamento).

21. O reposicionamento do Estado redunda em novas formas de organização, agrupadas nos seguintes moldes: **quanto à origem**, novos personagens são criados, entidades públicas são privatizadas ou departamentos existentes ganham autonomia; **em relação aos laços com o Poder Público**, giram em torno do Estado ou são frutos de colaboração entre várias entidades públicas ou privadas; **quanto às fontes de financiamento**, são exclusivamente públicos ou mistos, com majoritaria participação de dinheiro público; e **quanto às formas jurídicas adotadas**, encaixam-se nas figuras já desenhadas pela ordem jurídica, como sociedades, associações e fundações.

22. A partir da inevitável constatação de que existem vantagens nessa migração, a grande questão está em promover-se o ponderado balanço também com os riscos que a submissão do Poder Público ao direito privado representam. Para MARIA JOÃO ESTORNINHO, de certo modo estamos a viver um retorno no modelo de Estado, que deixa de se submeter a regras jurídicas de ordem pública, para pretender atuar em plano mais soberano, cindindo-se numa dupla personalidade, a que a autora chega a intitular de dicotomia de “Dr. *Jekyll* e Mr. *Hyde*”, em alusão às duas porções de um mesmo indivíduo, conceitual e essencialmente opostas, uma boa e outra má.

23. Na advertência pertinente de LUÍS CABRAL DE MONCADA, ante a substituição do regime mais detalhadamente inspirado à proteção do particular, essa apropriação do regime jurídico-privado traz consigo um possível déficit. É o que o doutrinador português chama de

ADI Nº 1.923

“custos da eficácia”, a se referir ao recorrente argumento utilizado nesse processo, contrapondo-o ao efeito colateral obtido dessa opção, que inevitavelmente demonstra redução no plano de defesa e de garantias dos administrados frente à Administração/prestador privado do serviço<sup>7</sup>.

24. Registre-se, bem ao tom dado por ESTORNINHO, que o fenômeno da fuga para o direito privado – resultado, bem ou mal, do processo de (re)definição do papel do Estado – precisa ser exposto a juízos sérios que conduzam a delimitação (i) das novas formas de atuação da Administração e (ii) das garantias dos particulares, “*em face dessas novas actividades da Administração prestadora, perante as quais o particular fica cada vez mais dependente*”<sup>8</sup>.

25. E o palco, vez mais, se desenha para a perspectiva de absoluta superação da dicotomia do direito, como se houvesse territórios próprios e inexpugnáveis aos regimes jurídicos público e privado. Muito oportunamente, ESTORNINHO adverte<sup>9</sup>:

“Mesmo abstraindo das posições mais radicais que lhe negam qualquer valor, domina hoje a opinião segundo a qual os dois tipos de direito não são campos totalmente opostos; um dos factores responsáveis pela diluição das fronteiras tradicionais nesta matéria é o movimento de publicização do direito privado; o outro é, a par desta tendência para uma progressiva invasão dos mais variados sectores da vida social pelo Direito Público, o movimento que se verifica exactamente em sentido contrário, sendo especialmente significativo o incomensurável alargamento da Administração Pública sob formas jurídico-privadas.”

26. A aproximação dos campos, a traduzir uma idéia geral de direito menos fragmentado, não significa advogar o abandono de toda e qualquer particularidade intrínseca ao exercício e à condução da Administração Pública, que ainda se mantém num regime jurídico peculiar. Uma adequada solução parece emergir justamente da percepção de que pontos estruturais da organização do serviço, ainda que executado sob o rótulo e as inspirações privadas, devem ser identificados e resguardados a um regime jurídico específico, que não é público, mas também não pode ser privado, nos termos que ordinariamente se apresentam.

7 **Estudos de Direito Público**. Coimbra, 2001, p. 182.

8 *Idem*, p. 357.

9 *Idem*, p. 360.

f



ADI Nº 1.923

27. A postura que se toma, vez mais me utilizando dos escritos de MARIA JOÃO ESTORNINHO, pode redundar numa de duas saídas: ou se recusa, em termos absolutos, a guinada do Poder Público a figuras jurídico-privadas – o que, em suma, é a proposição tecida na petição inicial; ou, em atitude menos ideológica, apruma-se o Estado para a mudança de sentido, permitindo-lhe atuação em nova roupagem, mas – e aqui, penso, está o ponto central a demandar avaliação – **desde que tenha em consideração certas normas e princípios gerais do Direito Público**<sup>10</sup>.

28. Primeiramente, é preciso demarcar o terreno sob o qual a Administração Pública pretende edificar. Ou seja, a pergunta que precisa ser adequadamente respondida é a que traga o questionamento quanto à liberdade de escolha da Administração: considerando que a qualificação de uma dada organização social não deixa de ser uma intervenção pública, pode ela atuar em qualquer campo ou circunstâncias sob a regência de normas jurídico-privadas? Existe um juízo discricionário ou uma pseudo-autonomia da Administração em estabelecer os casos em que atuará sob o regime jurídico-privado?

29. A doutrina, como afiança ESTORNINHO, não tem aceito a construção lógica de que, se o Estado pode deixar de lado a sua posição de sujeito de direito singular, com prerrogativas especiais, está desde logo aberto o caminho à adoção do direito privado<sup>11</sup>.

30. A resposta adequada, segundo entende a jurista portuguesa, está na sistemática das regras de competências dos órgãos públicos conjugado ao princípio da especialidade. As previsões de competências estão atreladas à consecução de determinados fins. É até daqui que parte a concepção de competências implícitas, por exemplo, na Constituição da República (v.g. art. 129, IX). Às organizações sujeitas ao direito privado, quando atuem nessa condição singular, impõe-se então que estejam absolutamente atreladas a uma determinada finalidade. Soma-se a essa percepção o princípio da especialidade – a sua destinação é especial e serve de meio, e não de regra, para obtenção de um resultado –, e então se tem a fórmula segundo a qual **somente se opta pelo regime jurídico-privado quando essa tal opção está fundada na absoluta necessidade desse caminho**.

31. Tudo fica ainda mais evidente quando miramos a possibilidade que a Lei 9.637/98 dá, nos arts. 18 a 20, de se inverter o sinal de tais ou quais entidades, antes submetidas desenganadamente ao regime

10 Ob. Cit., p. 361.

11 Ob. Cit., p. 366, a acenar para PESTALOZZA.



443  
17

público, ou de gestão absolutamente pública, que passam a ser geridas, em termos definitivos, por organismos privados. São hospitais, parques, teatros, e toda sorte de entidades e de espaços públicos que executam – ou em que se executam atividades –, sob regras públicas. Essa decisão, que julgo constitucionalmente possível, não pode ser tomada despreocupadamente, louvando-se de um mero juízo individual do administrador. A Lei 9.637/98 não dá resposta ao embaraço, como não dá resposta – ao menos adequada aos valores constitucionais – à forma pela qual serão selecionados os personagens que atuarão sob essa regência.

32. No atual estado de evolução do Estado constitucional, não existe abertura a que juízos dessa monta – a lidar com a centralidade de direitos fundamentais, aqui numa dimensão objetiva, como a que indica ao Estado o dever de prestar educação e saúde – sejam formulados sem que à sociedade esteja franqueado acesso irrestrito a todas as justificativas, razões e percepções do gestor público<sup>12</sup>. Uma ou outra opção precisam, necessariamente, ter aval em motivos e objetivos justificados – e sempre verificáveis –, assim como seus propostos resultados estão sujeitos a controle.

33. A adoção do regime jurídico-privado pela Administração demanda um “nexo de necessidade” e não de mera “conveniência”. E como se irá obter esse juízo?

34. A Lei 9.637/98, no entanto, organiza um sistema absolutamente aleatório de classificação de organizações que hão de ser laureadas com o título de “sociais”, pondo ao isolado alvedrio do administrador, no caso, ao ministro de Estado ou ao gestor do órgão que deva regular a área de atuação da entidade (art. 2º, II), o juízo de *oportunidade* e de *conveniência* quanto à absorção pelo Poder Público dos desígnios da instituição-candidata, que então, mediante contrato de gestão, será fomentada com dinheiro, pessoal e material, elevando-se, ainda, a potencial beneficiária de contratação com a Administração, e tudo isso fora das regras regulares de mercado, pois não precisará se submeter a processo público de licitação.

35. Se a retórica de base é a eficiência na prestação do serviço, vai mal o modelo organizado pela Lei 9.637/98. A decisão de se classificar um organismo como organização social, em decorrência do *status*

12 Ver, nesse passo, sobre a possibilidade de controle jurídico de políticas públicas o trabalho de BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalidade das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p.

diferenciado que essa nomenclatura confere à entidade, é uma deliberação marcada por todos os contornos do regime jurídico público.

36. Ainda que seja para atuar em espaço de interesse coletivo que estão franqueado também aos agentes econômicos privados, o envolvimento material do Poder Público com a organização exige que se espraíem os princípios do art. 37 da Constituição da República por todo o conjunto normativo. De nada serve a referência feita aos princípios constitucionais da Administração no art. 7º da Lei 9.637/98, ao tratar do contrato de gestão<sup>13</sup>, se esse ideário é ignorado no instante da verdadeira decisão pública de relevo, que é a própria classificação de que cuidam os arts. 1º e 2º.

37. Aqui surge um tema relevantíssimo ligado à necessária limitação da fuga para o direito privado, que diz com a procedimentalização das condutas administrativo-estatais e sua – virtual – aplicação às entidades privadas que atuem nessa arena.

38. A opção por se adotar o regime jurídico-privado para prestar o serviço, ao se classificar uma entidade como “organização social”, não indica que o momento lógico anterior à essa prestação deve também representar a expressão de um lado autônomo do Poder Público. A Administração não passa, a partir da edição da Lei 9.637/98, a deter autonomia – na melhor acepção de direito privado – para escolher a condução de suas ações. Caberá ao gestor percorrer todo o caminho jurídico e administrativo para que, ao fim, obtenha decisão construída num ambiente propício ao controle de suas razões.

39. Isso porque, no final da linha, o que se tem é a destinação de receitas orçamentárias a entidades de direito privado, podendo representar, se exagerada a liberdade de ação, num subterfúgio às destinações legais das verbas, definidas em processo legislativo próprio que é a lei orçamentária.

40. Se estamos a adotar o desenho do Estado pós-social, que seja ele assumido por inteiro, e como o define MARIA JOÃO ESTORNINHO, partamos ao “Estado-Garante”, em que a Administração se torna uma entidade gestora e assume tarefas de planejamento, fomento e controle (*planende Verwaltung*).

41. A Lei 9.637/98 ressent-se da falta de regras que coordenem melhor o controle desse processo de transferência. A tomada de decisão do administrador não está sujeita a nenhum critério objetivo, senão o seu juízo

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

discricionário – ao contrário do ato de desqualificação, que, inversamente, demanda, segundo os termos do diploma examinado (art. 16, § 1º), instauração de procedimento administrativo, a representar a constituição de direitos subjetivos em proveito da organização social prestigiada.

42. JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, em estudo sobre o tema, é certo em apontar que a contratação de organizações sociais, ao lado de representar uma inflexão aos princípios econômicos da Administração (eficiência, eficácia, efetividade e economicidade), pelo postulado da participação social, não pode, no entanto, abdicar de atender padrões claros de isonomia<sup>14</sup>.

43. A disciplina da classificação merece um cuidado maior, sem o que não se harmoniza com a Constituição da República, exatamente por propiciar, na formatação que a literalidade da norma emprega, excessiva discricionariedade do agente público que, no trato da constituição de relações jurídicas com particulares, especialmente para efeito de se pretender obter um resultado público-social, deve atender a níveis republicanos de comportamento. Em suma, a decisão da qualificação, ou não, de uma entidade como organização social, assim como o processo de lhe integrar ao papel estatal, ainda que pela regência especial do contrato de gestão, deve atender a juízos racionais do agente público, juízos esses que possam ser controlados pelos interessados e, em especial, pela sociedade.

44. Bem o diz JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, distinguindo a qualificação como organização social da contratação pelo Poder Público<sup>15</sup>:

“Quer dizer que, se a pessoa jurídica de direito privado atender a todos os requisitos exigidos em lei, ainda assim ‘poderá’ o Executivo a ela recusar a qualidade de organização social? Há quem fique com a literalidade do dispositivo para responder que sim, mas o bom senso está com a maioria. Podemos concordar com a crítica à timidez legislativa, deixando de exigir outras condições igualmente importantes para a qualificação como a capacidade operacional, no mínimo, demonstrada pelo tempo de atuação, e idoneidade financeira, vista, pelo menos, sob o ângulo de seu patrimônio e regularidade fiscal. Mas ainda assim não há vício de inconstitucionalidade na insuficiência de previsão. Não parece adequar-se à Constituição, por outro lado, o excesso de discricionariedade atribuída à

14 As organizações sociais. Revista de Direito do Estado, Ano 2, n. 7, p. 273-287.

15 Ob. cit., p. 279.

A

448  
10/11/16  
20

Administração. Falta razão bastante ao fim público perseguido. Se há falha no fundamento da estatuição, desarrazoada será ela. Portanto, atendidos os requisitos, impõe-se, vinculadamente, a qualificação."

45. A qualificação pode ser admitida assim, para o propósito de se avaliar a sua constitucionalidade, como uma etapa absolutamente autônoma do processo de transferência do serviço ao regime jurídico privado. Obviamente, a contratação emana de um processo decisório político-administrativo, pois representa a opção pelo modelo jurídico diferenciado de execução de uma atividade pública. A qualificação como organização social pode ser entendida como espécie de necessária habilitação dos interessados em contratar com o Poder Público.

46. A habilitação é um passo técnico que não pode se valer de critérios discricionários muito abertos, sob pena de trancar, desde logo, o caminho à contratação.

47. Essa, por sua vez, embora constitua decisão política do gestor público, que nem por isso está absolutamente livre de controle, deve atender a estruturas constitucionais. Volto a LEITE SAMPAIO para dizer que *"[s]e o objetivo é a prestação de serviço público de maneira mais eficiente e eficaz, deve-se oportunizar às organizações sociais existentes a apresentação de sua proposta de trabalho, o que exige publicidade da intenção do Poder Público para firmar o contrato de gestão"*<sup>16</sup>.

48. O contrato de gestão, portanto, somente pode ser firmado com o personagem que tenha sido eleito após resultado de um processo público de deliberação, que constituirá o meio hábil a atender não só o princípio da isonomia, pois todos devem ter mesmas chances de contratar com o Poder Público, como também aos primados da Lei 9.637/98, nos quais tanto se sustentam na procura da melhor maneira de se executar, com foco no resultado, uma tarefa de interesse social. Nas palavras de LEITE SAMPAIO, *"[h]averá necessidade de apuração do melhor perfil institucional por meio de decisão fundamentada proferida em procedimento simplificado que confira transparência à escolha e revele a prevalência do interesse público"*.

49. Esse déficit não precisa implicar a inconstitucionalidade das disposições da Lei 9.637/98. *"Pode-se ver na proposta imposição de exigência não prevista na lei. Respeitosa exegese. Nada impede, todavia, que se aplique diretamente princípio constitucional para suprir lacuna*

16 Idem, p. 281.

*normativa, perfeita ou não, com vistas a salvar a legitimidade da norma legal*", nota JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO<sup>17</sup>.

50. Os arts. 5º e 6º da lei impugnada, no entanto, parecem inverter a lógica da opção, dando à entidade a prerrogativa de acessar o Poder Público, que, então, avaliaria a ocorrência. Se há uma ação estatal, ela deve se conectar com um plano organizado de decisões. A retórica, lembre-se, é a de confecção normativa de sistema de organizações de trabalho absolutamente técnicas e eficientes. A decisão deve partir de uma política pública bem demarcada, e não do sugestão do mercado. É o Estado que se vale do regime privado, e não o particular que busca fomento. Pensar o contrário, como faz a lei atacada, a entrega a uma vertente diversa de atuação do Estado, que não é a atuação pelo regime privado.

51. Deve ser o Estado quem identifica a necessidade de atuação numa determinada área sob a regência das regras excepcionais, e então avaliar se há espaço para a contratação nos moldes da Lei 9.637/98. Assim não se fecham as possibilidades amplas que têm o Poder Público de atuação, que podem, no caso, atender ainda melhor determinado interesse, por exemplo, que o formato do contrato de gestão.

52. O contrato de gestão não deve ser obra de uma proposta de mercado, até porque não são agentes econômicos, com mira em lucros financeiros, que atuam nesse cenário. Evidente que não pode haver embaraço a uma proposta séria vinda da sociedade, que, avaliada com outras possibilidades, possa se traduzir em opção viável, tanto jurídica como socialmente. Mas a lógica que os arts. 5º e 6º impõem não favorece a abertura da arena a outros agentes e personagens.

53. Se existir uma proposta, que ela seja tratada como opção dentro de uma política pública estabelecida. Que a contratação atenda, com publicidade e com decisão fundamentada, um processo público de deliberação, a que todos os interessados (seja em contratar, seja pelo prisma da população a ser atendida) tenham acesso e voz.

54. Sob tal ordem de ideias, e em conclusão, penso que a melhor solução, para efeito de se obter grau suficiente de atendimento a princípios constitucionais, é a de, no controle concentrado, configurar-se pronunciamento que transfira a decisão política de se adotar o regime jurídico privado para o momento de deliberação sobre a possibilidade de optar-se pelo regime do contrato de gestão; decisão essa que deve partir de um processo público, de padrões objetivos, a que se dê ampla publicidade,

<sup>17</sup> Idem, p. 281.

possibilitando que todos os interessados possam contratar com o Poder Público, que deve adotar a melhor solução para o fim de se obter o melhor cumprimento da tarefa social pretendida.

55. A contratação não pode ser vista como uma opção irracional do Poder Público, pelo que são constitucionais os arts. 5º e 6º apenas quando atenderem a um mínimo processo público de decisão, em que seja dada ampla publicidade à proposta, inclusive com acesso aos agentes da sociedade envolvidos, para que, além dos termos da contratação, seja então avaliado a pertinência de se optar, naquela dada circunstância, pelo contrato de gestão<sup>18</sup>. O caráter do pronunciamento, nesse caso, penderia para a técnica da adição, sem demolir as normas, que, contudo, não estão completas, se verificadas em comparação com a Constituição da República.

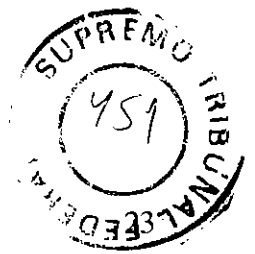
56. A qualificação, por sua vez, por fazer parte fundamental do processo de habilitação, se for enquadrada pelo ângulo republicano, para que dê chances a absolutamente todos os interessados em atuar na arena pública, deve ser compreendida como um ato vinculado do administrador, o que faz cair a expressão "*quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social*" do inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98.

57. Todo o argumento desenvolvido para tratar da contratação das organizações sociais indica a inevitável inconstitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, na redação dada pela Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Se a procura é pela opção mais eficiente, num bom jogo com as regras de mercado, nada justifica que a organização social tenha ao seu favor a fixação de uma prerrogativa absoluta. Sua contratação só tem cabimento se tal opção se mostrar técnica e constitucionalmente válida. Isso só pode ser apurado se atendido um processo público de decisão, de que a licitação faz parte.

58. O art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93, contradiz a justificativa teórica da Lei 9.637/98.

59. A mais de tudo o que antes desenvolvido, as previsões legais trazidas a debate no âmbito do controle de constitucionalidade pecam, severamente, ao pretender organizar, mesmo que disfarçadamente, um arcabouço todo singular para a fiscalização, pelos órgãos a tanto legitimados, das atividades das organizações sociais. O art. 10 constitui

<sup>18</sup> Não é só a elaboração do contrato, como quer fazer crer o art. 7º, que está sujeito aos cânones do art. 37 da Constituição da República. A opção pelo contrato de gestão precisa ser controlada, sob pena de descumprimento à Lei Maior, por violação ao princípio da isonomia e à consecução do interesse social.



elemento absolutamente desconectado de todo o prisma constitucional, que há de ser aplicado às figuras das organizações sociais. E veja-se, nesse sentido, a manifestação do *amicus curiae*, juntada por linha, em que, a fls. 24-26, não se reconhece a legitimidade do controle das organizações sociais para boa parte dos agentes públicos regularmente constituídos para essa função.

60. É preciso deixar claro, num grau que não possa deixar mínima dúvida ao interprete, de que está inteiramente franqueada a atuação não só do Ministério Público, como de todos os demais órgãos de controle externo, a exemplo dos Tribunais de Contas, a qualquer ação, comportamento, movimento ou, até mesmo, omissão, que se possa verificar na atividade desses tais personagens. Atuam em espaço público de atribuições, o que já bastaria para a sua inflexão à regras de controle próprias do Poder Público; mas há o mais, o *plus*, que vem da entrega, pelo Estado, de bens, de pessoal ou de numerário mesmo, às organizações classificadas de *sociais*. A intermediação de um acordo de vontades, tendo de um lado o Poder Público, implica a atuação das posições de fiscalização.

61. Nada mais natural num Estado constitucional, sem que se possa, sob nenhuma razão, invocar questões como se estar a atuar sob regime jurídico-privado, alheio às esferas de controle do Poder Público. A tal eficiência que essa opção poderia conferir precisa, necessariamente, de conviver com outros inúmeros valores constitucionais.

62. Por um juízo de concordância prática [*praktische Konkordanz*]<sup>19</sup>, eficiência não pode servir à derrogação de outras decisões político-constitucionais de monta, como o zelo com o que é público (em vista da sua destinação), a atenção à isonomia, à impessoalidade na ação estatal, e a persecução do interesse coletivo. Nenhuma ótica justifica que, apesar da participação do Poder Público, num espaço de interesse também público, o controle dessa ação não seja executado sob as coordenadas que a Constituição impõe.

63. Os arts. 9 e 10 da Lei 9.637/98 demandam, sob essa ordem de idéias, o pronunciamento da Corte, em atenção aos arts. 1º, parágrafo único (princípio republicano), 37, 71 e 129 da Constituição da República.

64. É de se propor a aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que do campo normativo das disposições se tenha por absolutamente excluída qualquer interpretação que, quando em mira a ação de organizações sociais, pretenda, ou sequer

19 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 66.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ADI Nº 1.923



insinue, qualquer tipo de redução na atividade dos órgãos de controle típicos, designados à fiscalização do Poder Público, notadamente na ação do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Ante o exposto, o parecer é pela procedência parcial dos pedidos.

Brasília, 26 de junho de 2009.

  
ANTONIO FERNANDO BARROSO E SILVA DE SOUZA  
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AMC