

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista formalizaram ação direta de inconstitucionalidade contra a integralidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 – denominada “Lei das Organizações Sociais” –, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Segundo argumentam, o conjunto de normas foi instituído com o propósito de esvaziar a prestação dos serviços públicos sociais pelo Estado, transferindo-os para a iniciativa privada, alcançando, inclusive, bens, servidores e recursos que lhes são inerentes, em desatenção aos artigos 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 207, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225 da Lei Maior. Dizem da violação ao princípio da impessoalidade, em razão da discricionariedade presente na qualificação das organizações sociais, e da interferência indevida do Estado nas associações privadas, porquanto prevista, no artigo 3º da Lei nº 9.637/98, a participação do poder público no Conselho de Administração das referidas organizações, tudo em desacordo com a cabeça do artigo 37 e os incisos XVII e XVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Mencionam o descumprimento do dever de licitação, conforme disposto nos artigos 22, inciso XXVII, 37, inciso XXI, e 175 da Carta da República, tanto porque as organizações sociais não foram compelidas à observância da Lei nº 8.666/93 – artigos 4º, inciso VIII, e 7º da Lei nº 9.637/98 – nas contratações que efetuarem, mesmo sendo destinatárias de verbas públicas, como também porquanto a lei deixou à livre vontade do administrador a celebração dos contratos de gestão. Pelo mesmo motivo, sustentam a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, ao prever a dispensa de licitação para a contratação das organizações sociais, e a violação ao artigo 175 da Constituição, ante a delegação de serviço

ADI 1923 / DF

público sem a licitação prévia.

Arguem a inobservância do princípio da legalidade, pois a legislação impugnada teria permitido ao Conselho de Administração da organização social fixar a remuneração dos membros da diretoria, além de definir a estrutura de cargos, salários e benefícios dos empregados, o que esbarraria nos artigos 37, inciso X, e 169 da Lei Maior. Apontam olvidada a regra do concurso público para a admissão de pessoal nas organizações, presente o inciso II do artigo 37 da Carta de 1988.

Alegam, ainda, o descumprimento de direitos previdenciários dos servidores públicos, em especial os concernentes à integralidade e à paridade, pois a norma atacada prevê a impossibilidade de incorporação à remuneração de qualquer vantagem paga pela entidade privada. Aludem à pretensão de furtar-se aos controles externos, em especial do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público, consideradas as redações dos artigos 4º e 10 da Lei nº 9.637/98, as quais teriam violado os artigos 70, 71, 74 e 129 da Carta Federal.

Na assentada de 24 de junho de 1999, o Supremo iniciou o julgamento da medida cautelar na ação direta, concluído em 1º de agosto de 2007, quando o Tribunal decidiu indeferir o pedido, contrariamente ao meu voto. A razão fundamental para a negativa foi a ausência do “perigo na demora”, haja vista o transcurso de quase dez anos de vigência da legislação impugnada.

O relator admitiu o ingresso de terceiros que apresentaram razões contrárias e favoráveis ao modelo de parceria entre os setores público e privado estabelecido pela Lei nº 9.637/98. O Advogado-Geral da União e o Presidente da República defenderam a constitucionalidade da lei. O Procurador-Geral da República concluiu no sentido da declaração de procedência parcial dos pedidos, para proclamar-se a inconstitucionalidade da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, presente no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.637/98, e da dispensa de licitação prevista no inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Preconizou, ainda, a declaração do cabimento, sem restrições, do controle pelo Ministério

ADI 1923 / DF

Público e pelo Tribunal de Contas da União.

O ministro Carlos Ayres Britto, relator, trouxe o processo a julgamento na sessão plenária de 7 de abril de 2010. Inicialmente, discorreu a respeito da diferença entre o serviço público, as atividades econômicas em sentido estrito e aquelas prestadas em regime híbrido, caso dos serviços públicos ditos sociais.

Afirmou que, na compreensão constitucional, as atividades de titularidade mista possuem natureza pública, se implementadas pelo Estado ou em parceria com a iniciativa privada. No tocante à prestação exclusiva pelo setor privado, explicitou ser autorizado o desempenho das atividades-deveres do Estado não exclusivamente públicas, definidas como serviços de relevância pública. Assim, mediante a observância de certos requisitos, e em atuação complementar à do Poder Público, seria lícita a destinação de recursos públicos aos particulares, em razão da natureza da atividade prestada. Como exemplos, citou as de seguridade social, saúde, educação, previdência privada, cultura, desenvolvimento científico, entre outras.

Na sequência, passou à análise da constitucionalidade da Lei nº 9.637/98. Quanto ao fato de organizações sociais absorverem as atividades desenvolvidas por órgãos públicos, entendeu tratar-se de manifesta privatização, em que o setor privado estaria substituindo o Poder Público na prestação de serviços que são típicos da Administração. Dessa forma, o Estado atuaria como mero agente indutor, fiscalizador e regulador dos serviços públicos, o que é próprio da atividade econômica. Consignou, então, a inconstitucionalidade dos artigos 18 a 22 da Lei nº 9.637/98.

Propôs a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade dos artigos 18 a 22 da Lei nº 9.637/98, não se exigindo a desconstituição dos contratos firmados até a data do julgamento da ação direta, devido ao longo tempo transcorrido desde o indeferimento da medida acauteladora, o que culminou na qualificação de inúmeras entidades como organizações sociais, as quais já substituíram os órgãos públicos na prestação das atividades por eles exercidas.

Assentou a constitucionalidade do mecanismo de parceria entre

ADI 1923 / DF

Estado e particulares. Destacou que os serviços citados no rol do artigo 1º da Lei nº 9.637/98 caracterizam-se como “não exclusivos do Estado”. Dessa forma, ressaltou ser o contrato de gestão uma espécie de convênio, ante a coincidência de interesses entre as partes que o celebram. Em virtude da natureza convenial do ato, seria prescindível a realização de processo licitatório para a celebração, não ocorrendo violação ao inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93.

Salientou que a dispensa de licitar não isenta o Estado do dever de demonstrar, por meio de processo administrativo público e objetivo, a relevância da atuação da iniciativa privada. Afirmou, ainda, a necessidade de amplo e pleno controle, interno e externo, ao longo da execução dos contratos de gestão.

Assim, reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, constante do inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.637/98.

No tocante aos artigos 5º, 6º e 7º da referida Lei, asseverou ser preciso emprestar interpretação conforme aos princípios constitucionais que regem o direito administrativo. Assim, disse da necessidade de dar publicidade ao processo de deliberação acerca da qualificação das entidades como organizações sociais, pois os requisitos são formais, não sendo decisão totalmente discricionária da Administração Pública.

Apontou a constitucionalidade dos incisos V, VII e VIII do artigo 4º e do inciso II do artigo 7º da Lei nº 9.637/98, tendo em vista o fato de as organizações sociais não integrarem a Administração Pública, não se aplicando aos respectivos dirigentes e empregados o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ou seja, não havendo de se falar na realização de concurso público.

Discorreu acerca da ofensa ao inciso X do mencionado artigo e ao § 1º do artigo 169, ambos da Carta da República, considerada a possibilidade de os servidores públicos cedidos, na forma do artigo 14 da aludida Lei, receberem vantagem pecuniária paga pela entidade privada, sem autorização em lei específica.

Após o voto do ministro Ayres Britto, o julgamento foi suspenso em

ADI 1923 / DF

razão do pedido de vista do ministro Luiz Fux. Houve a retomada em 19 de maio de 2011, quando Sua Excelência proferiu voto, assentando parcialmente procedente o pleito formulado.

Inicialmente, fez ver a necessidade de averiguar o que é constitucionalmente imposto de forma invariável e o que é suscetível de escolha pela maioria política no que tange à intervenção do Estado nos domínios sociais. Aduziu que a Carta da República permite interpretação, fundada no pluralismo político, ensejando a prática de projetos políticos diferentes.

Destacou serem os setores de cultura, desporto, lazer, ciência, tecnologia e meio ambiente atividades-deveres do Estado e também da sociedade. Citou os dispositivos constitucionais em que é facultada a livre iniciativa, inclusive pelo setor privado, nos serviços de saúde e educação. Disse que tais setores são os chamados “serviços públicos sociais”, de natureza não exclusiva e não privativos, em que a titularidade pode ser compartilhada pelo Poder Público e pela iniciativa privada.

Conforme consignou, se as atividades públicas sociais são exercidas pelo Poder Público, inquestionavelmente possuem natureza de serviços públicos. Mencionou os diferentes entendimentos acerca da natureza dessas atividades, caso sejam prestadas diretamente por particulares. Relembrou que o Supremo já se pronunciou acerca do tema no julgamento da Ação Direta nº 1.266/BA, quando assentou a configuração de serviço público, mas concluiu pela inaplicabilidade do artigo 175 da Constituição, a prever a delegação dos serviços públicos exclusivos, a qual deve ser precedida de licitação.

Afirmou, então, o descabimento da exigência de licitação quanto aos chamados serviços públicos não privativos objeto das parcerias firmadas com as organizações sociais. Sustentou que tais entidades atuam por direito próprio, em decorrência da possibilidade de particular exercer a titularidade por livre iniciativa.

Ressaltou ter a Lei nº 9.637/98 estabelecido um modo de fomento à prestação dos serviços não exclusivos, mediante “colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão”. Tal possibilidade não

ADI 1923 / DF

revelaria a fuga do Poder Público ao cumprimento dos deveres previstos na Constituição, tendo em vista a viabilidade de escolha, a cargo dos governantes, no exercício da democracia, da modalidade de intervenção no domínio econômico e social, direta ou indireta, com a finalidade única de satisfação do interesse público.

Assim, a opção manifestada pelos agentes eleitos no caso das organizações sociais foi a de efetuar a intervenção mediante a regulação e o uso de incentivos e estímulos, consolidando a colaboração público-privada.

No tocante ao comando contido no artigo 21 da referida Lei, no que extinguiu o Laboratório Nacional Luz Síncroton e a Fundação Roquette Pinto, determinando a transferência da execução, por meio de contrato de gestão, às entidades privadas devidamente qualificadas como organizações sociais, enfatizou que o diploma atacado não exige nem impõe um modelo em que o Estado deixe o campo das atividades nele versadas. Declarou a constitucionalidade dos artigos 18 a 21 da Lei, por tratar-se de ato gerencial e passível de decisão pelos mandatários eleitos, que possuem, após a edição da norma, a opção da intervenção indireta, fomentando as atividades propostas.

Quanto à violação ao dever constitucional de licitar, disse da desnecessidade de realização do certame, afastando a incidência do artigo 37, inciso XXI, da Constituição, ante a natureza convencional do contrato de gestão. Consignou que, apesar de o processo licitatório mostrar-se prescindível, seria preciso celebrar tais contratos mediante procedimento público, impessoal e com observância dos critérios objetivos, haja vista a pertinência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência relativamente à definição do regime jurídico alusivo às entidades do Terceiro Setor.

Afirmou que as contratações das organizações sociais com terceiros não estão sujeitas ao dever de licitar, porquanto não fazem parte da Administração Pública indireta e possuem natureza jurídica de direito privado. Assentou, então, a constitucionalidade do artigo 4º, inciso VIII, da Lei nº 9.637/98, a prever a possibilidade de edição de regulamento

ADI 1923 / DF

próprio de compras, à luz dos princípios constitucionais. Citou como precedente a Ação Cautelar nº 1.193, na qual a Segunda Turma do Supremo proclamou que a Petrobras, integrante da Administração Indireta, poderia realizar procedimento licitatório nos moldes simplificados.

Quanto à remuneração dos empregados das organizações sociais, fez ver que, por não se tratar de servidores públicos, há de obedecer aos ditames do contrato de trabalho firmado. Relativamente à contratação de pessoal, ressaltou a necessidade de processo seletivo com observância dos princípios da impessoalidade e da objetividade, mas não de concurso público.

Em sintonia com os objetivos da eficiência e da flexibilização introduzidos pelo modelo das organizações sociais, reputou constitucional os parágrafos do artigo 14 da referida Lei, tendo em vista a dispensabilidade de autorização legislativa para o pagamento de verbas, mesmo para os servidores cedidos.

Consoante aduziu, o âmbito de atribuições do Tribunal de Contas está delimitado nos artigos 70, 71 e 72 da Constituição, não sendo a competência afastada pelo termo “privativo”, estampado no artigo 4º da Lei nº 9.637/98, referente apenas à estrutura interna das organizações sociais.

Na mesma esteira do controle pelo Tribunal de Contas, asseverou inexistir impedimento para a atuação do Ministério Público, inclusive de ofício, na apuração de irregularidades.

Por fim, enfatizou que a intervenção nas associações não ofende o artigo 5º, incisos XVII e XVIII, da Carta da República, porque não consubstancia medida obrigatória, podendo a associação ou fundação recusar o recebimento de benefícios decorrentes do contrato de gestão.

Início meu voto com a análise da questão preliminar concernente ao cabimento da ação direta.

O Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT pretendem ver declarada a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do

ADI 1923 / DF

artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação conferida pela Lei nº 9.648/98.

Uma das normas atacadas é o artigo 21 da Lei nº 9.637/98. A cabeça do preceito prevê a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, e da Fundação Roquette Pinto, entidade que era vinculada à Presidência da República. Os parágrafos 1º a 4º do mencionado artigo disciplinam a extinção daquelas estruturas e a absorção das atividades por elas desempenhadas pelas pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como organizações sociais.

Inegavelmente, está-se diante de ato de efeitos concretos, sendo pertinente a lição de Hely Lopes Meirelles:

Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto, por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança. (*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção 'Habeas-Data'*, 13ª Edição, p. 18, Ed. Revista dos Tribunais).

Como fiz ver no voto que proferi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.034/TO, da qual fui relator, “não se pode generalizar as hipóteses de cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. A valia do instrumento, no que próprio ao campo

ADI 1923 / DF

abstrato, depende do rigor com que lhe define a pertinência”.

Então, constando, no artigo 21 e parágrafos, comandos concretos e imediatos relacionados à extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto, é de constatar, nessa parte da lei, a existência não de ato normativo, de natureza abstrata, passível de ser impugnado mediante ação direta de inconstitucionalidade, mas de ato concreto com que se objetivou reestruturar o aparelho estatal, de sorte a delegar atividades estatais específicas à iniciativa privada. Tenho como imprópria a ação direta nesse ponto.

No tocante aos demais dispositivos impugnados, não vejo óbices à via eleita, razão pela qual admito, parcialmente, a ação direta de inconstitucionalidade.

Passo ao mérito.

No parecer do Procurador-Geral da República e no voto-vista do ministro Luiz Fux, consigna-se o respeito ao espaço legítimo de conformação da atividade administrativa, a ser preenchido pelo legislador democrático. Segundo essa óptica, o modelo das organizações sociais é apenas mais um entre o leque de possibilidades de atuação da Administração Pública na prestação dos serviços públicos ditos sociais. Assim, entendimento contrário à constitucionalidade do “Programa Nacional de Publicização” resultaria na ossificação das formas de atuação do Estado e, mais do que isso, na projeção de certa ideologia concernente ao funcionamento da Administração Pública, pertencente ao intérprete, para o Texto Constitucional.

No Estado de Direito, o princípio democrático não é o único merecedor de deferência. Fosse assim, a Constituição seria despicienda. As regras básicas de funcionamento do Estado de Direito, das quais resultam limitações à atividade legislativa, estão estampadas, precisamente, no corpo da Lei Maior. O princípio majoritário leva, por vezes, à edição de leis desarmônicas com o próprio Direito, e a quantidade de pronunciamentos do Supremo que implicaram declaração de inconstitucionalidade, desde a promulgação da Carta de 1988, revela essa circunstância. Desse modo, o Tribunal tem a tarefa – nada singela,

ADI 1923 / DF

diga-se – de acomodar as decisões da maioria, cristalizadas na legislação oriunda do Congresso Nacional, e os princípios e regras constantes na Constituição Federal.

O Brasil adotou a República como forma de Estado (artigo 1º). O princípio republicano opõe-se ao monárquico, segundo o qual a coisa pública está à disposição do soberano, a quem cumpre definir como deve ser gerida. Daí por que a distribuição de terras, dinheiro e sinecuras ocorre ao sabor da vontade do titular do poder. Esses elementos, contudo, ficam afastados no Estado republicano, no qual as regras de acesso aos bens e cargos públicos obedecem a critérios de racionalidade, isonomia, impessoalidade e publicidade. Consoante o ministro Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Embora compreendidos nesses aspectos de caráter geral, os traços característicos da forma republicana de governo podem ser decompostos em elementos específicos, tais como: (...) a opção pela eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade, como princípios ordenadores do acesso ao serviço público em sentido amplo – cargos, empregos ou funções – e não pelos critérios da designação, da hierarquia e da vitaliciedade, típico dos regimes monárquicos (*Curso de direito constitucional*, 2007, p. 138).

O princípio republicano impede que se abra a oportunidade de o administrador fazer escolhas arbitrárias ou caprichosas. Não se nega – o que seria absurdo – que o administrador público exerce relevante função interpretativa. Incumbe-lhe perquirir o melhor interesse público presente a realidade concreta e dinâmica. Há, porém, limites a essa liberdade.

A margem de conformação do gestor da coisa pública tem fronteiras determinadas pelo Texto Constitucional e pela lei. O legislador, ao fixar as balizas para a atuação do administrador, deve respeitar o quadro normativo-constitucional. O Parlamento, a pretexto de regulamentar a atividade administrativa, não pode alterar o modelo de Estado previsto na Carta da República.

ADI 1923 / DF

A Constituição Federal é rica em disposições que definem o formato do Estado brasileiro e estabelecem princípios e regras a serem observados pelo Poder Público. O gestor de recursos estatais – receitas orçamentárias, servidores, bens públicos – deve assegurar a efetividade dos princípios reitores da administração da coisa pública, como a moralidade, a impessoalidade e a publicidade.

Em áreas que o constituinte reputou de maior relevância para a sociedade brasileira, impôs-se ao Estado, expressamente, o dever de atuar. Nesses casos, não existe, no arcabouço constitucional, margem para escolhas discricionárias do legislador, tampouco do administrador público.

O artigo 196 do Diploma de 1988 preconiza que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”. O artigo 199, muito embora mencione que a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, explicita, no § 1º, que a participação das instituições privadas se dá apenas de forma complementar ao sistema único de saúde.

O artigo 205 da Carta igualmente consigna que a educação é “dever do Estado”, comando repetido no artigo 208. O artigo 211, § 1º, incumbe textualmente a União de financiar as “instituições de ensino públicas federais”. A cabeça do artigo 213, conquanto admita a possibilidade de utilização de recursos públicos em escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, prevê a obrigação de o Estado destinar recursos orçamentários a escolas públicas.

De acordo com o artigo 215 da Lei Maior, o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”, sem prejuízo de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. O § 1º do artigo 216, apesar de versar a participação da comunidade como colaboradora, confere ao Estado o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro. O § 2º do artigo 216, nessa mesma esteira, dispõe que “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

O artigo 218 da Constituição Federal, de igual modo, estatui que “o

ADI 1923 / DF

Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

A cabeça do artigo 225 da Carta confere ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. O § 1º do citado dispositivo traz uma série de obrigações para o Estado, entre elas, as de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e proteger a fauna e a flora. Por mais que se reconheça a importância de atuação conjunta do Poder Público e da sociedade na defesa e preservação do meio ambiente, fato é que, diante de todos esses preceitos constitucionais, não há como se admitir a transferência integral da execução direta dessas atividades para a iniciativa privada, assumindo o Estado papel de mera indução e coordenação.

A modelagem estabelecida pelo Texto Constitucional para a execução de serviços públicos sociais, como saúde, ensino, pesquisa, cultura e preservação do meio ambiente, não prescinde de atuação direta do Estado, de maneira que são incompatíveis com a Carta da República leis e programas de governo que emprestem ao Estado papel meramente indutor nessas áreas, consideradas de grande relevância social pelo constituinte.

A extinção sistemática de órgãos e entidades públicos que prestam serviços públicos de realce social, com a absorção da respectiva estrutura pela iniciativa privada – característica central do chamado “*Programa Nacional de Publicização*”, de acordo com o artigo 20 da Lei nº 9.637/98¹ –, configura privatização que ultrapassa as fronteiras permitidas pela Carta

1 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: (...).

ADI 1923 / DF

de 1988.

O Estado não pode simplesmente se eximir da execução direta de atividades relacionadas à saúde, educação, pesquisa, cultura, proteção e defesa do meio ambiente por meio da celebração de “parcerias” com o setor privado.

No voto que proferi na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.864/PR, redator do acórdão o ministro Joaquim Barbosa – cujo objeto era uma lei do Estado do Paraná que instituíra o “Paranaeducação”, pessoa jurídica de direito privado, sob a modalidade de serviço social autônomo, sem fins lucrativos, com a finalidade de auxiliar a Administração na gestão do sistema estadual de educação, mediante o gerenciamento e a aplicação de recursos orçamentários –, ao julgar procedentes os pedidos, consignei que “o Estado existe e deve continuar a existir. Não pode haver, pela vontade dos representantes do povo (...), o deslocamento versado na lei em exame quando se trata de atividade precípua”.

Na linha do que tenho sustentado sobre a inconstitucionalidade das tentativas do Estado de privatizar serviços que devem ser prestados diretamente pela Administração, são as lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos *insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão*. Logo, como sua prestação se constitui em ‘dever do Estado’, conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de ‘adjudicá-los’ a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita dos encargos que a Constituição lhe irrogou. (*Curso de direito administrativo*, 28ª edição, 2010, p. 241).

Com todas as vênias ao ministro Luiz Fux, muito embora se reconheça a existência de uma margem de conformação para o legislador

ADI 1923 / DF

e para o administrador, as rigorosas balizas definidas pela Lei das Leis impedem a Administração de desobrigar-se da execução direta dos serviços públicos socialmente relevantes.

Portanto, voto no sentido de declarar inconstitucionais os artigos 1º, 5º, 6º, cabeça e parágrafo único, 20 e 22 da Lei nº 9.637/98.

Prossigo em relação aos demais dispositivos impugnados.

Ressalta a professora Maria Sylvia Zannela Di Pietro que a mencionada Lei, além de promover verdadeira privatização de serviços públicos essenciais, não deixa dúvidas acerca da “intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública” (*Direito administrativo*, 27ª edição, 2014, p. 582), a caracterizar grave fraude ao Texto Maior.

No modelo constitucional brasileiro de Estado, os contratos firmados pela Administração Pública, em regra, são precedidos de licitação (artigo 37, inciso XXI). O gestor da coisa pública está sujeito à constante fiscalização dos órgãos de controle, entre os quais se destacam os Tribunais de Contas (artigo 70 a 75) e o Ministério Público (artigos 127 e 129). Os agentes públicos ficam vinculados a um regime jurídico rígido, que regulamenta não só o ingresso na função pública (artigo 37, incisos I a III), como também vencimentos (artigo 37, incisos X a XVII) e aposentadoria (artigos 40 e 41).

Em matéria de contratação pública, o constituinte originário adotou critério único a ser seguido pela Administração Pública. Esse parâmetro encontra-se expresso no inciso XXI do artigo 37 – repetido no artigo 175:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade

ADI 1923 / DF

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.

A discussão central gira em torno da ressalva contida no início do inciso XXI do artigo 37 da Carta de 1988.

As leis federais impugnadas autorizam a privatização da gestão de serviços de realce social, o que, de acordo com a Lei nº 9.637/98, permitiria ao administrador público, sem licitação prévia, destinar recursos orçamentários, bens e servidores públicos às entidades qualificadas como organizações sociais.

Segundo o dispositivo constitucional, a licitação é obrigatória nas contratações realizadas pelo ente público, excetuados os casos previstos em lei. Pergunto: tem o legislador ampla disponibilidade para instituir casos de dispensa de licitação? A resposta é desenganadamente negativa. Isso porque não seria necessário sequer um dispositivo constitucional para impor a existência de um processo de seleção pública norteado pelos princípios da igualdade e da eficiência. Ele seria exigência direta e imediata do princípio republicano.

Indago: o que é o princípio republicano? É a ideia geral de que, na República, a coisa pública é inapropriável pelo particular. Pertence à coletividade, e não aos agentes públicos e privados rotulados como colaboradores.

Desse modo, as exceções à obrigatoriedade da licitação que venham a ser concebidas pelo legislador só terão legitimidade se houver razões relevantes que as justifiquem.

Na espécie, o caso de dispensa de licitação para celebração de ajustes com organizações sociais afronta o Texto Constitucional de tal forma que se revela inviável a preservação do preceito, mesmo pela técnica da interpretação conforme à Constituição.

O modelo de parcerias entre Poder Público e organizações sociais foi criado com o notório propósito de permitir que a Administração atue sem

ADI 1923 / DF

a observância das rigorosas regras do regime jurídico público, em especial das normas de licitação. Não existe razão jurídica para a dispensa do certame licitatório que não seja a flexibilização do regime jurídico público.

Notem a sistemática instituída pelas normas atacadas. A Lei nº 9.637/98 autoriza, de um lado, (1) a absorção das atividades a cargo do Poder Público pela organização social e (2) a transferência de recursos orçamentários, bens e servidores públicos às referidas entidades. De outro, exige, para a qualificação da pessoa jurídica como organização social, que o Conselho de Administração tenha, na composição, membros natos representantes do Poder Público.

Somem-se a esses aspectos outros dois: 1º) a qualificação criada pela Lei nº 9.637/98 é conferida de maneira absolutamente discricionária pela Administração Pública, sem qualquer exigência de qualificação técnica ou econômica (artigo 2º, inciso II); e 2º) à luz dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10 da Lei nº 9.637/98, a fiscalização da entidade é atribuição “privativa” do Conselho de Administração, restando a atuação do Tribunal de Contas e do Ministério Público condicionada à representação do que a lei chama de “responsáveis pela fiscalização”.

No mundo dos fatos, portanto, a legislação impugnada autoriza que uma entidade, com rótulo de pessoa jurídica privada – selecionada discricionariamente pelo gestor público –, mas com patrimônio público, servidores públicos, receitas públicas e dirigentes integrantes do Poder Público, exerça as próprias atividades sem respeitar as regras do regime jurídico público. E mais: livre do controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público.

Salienta a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

Por outras palavras, a ideia é de que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercer a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém, sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da

ADI 1923 / DF

Administração Pública. (Direito administrativo, 27ª edição, 2014, p. 582).

Em resumo, o que fazem as leis atacadas? Permitem ao gestor público transformar um órgão ou pessoa jurídica pública em uma entidade de direito privado, livre das amarras inerentes ao regime jurídico público.

Estou convencido de que as normas das Leis nº 9.637/98 e 9.648/98 – que admitem a destinação de receitas orçamentárias, bens e servidores públicos a entidades qualificadas como organização social sem a observância do regime jurídico público aplicável à Administração – consubstanciam verdadeira fraude à regra do artigo 37, inciso XXI, da Carta Federal e implicam grave afronta ao princípio republicano, razão pela qual descabe a utilização da técnica da interpretação conforme.

Sob essa óptica, é evidente a ausência de razões legítimas que justifiquem a hipótese de dispensa de licitação criada pelo legislador. A transferência de recursos, bens e servidores públicos a entidades qualificadas como organização social sem a realização do processo de licitação e em desrespeito às demais regras do regime jurídico público contraria a essência do princípio republicano e dos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Acerca do tema, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

Não se imagine que pelo fato de o art. 37, XXI, mencionar a obrigatoriedade de licitação, salvo nos casos previstos em lei, o legislador é livre para arredar tal dever sempre que lhe apraza. Se assim fosse, o princípio não teria envergadura constitucional; não seria subordinante, pois sua expressão só se configuraria ao nível das normas subordinadas, caso em que o disposto no preceptivo referido não valeria coisa alguma. A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia.

ADI 1923 / DF

Por isto mesmo é inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21.6.93) ao liberar de licitação os contratos entre o Estado e as organizações, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber os bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação. (*Curso de direito administrativo*, 28ª edição, 2010, p. 240-241).

A problemática repete a que apontei no tocante à legislação do Estado do Paraná, que instituiu o “Paranaeducação”. Quando proferi voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.864/PR, de minha relatoria, consignei:

A destinação de recursos orçamentários será gerida por essa pessoa jurídica de direito privado quanto, repito, a serviço público essencial, que gera um direito público subjetivo. Haverá a gerência desses recursos sem as cautelas próprias geralmente observadas quando se faz em jogo a coisa pública. Surge, por exemplo, que essa empresa, relativamente às contratações, não está submetida – muito embora lide com dinheiro público – à Lei de Licitações. A lei prevê expressamente que o poder público – conforme já ressaltai – destinará dotações orçamentárias a essa pessoa jurídica de direito privado, permitindo-se à diretoria executiva estabelecer os critérios de compra, em licitação simplificada que não está definida.

Qual seria o objetivo? Vislumbro-o oculto, implícito – driblar as exigências normativas próprias à atuação da administração pública.

Portanto, não há nesse caso solução que não a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, que alterou o artigo 24 da Lei nº 8.666/93, e dos artigos 12, § 3º, e 17 da Lei nº 9.637/98, haja vista a autorização às organizações sociais para contratar, com recursos públicos, sem a observância das normas que regem a contratação pública. Quanto ao artigo 4º, inciso VIII, assento a inconstitucionalidade da

ADI 1923 / DF

expressão “procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações”, por entender que, nessa matéria, a entidade deve se submeter ao regime jurídico público.

Os efeitos deletérios da utilização das organizações sociais para fugir ao regime jurídico atinente à Administração Pública não se limitam, contudo, a licitação e contratos.

Surge o mesmo problema relativamente à gestão dos recursos orçamentários, do patrimônio público e dos servidores cedidos, à contratação de empregados sem a observância da regra do concurso público e ao controle ao qual está submetida a entidade. A Administração Pública, ao gerir recursos orçamentários, deve respeitar as normas sobre direito financeiro (artigos 165 a 169 da Carta Federal). A legislação infraconstitucional, notadamente a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e a Lei nº 4.320/64, também há de ser seguida à risca pelo ordenador de despesas públicas.

De acordo com o artigo 167, inciso II, da Constituição, por exemplo, é vedada a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

Em matéria de despesas com pessoal especificamente, a Carta da República é ainda mais rigorosa. Segundo o artigo 169, § 1º:

Art. 169 [...]

§ 1º – a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

ADI 1923 / DF

e II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

As organizações sociais, no entanto, não estão submetidas a esses controles orçamentários.

O artigo 37, inciso X, dispõe que “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”. O inciso XI desse mesmo dispositivo versa, ainda, o teto para todo o funcionalismo público.

A cessão de servidor autorizada pela Lei nº 9.637/98 abre brecha para que todas essas disposições constitucionais sejam burladas de uma só vez. O artigo 4º, incisos V, VII e VIII, o artigo 7º, inciso II, e o § 1º do artigo 14 permitem que o servidor público venha a perceber vantagens remuneratórias da organização social sem previsão legal, com base apenas em deliberação do Conselho da Administração e ao que está definido no chamado contrato de gestão. O § 2º do artigo 14 contém regra que autoriza o pagamento de vantagem pecuniária permanente a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão nos casos de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria, sem que haja lei revelando as balizas desse acréscimo aos vencimentos do servidor. Não há, na legislação atacada, qualquer referência à observância do teto remuneratório constitucional, que poderia ser ultrapassado se considerado que as organizações sociais são rotuladas como instituições privadas.

No mundo real, servidores públicos escolhidos pelo gestor continuarão a desempenhar as mesmas funções que já realizavam anteriormente, quando compunham os quadros da Administração Pública, só que agora com remuneração potencialmente superior, inclusive com a possibilidade de ultrapassar o teto constitucional.

Não é só isso. Conforme registra o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de

ADI 1923 / DF

entidades particulares” (*Curso de direito administrativo*, 2010, 28ª edição, p. 242).

Ao ingressar no serviço público, o servidor estabelece relação jurídica com uma determinada pessoa jurídica, cujas características principais são a personalidade e a sujeição às regras de direito público. Ele ocupa um cargo público, que depende de criação por lei e é orientado à realização de uma função pública. Não tem sentido ocupar cargo público e prestar serviço em ambiente desligado da Administração Pública, ainda que pudesse exercer tarefa de relevante interesse social.

Outro ponto suscitado na petição inicial da ação direta concerne à violação ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ante a possibilidade de organizações sociais promoverem contratação de pessoal sem a realização de concurso público.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 789.874/DF, da relatoria do ministro Teori Zavascki, sob a sistemática da repercussão geral – a versar questão da aplicabilidade da regra do concurso público aos serviços sociais autônomos, integrantes do chamado Sistema “S” –, manifestei-me no sentido de que a norma do artigo 37, inciso II, da Carta da República não alcança os serviços sociais, por não integrarem a Administração direta, tampouco a indireta.

No caso das organizações sociais, contudo, esse raciocínio não se mostra pertinente. O modelo de parcerias da Lei nº 9.637/98, como demonstrei anteriormente, foi concebido com o notório propósito de burlar o regime jurídico público. As entidades qualificadas possuem apenas formalmente natureza de direito privado, já que gerenciam recursos orçamentários, bens e servidores públicos e prestam serviços que deveriam ser implementados diretamente pelo Estado.

A toda evidência, admitir que as organizações sociais fiquem dispensadas de observar a regra do concurso público nas contratações de pessoal implica cancelar o drible às balizas constitucionais próprias à atuação da Administração Pública.

A par desse aspecto, a gestão de recursos, servidores e bens públicos pela Administração direta e indireta está sujeita a rigoroso controle do

ADI 1923 / DF

Ministério Público e do Parlamento, auxiliado pelo Tribunal de Contas.

O artigo 70 da Lei Maior preconiza que “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

O artigo 71 define as competências do Tribunal de Contas da União, no auxílio prestado ao Congresso Nacional no exercício do controle externo da Administração Pública, entre as quais se destacam: a de “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” e a de “realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”.

No tocante ao Ministério Público, o artigo 129 da Constituição estabelece como função institucional “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, ao passo que a cabeça do artigo 127 prevê incumbir-lhe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Ao arrepio desses dispositivos constitucionais, o inciso X do artigo 4º da Lei nº 9.637/98 revela ser competência privativa do Conselho de Administração “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”.

O artigo 10 do aludido diploma federal, em afronta aos artigos 127 e 129 da Carta da República, restringe ainda a atuação do Ministério

ADI 1923 / DF

Público à representação dos “responsáveis pela fiscalização” nos casos em que “assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público” e houver “indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública”.

A mesma limitação ocorre, no artigo 9º da Lei 9.637/98, em relação ao Tribunal de Contas, o que contraria o disposto nos artigos 70 e 71 da Carta Federal. Não pode a legislação infraconstitucional condicionar a atuação do órgão de controle a que “os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão” deem ciência da “irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública”.

A situação criada pelo legislador federal viabiliza, em última análise, que pessoas jurídicas privadas – qualificadas como “organizações sociais” – (1) realizem despesas com recursos públicos sem obedecer às normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a execução orçamentária; (2) disponham de agentes estatais, sem observância do regime jurídico dos servidores públicos; (3) façam contratações à margem da regra do concurso público e (4) administrem bens e verbas públicas livres do controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público, olvidando as normas constitucionais que regem a matéria e resultando em afronta direta ao princípio republicano.

Dessa forma, acolho a pretensão veiculada pelos autores para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 4º, incisos V, VII; 7º, inciso II; e 11 a 15 da Lei nº 9.637/98. Em relação aos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, julgo procedente o pedido para proclamar a inconstitucionalidade dos dispositivos, sem redução de texto, de sorte a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo – em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas – estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas na Lei nº 9.637/98.

Quanto ao artigo 4º, inciso VIII, declaro a inconstitucionalidade da expressão “e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade”, por entender que os funcionários da entidade qualificada como organização social estão submetidos ao regime jurídico público.

ADI 1923 / DF

Percebam que, ao analisar a problemática da violação à regra da obrigatoriedade de licitação, já reconheci a inconstitucionalidade de parte desse mesmo inciso VIII do artigo 4º – especificamente da cláusula “procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações” –, de modo que, reunidos os dois vícios apontados, é forçoso concluir pela inconstitucionalidade integral do inciso VIII do artigo 4º da Lei nº 9.637/98.

Passo a apreciar a impugnação ao artigo 2º, inciso II, da mesma lei, segundo o qual a qualificação de uma entidade como organização social depende da “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”.

O campo próprio para a discricionariedade administrativa encontra amparo em duas justificativas jurídicas. A primeira delas respalda-se num domínio inerente à atividade política. A segunda, na impossibilidade de o legislador abarcar todos os casos no mundo real, muito mais complexo do que qualquer exercício de imaginação é capaz de alcançar. Alfim, pressupõe-se que o administrador esteja mais apto a determinar qual é o melhor interesse público, considerado o caso concreto, a realidade objetiva dos fatos, e não simples conjecturas que, por antecipação, poderia fazer o legislador.

Na situação em exame, porém, o que fez o legislador? Emprestou ao administrador público verdadeiro cheque em branco para qualificar entidades privadas como organização social. À exceção dos requisitos estritamente formais listados no inciso I do artigo 2º, a Lei nº 9.637/98 não fixou parâmetro material algum para o gestor público qualificar pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, como organização social.

Tamanha margem de discricionariedade, sem balizas objetivas mínimas, abre espaço para decisões arbitrárias do administrador, a caracterizar ofensa direta aos princípios da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da moralidade administrativa.

ADI 1923 / DF

Assim, no tocante ao artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.637/98, acolho o pleito inicial, para declará-lo inconstitucional.

Relativamente aos demais dispositivos, considero que a anulação das normas às quais me referi é suficiente para tornar ineficazes os outros preceitos impugnados na ação direta.

De todo modo, rejeito a alegação dos requerentes de que a Lei nº 9.637/98 violou a garantia constitucional da liberdade de associação (artigo 5º, incisos XVII e XVIII). Isso porque, como salientou o ministro Luiz Fux, no voto proferido neste julgamento, a participação de agentes estatais em órgãos da entidade privada não é uma imposição legal, mas um requisito criado para as pessoas jurídicas de direito privado que tiverem interesse em se qualificar como organização social junto à Administração Pública.

Em conclusão, consigno que não admito a ação direta no tocante à impugnação ao artigo 21, cabeça e parágrafos, da citada Lei nº 9.637/98². Quanto aos demais dispositivos atacados, admito-a e, no mérito, voto pela procedência parcial do pedido, para declarar:

2 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.

ADI 1923 / DF

(i) a inconstitucionalidade dos artigos 1^{o3}; 2^o, inciso II⁴; 4^o, incisos V, VII, VIII⁵; 5^{o6}; 6^o, cabeça e parágrafo único⁷; 7^o, inciso II⁸; 11 a 15⁹; 17¹⁰; 20¹¹ e 22¹² da Lei n^o 9.637/98;

(ii) a inconstitucionalidade do artigo 1^o da Lei n^o 9.648/98¹³, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei n^o 8.666/93;

(iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4^o,

3 Art. 1^o 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.

4 Art. 2^o São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

(...)

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

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

(...);

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

(...);

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;

6 Art. 5^o 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. 1^o.

7 Art. 6^o O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade

ADI 1923 / DF

inciso X¹⁴, 9^{o15} e 10, cabeça¹⁶, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo – em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas – estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma.

Alfim, reitero o entendimento de que a invalidação das normas às supervisoras 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.

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

(...);

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

9 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.

§ 1^o 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.

§ 2^o 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.

§ 3^o 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

ADI 1923 / DF

quais me referi conduz à eficácia dos outros preceitos impugnados na ação direta.

É como voto.

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.

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

§ 2^o 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.

§ 3^o 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, § 3^o, 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.

10 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.

11 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. 1^o, 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.

12 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.

13 Art. 1º Os arts. 5º, 17, 23, 24, 26, 32, 40, 45, 48, 57, 65 e 120, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, passam a vigorar com as seguintes alterações:

(...);

'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.'

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

(...)

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.

15 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.

16 Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam

Em elaboração

ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.