

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Distribuição por dependência ao Ministro Luiz Fux, relator da ADI nº 1.923/DF

O INSTITUTO BRASILEIRO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE (IBROSS), entidade de classe de âmbito nacional, representativa das Organizações Sociais de Saúde, com 20 instituições associadas, que atuam em oito Estados brasileiros e no Distrito Federal, sediada em St Smas, s/n, Conj. 3, Trecho 3, Bloco C, Sala 405 (Ed. The Union), Zona Industrial (Guará), Brasília, DF, CEP 71215-300, vem, perante Vossa Excelência, mediante advogado constituído, propor

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

em impugnação ao Decreto nº 62.528/2017, do Estado de São Paulo, que “Estabelece, para os fins que especifica, diretrizes alusivas à celebração de contratos de gestão com organizações sociais de que trata a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998”, pelos seguintes fatos e fundamentos jurídicos.

I. SÍNTESE DA AÇÃO

O IBROSS objetiva, por meio da presente ação do controle concentrado de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

62.528/2017, diante de sua incompatibilidade com os preceitos fundamentais veiculados no artigo 1º, IV, no artigo 2º, nos incisos II, X, XVII, XVIII e XXII do artigo 5º, no inciso XI do artigo 37, no inciso IV e nas alíneas “a” e “b” do inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal.

Para tanto, será demonstrado, entre outras coisas, que:

(i) O IBROSS é entidade de classe de âmbito nacional, representativa das Organizações Sociais de Saúde, com atuação em 8 Estados da Federação e no Distrito Federal. Nessa condição, possui legitimação ativa para o ajuizamento de ADPF perante o STF, nos termos da legislação e da jurisprudência aplicáveis ao caso. Além disso, uma vez que o ato normativo impugnado versa sobre as diretrizes gerais aplicáveis aos contratos de gestão firmados entre o Estado de São Paulo e as Organizações Sociais, a pertinência temática é inconteste.

(ii) Por força do princípio da subsidiariedade, é cabível ADPF quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. No presente caso, uma vez que a impugnação recai sobre Decreto Estadual híbrido, que se presta em parte a regulamentar a Lei Complementar Estadual nº 846/1998 e em parte a inovar de forma primária o ordenamento jurídico paulista, seria inadequada a propositura de ADI. Não obstante, caso o STF entenda cabível o ajuizamento de ADI, o princípio da fungibilidade autoriza o conhecimento desta *actio* nos termos do artigo 102, I, *a*, da Constituição Federal.

(iii) Na parte em que inova o ordenamento jurídico paulista, o Decreto Estadual nº 62.528/2017 é formalmente inconstitucional, tendo em vista que, no Brasil, o veículo normativo adequado para a criação do Direito é a lei (em sentido formal) e não o Decreto. Em síntese: não pode o Governador do Estado, a pretexto de regulamentar legislação produzida na Assembleia Legislativa, inovar o ordenamento jurídico estadual, sob pena de ofensa, entre outros, ao preceito fundamental da independência e harmonia entre os Poderes.

(iv) Quanto ao aspecto material, o Decreto Estadual impugnado fixa normas que acabam por desnaturar a natureza privada das OSS, na medida em que estabelece um regime restritivo aos contratos firmados pelas organizações sociais com o Poder Público, numa verdadeira tentativa de “estatizar” tais entidades privadas. O Decreto ora questionado promove precisamente aquilo que já foi rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.923/DF, sob relatoria do eminente Ministro Luiz Fux: “uma verdadeira autarquiização das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

criação do modelo”¹. Sobretudo as normas previstas nos artigos 2º e 3º do ato normativo impugnado, como se verá, são incompatíveis com os seguintes preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal: a livre iniciativa (inciso IV do artigo 1º), a vedação à interferência estatal no funcionamento dessas entidades (inciso XVIII do artigo 5º), a garantia de livre associação (inciso XVII do artigo 5º), o direito de propriedade (inciso XXII do artigo 5º), o direito à intimidade e à vida privada dos dirigentes e empregados das organizações sociais (inciso X do artigo 5º), a regra de limitação remuneratória apenas a agentes públicos (inciso XI do artigo 37) e a vedação à divulgação individualizada de salários (§6º do artigo 39), tudo também em afronta à jurisprudência desta egrégia Suprema Corte, consolidada por ocasião do julgamento da ADI 1.923/DF.

II. DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto o Decreto nº 62.528/2017, do Estado de São Paulo. Porém, a sua causa de pedir decorre substancialmente das premissas estabelecidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que conferiu interpretação conforme à Constituição a diversos dispositivos da Lei Federal nº 9.637/1998. É dizer: muitas das inconstitucionalidades constantes no decreto impugnado já foram constatadas e assentadas no bojo da aludida ação direta, sendo mister a distribuição desta ADPF por dependência ao Relator da ADI, em observância à legislação processual civil e ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II - quando, tendo sido extinto o processo sem resolução de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;

III - quando houver ajuizamento de ações nos termos do art. 55, § 3º, ao juízo prevento.

¹ STF, ADI 1923, Órgão julgador: Plenário, Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux, Data de julgamento: 16 abr, 2015.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Importante mencionar o conteúdo do artigo 55, §3º, do CPC: “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”.

Ou seja: ainda que se considere ausente a conexão no presente caso, o autor da *actio* considera pertinente a distribuição por dependência ao Ministro Luiz Fux, em virtude do “risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias” entre a presente ADPF e a ADI 1.923/DF.

Também o artigo 77-B do Regimento Interno desse STF, que veicula regramento específico para as ações do controle concentrado de constitucionalidade, recomenda a providência. Senão veja-se:

Art. 77-b. Na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos.

Sublinhe-se: o objeto da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental é ato normativo do Estado de São Paulo que, ao versar sobre a celebração de contratos de gestão com organizações sociais, afrontou diretamente a Constituição Federal e, mais especificamente, a interpretação constitucional fixada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923/DF, com base no voto do Relator, Ministro Luiz Fux.

Por essas razões é que a presente petição inicial deve ser distribuída por dependência ao Ministro Luiz Fux.

III. LEGITIMAÇÃO ATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

No §1º do artigo 102, a Constituição Federal estabelece que “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Ao regulamentar o aludido dispositivo por meio da Lei Federal nº 9.882/1999, o legislador ordinário optou por conferir legitimidade ativa para a propositura de ADPF somente aos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Assim sendo, os legitimados para propositura de ADPF são aqueles previstos no artigo 103 da CF, *in verbis*:



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou **entidade de classe de âmbito nacional** [grifos acrescentados].

Ao longo dos últimos anos, formou-se uma consolidada jurisprudência acerca dos requisitos exigidos pelo STF para o reconhecimento da legitimidade ativa das entidades de classe de âmbito nacional. São eles: **a)** ausência de heterogeneidade na composição da entidade; **b)** atuação em, pelo menos, nove Unidades da Federação (Estados ou Distrito Federal); e **c)** demonstração de pertinência temática entre o objeto do pedido e os objetivos institucionais da associação.

No que diz respeito ao **item “a”**, o STF tem decidido que entidades de classe de âmbito nacional que congregam categorias profissionais e/ou econômicas diversas não possuem legitimidade para desencadear o controle concentrado de constitucionalidade². A *contrario sensu*, as entidades que congregam “os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica, e que, portanto, represente, em âmbito nacional, uma classe” podem propor esse tipo de ação.³ Nesse cenário, concernentemente ao presente caso, convém mencionar que o **IBROSS** preenche o primeiro requisito estabelecido pela Suprema Corte, uma vez que a sua **composição é homogênea, congregando, dentre os seus associados, apenas Organizações Sociais de Saúde**.

Veja-se a previsão constante no artigo 9º, §3º, do Estatuto do IBROSS:

Art. 9º [...]

² Cf. ADI 334/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Data: 31/03/1995; ADI 4.313/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Data: 24/11/2015; e ADI 4.660/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. Data: 02/12/2016.

³ ADI 271. Relator: Min. Moreira Alves. Data: 06/09/2001.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

§ 3º Somente poderão requerer ingresso como associado efetivo do IBROSS entidades privadas sem fins lucrativos, qualificadas como **Organização Social na área de saúde**, pela União, Estados, Municípios ou Distrito Federal, que tenham celebrado contrato de gestão há, pelo menos, 1 (um) ano, e que esteja vigente, cuja filiação tenha sido aprovada pela Diretoria, conforme disposto neste Estatuto [grifos acrescidos].

Quanto ao **item “b”**, o Ministro Luiz Fux esclareceu, no voto proferido na ADI nº 4.294/SP, que as entidades de classe de âmbito nacional precisam ter “representação em, pelo menos, 9 (nove) Unidades da Federação (Estados ou Distrito Federal), por aplicação analógica do artigo 7º, §1º, da Lei 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP)”⁴. Assim sendo, não restam dúvidas de que o **IBROSS possui atuação nacional**, tal como delimitada pelo STF, pois a aludida associação **está presente em 9 Unidades da Federação (8 Estados + Distrito Federal)**, conforme atesta a documentação em anexo (Documento nº 02 e 03).

Finalmente, quanto ao **item “c”**, que exige do **IBROSS** a comprovação de pertinência temática entre a impugnação que pretende fazer e os objetivos institucionais da entidade, tem-se que o Decreto Estadual nº 62.528/2017 versa exclusivamente sobre os requisitos para a celebração de contratos entre o Estado de São Paulo e as OSS. **Isso quer dizer que a possível declaração de inconstitucionalidade do aludido Decreto impactará diretamente na esfera jurídica dos associados do IBROSS e, nesse sentido, a pertinência temática é inconteste.**

É válido destacar alguns dos objetivos do IBROSS, tal como previstos no artigo 4º de seu Estatuto:

Art. 4º [...]

III – Contribuir para o aperfeiçoamento da cultura do fomento público, da parceria e da contratualização de resultados na área de saúde, essenciais para a correta divulgação do modelo das organizações sociais [...].

VI – Colaborar para o aperfeiçoamento das normas referentes às organizações sociais e seu fomento e contribuir para o estabelecimento de parâmetros de qualidade e consistência dos vínculos de parceria celebrados na área de saúde.

⁴ STF, AgR na ADI nº 4.294/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Data: 01/07/2016.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

VII – Defender o equilíbrio das relações de parceria e de fomento entre as organizações sociais e o poder público, inclusive no contrato de gestão, sua execução e encerramento, de forma a preservar a especificidade do uso do modelo na área de saúde;

VIII – Fomentar a adoção pelos governos municipais, estaduais, distrital e federal de modelos avançados de parceria com organizações sociais na área de saúde, que assegurem a excelência da gestão e a correção no emprego de recursos de fomento [...].

Importante ainda mencionar que, para a realização de tais objetivos, o Estatuto do IBROSS previu, dentre outras, as seguintes medidas:

Art. 5º [...].

IV – Propor ações administrativas ou judiciais, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, para a defesa dos interesses de seus associados e dos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos relacionados às finalidades indicadas neste Estatuto;

V – Propor ações de responsabilidade em face de ação ou omissão do poder público no cumprimento da legislação pertinente às organizações sociais ou dos contratos de gestão, cuja gravidade comprometa a prestação de serviços de saúde, a sustentabilidade das parcerias ou do modelo das organizações sociais.

Como se vê, o IBROSS foi idealizado verdadeiramente como uma entidade de classe de âmbito nacional, pois visa contribuir para o aprimoramento das relações entre o Estado e as Organizações Sociais em todo o Brasil. Não à toa que um de seus relevantes objetivos é colaborar para o “aperfeiçoamento das normas referentes às Organizações Sociais”. E, como se sabe, além do processo legislativo em si, o controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF é uma das principais vias para a promoção do aperfeiçoamento das normas jurídicas pátrias.

Nesse sentido, não restam dúvidas de que o IBROSS preenche todos os requisitos exigidos pelo STF para o reconhecimento da legitimidade ativa das entidades de classe de âmbito nacional.

IV. CABIMENTO DA ADPF NA HIPÓTESE

A) Natureza jurídica do ato normativo a ser impugnado



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Conforme já mencionado, o Decreto nº 62.528/2017, do Estado de São Paulo, “Estabelece, para os fins que especifica, diretrizes alusivas à celebração de contratos de gestão com organizações sociais de que trata a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998”.

Quanto à natureza jurídica, a redação do ato normativo em questão não é clara. Isto é, o Decreto Estadual nº 62.528/2017 não se declara nem decreto regulamentador, nem tampouco decreto autônomo⁵.

Costumeiramente, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP) publica uma “Ficha Informativa” em anexo aos atos normativos que torna públicos por meio de seu *website* (www.al.sp.gov.br). Nesses documentos, constam informações tais como a ementa, o tema, o número e o autor do projeto, o veículo que efetivou a publicação da norma, as respectivas regulamentações, etc.

Na versão atual da “Ficha Informativa” da Lei Complementar Estadual nº 846/1998, constante no site da ALESP, estão indicados expressamente os decretos regulamentadores da aludida lei: o Decreto Estadual nº 43.493, de 29/09/1998; o Decreto Estadual nº 53.375, de 05/09/2008; e o Decreto Estadual nº 57.108, de 06/07/2011.

Nesse contexto, é importante sublinhar que o Decreto Estadual nº 62.528/2017, ora em análise, não consta no rol de decretos regulamentadores da Lei Complementar Estadual nº 846/2017, muito embora o referido ato normativo já esteja em vigor há cerca de um ano e meio.

Não se quer com essa afirmação exagerar eventual consequência proveniente da não-indicação do Decreto Estadual nº 62.528/2017 na “Ficha Informativa” da Lei Complementar Estadual nº 846/1998, até porque tal ausência, além de não possuir caráter oficial, pode muito bem ser fruto de “esquecimento” ou de “atraso” na atualização do *site* da ALESP. O que se quer dizer é que a falta de menção ao Decreto Estadual nº 62.528/2017 na “Ficha Informativa” da Lei Complementar Estadual nº 846/1998 contribui para a dúvida acerca de sua natureza jurídica.

⁵ De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, “A doutrina costuma classificar os decretos em **decretos regulamentares** (ou **de execução**), voltados para a complementação e detalhamento das leis, e **decretos autônomos** (ou **independentes**), destinados a suprir lacunas da lei. Teoricamente, não há dúvida quanto a essa distinção; basta ver sua destinação. Contudo, se é certo que os decretos regulamentares são acolhidos expressamente pelo ordenamento jurídico pátrio, os decretos autônomos [...] suscitam algumas perplexidades quanto à sua existência diante da Constituição: há quem os entenda viáveis, mas há também aqueles que os julgam não acolhidos pelo direito positivo vigente” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 130).

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Diante dessa situação, a única maneira de se aferir a natureza jurídica do ato normativo é analisar, um por um, os artigos do Decreto Estadual nº 62.528/2017, de modo a averiguar em que medida eles promovem regulamentação da Lei Complementar Estadual nº 846/1998 e em que medida promovem inovações no ordenamento jurídico de forma primária.

Sem pretender adentrar na matéria de mérito a ser explorada nos tópicos subsequentes, cumpre ressaltar, desde logo, que algumas das disposições do Decreto Estadual nº 62.528/2017 são nitidamente autônomas, pois fazem exigências exorbitantes que acabam por desnaturar a própria natureza privada das OSS.

Veja-se, à guisa de exemplo, as normas constantes nos artigos 2º, 3º e 4º do ato normativo em questão, com destaque em negrito para aquelas que, mais evidentemente, pretendem “estatizar” as OSS:

Artigo 2º - Na celebração dos contratos de gestão de que trata a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, os órgãos e entidades da Administração Pública:

I - farão constar cláusulas:

a) fixando o subsídio mensal do Governador do Estado como limite máximo à remuneração bruta e individual, paga com recursos do contrato de gestão, dos empregados e diretores das organizações sociais, observados, para os últimos, o vínculo exclusivamente estatutário e, para todos, os padrões praticados por entidades congêneres;

b) sujeitando o ajuste a rescisão quando descumprido o disposto na alínea “a” deste inciso, salvo na hipótese de inobservância decorrente de reajuste salarial obrigatório, que venha a, na vigência do contrato, elevar a remuneração além deste limite;

c) estipulando que a locação de imóvel pela organização social, com recursos do contrato de gestão, dependerá de prévia pesquisa de mercado, contendo ao menos 3 (três) imóveis de interesse, a ser submetida à Secretaria de Estado da área correspondente, que se pronunciará após consulta ao Conselho do Patrimônio Imobiliário para verificar a existência de próprio estadual disponível para uso;

d) condicionando a contratação da prestação de serviços, pela organização social, à declaração desta, por escrito e sob as penas da lei, de que não dispõe de empregados ou diretores remunerados com recursos do contrato de gestão suficientes para a mesma finalidade;



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

e) prevendo que a organização social disponibilizará, em seu sítio na rede mundial de computadores, a remuneração bruta e individual, paga com recursos do contrato de gestão, de todos os seus empregados e diretores;

II - verificando que a organização social não conta, na Diretoria, com pessoa que seja titular de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública, mandato no Poder Legislativo ou cargo de dirigente estatutário de partido político, ainda que licenciados.

§ 1º - A locação de imóvel de que trata a alínea “c” do inciso I deste artigo se destinará à execução das atividades finalísticas do contrato de gestão.

§ 2º - O disposto na alínea “a” e “b” do inciso I deste artigo se aplica aos empregados e diretores das organizações sociais, independentemente da quantidade de contratos de gestão que estas mantêm com o Estado, considerando-se, para fins de incidência do limite fixado, a somatória das verbas remuneratórias de cada um.

§ 3º - Os recursos do contrato de gestão, para os fins do disposto neste decreto, abrangem, além do repasse do Estado, todas as receitas operacionais, financeiras, incentivadas ou que, a qualquer título, decorram do respectivo equipamento ou programa público sob gestão da organização social.

Artigo 3º - A cláusula de que trata a alínea “a” do inciso I do artigo 2º deste decreto estabelecerá a possibilidade de o limite de remuneração de empregados e diretores ali previsto ser acrescido:

I - em até 10% (dez por cento), caso o repasse do Estado, acrescido dos respectivos rendimentos financeiros, represente de 50% (cinquenta por cento) a 70% (setenta por cento) dos recursos do contrato de gestão;

II - em até 20% (vinte por cento), caso o repasse do Estado, acrescido dos respectivos rendimentos financeiros, represente de 30% (trinta por cento) a 50% (cinquenta por cento) dos recursos do contrato de gestão;

III - em até 40% (quarenta por cento), caso o repasse do Estado, acrescido dos respectivos rendimentos financeiros, represente de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) dos recursos do contrato de gestão;



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

IV - em até 70% (setenta por cento), caso o repasse do Estado, acrescido dos respectivos rendimentos financeiros, represente até 10% (dez por cento) dos recursos do contrato de gestão.

Parágrafo único - Para efeito do disposto neste artigo, o percentual do repasse do Estado, acrescido dos respectivos rendimentos financeiros, em face dos recursos do contrato de gestão, será apurado anualmente, aplicando-se, em caso de inobservância ao respectivo limite de remuneração, o disposto na alínea "b" do inciso I do artigo 2º deste decreto.

Artigo 4º - Os dispositivos adiante relacionados passam a vigorar com a seguinte redação:

I - do artigo 5º do Decreto nº 43.493, de 29 de setembro de 1998, o inciso VI:

"VI - constituição de reserva de recursos destinada a contingências conexas à execução do programa de trabalho, atendidos os seguintes preceitos:

a) a organização social abrirá conta bancária específica, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do artigo 116 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na qual será depositada parte dos recursos financeiros repassados pelo Estado, respeitada, para esse fim, porcentagem fixada pelo Secretário da Cultura, que observará o montante destinado por entidades congêneres às finalidades da conta;

b) a organização social poderá contribuir com recursos próprios para a reserva de que trata este inciso;

c) os recursos de que trata este inciso somente poderão ser utilizados, para sua estrita finalidade, com a prévia autorização do Conselho de Administração da organização social, por deliberação de 3/4 (três quartos) dos seus membros, e do Secretário da Cultura, cabendo-lhes velar por seu uso, em conformidade com o praticado por entidades congêneres;

d) ao final do contrato, o saldo financeiro remanescente na reserva a que se refere este inciso será rateado entre o Estado e a organização social, observada a mesma proporção com que foi aquela constituída;

e) caso o objeto do contrato de gestão seja novamente submetido a convocação pública, os recursos da reserva de contingência a que se refere este inciso poderão, mediante autorização do Secretário da



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Cultura, ser transferidos à nova organização social contratada, para constituição de reserva com a mesma finalidade;

f) o valor transferido nos termos da alínea “e” deste inciso será identificado nas prestações de contas da nova organização social gestora e poderá ser utilizado, ainda, sempre mediante autorização do Secretário da Cultura, para a realização de novas atividades conexas ao objeto do ajuste, a serem pactuadas por provocação da entidade;

g) verificado o disposto nas alíneas “e” e “f” deste inciso, a porcentagem de que trata a alínea “a”, a ser fixada para a nova organização social gestora, não será inferior à do contrato de gestão anterior, desconsiderados, para tanto, os recursos originários da reserva de contingência precedente.”; (NR)

II - o artigo 13 do Decreto nº 57.105, de 6 de julho de 2011:

“Artigo 13 - A organização social deverá constituir reserva de recursos destinada a contingências conexas à execução do programa de trabalho, atendidos os seguintes preceitos:

I - a organização social abrirá conta bancária específica, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do artigo 116 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na qual será depositada parte dos recursos financeiros repassados pelo Estado, respeitada, para esse fim, porcentagem fixada pelo Secretário dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que observará o montante destinado por entidades congêneres às finalidades da conta;

II - a organização social poderá contribuir com recursos próprios para a reserva de que trata este artigo;

III - os recursos de que trata este artigo somente poderão ser utilizados, para sua estrita finalidade, com a prévia autorização do Conselho de Administração da organização social, por deliberação de 3/4 (três quartos) dos seus membros, e do Secretário dos Direitos da Pessoa com Deficiência, cabendo-lhes velar por seu uso, em conformidade com o praticado por entidades congêneres;

IV - ao final do contrato, o saldo financeiro remanescente na reserva a que se refere este artigo será rateado entre o Estado e a organização social, observada a mesma proporção com que foi aquela constituída;

V - caso o objeto do contrato de gestão seja novamente submetido a convocação pública, os recursos da reserva de contingência a que se



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

refere este inciso poderão, mediante autorização do Secretário dos Direitos da Pessoa com Deficiência, ser transferidos à nova organização social contratada, para constituição de reserva com a mesma finalidade;

VI - o valor transferido nos termos do inciso V deste artigo será identificado nas prestações de contas da nova organização social gestora e poderá ser utilizado, ainda, sempre mediante autorização do Secretário dos Direitos da Pessoa com Deficiência, para a realização de novas atividades conexas ao objeto do ajuste, a serem pactuadas por provocação da entidade;

VII - verificado o disposto nos incisos V e VI deste artigo, a porcentagem de que trata o inciso I, a ser fixada para a nova organização social gestora, não será inferior à do contrato de gestão anterior, desconsiderados, para tanto, os recursos originários da reserva de contingência precedente.

Parágrafo único - Constará como cláusula dos contratos de gestão a obrigatoriedade de a organização social, ao término de seu ajuste, fornecer todas as informações necessárias à nova organização social eventualmente contratada, inclusive no que se refere ao quadro de pessoal.”. (NR)

Em síntese: numa análise preliminar, o que se constata é que o Decreto Estadual nº 62.528/2017 não se trata de um ato normativo meramente regulamentador, uma vez que ele prevê, em seu bojo, também diversas **normas de caráter primário**. Nesse sentido, ele seria uma espécie **híbrida**, com características ora de decreto autônomo e ora de decreto regulamentador.

Não é irrelevante apontar que a natureza primária de diversas das normas constantes no Decreto Estadual nº 62.528/2017 foi, de certa forma, reconhecida pela CPI da OSS, recentemente concluída na ALESP, pois o encaminhamento dado na referida CPI foi no sentido de incorporar na Lei Complementar Estadual nº 846/1998 diversas das normas constantes no aludido Decreto.

É dizer: não fosse o Decreto Estadual nº 62.528/2017 inconstitucional, entre outras coisas por ofensa ao princípio da reserva de lei, então não haveria necessidade de se incorporar formalmente várias de suas normas na lei de regência, como pretendido pelos membros da CPI da OSS.

B) Subsidiariedade: descabimento da ADI



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

O artigo 4º, §1º, da Lei Federal nº 9.882/1999, é claro ao estabelecer que a ADPF só é cabível quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (princípio da subsidiariedade). Por essa razão é que, antes de advogar o seu cabimento, compete esclarecer as razões pelas quais o ajuizamento de ADI não é cabível na hipótese dos autos.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” (artigo 102, I, a).

Especificamente quanto ao objeto das ADIs, Dirley da Cunha Júnior explica:

Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se admite ação direta de inconstitucionalidade para se impugnar regulamentos ou atos normativos que exorbitam da função de regulamentar a lei. Na hipótese, haveria uma colisão entre a lei e o regulamento, cuidando-se de uma simples ilegalidade, a ser submetida ao controle incidental. Admite-se tal ação, por outro lado, quando se trata de regulamentos de execução que, ao revés de complementarem as leis a título de lhes darem exequibilidade, invadem domínio de reserva legal; ou quando se cuida de regulamentos autônomos ou independentes, que se relacionam diretamente com a Constituição e têm força de lei.⁶

Em outras palavras: de acordo com a jurisprudência do STF, não é cabível o ajuizamento de ADI quando o decreto regulamentador exorbitar o conteúdo da lei regulamentada, isto é, quando o ato normativo secundário contrariar a disciplina legal, pois, nessa hipótese, estar-se-ia, quando muito, diante de uma mera inconstitucionalidade reflexa. Por outro lado, quando esse tipo de decreto, a pretexto de regulamentar a lei, tratar de tema por ela não abordado, ofendendo diretamente à Constituição, então é possível o desencadeamento do controle concentrado de constitucionalidade por via da ação direta. É que, nessa última hipótese, o decreto deixará de ser considerado regulamentar pela Corte, para ser considerado autônomo.

Geralmente, invoca-se o precedente fixado no julgamento da ADI nº 3664, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, para dar validade à tese acima esposada:

⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 235-236.



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade [...] ⁷.

Não obstante o entendimento adotado na mencionada ADI, não se pode deixar de consignar que tal precedente não é necessariamente representativo da postura do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à admissibilidade de ADIs contra atos autointitulados regulamentares. Na verdade, ao longo dos últimos anos, a jurisprudência do STF sobre o tema sempre tem sido muito mais restritiva.

Para citar apenas dois precedentes posteriores ao julgamento da ADI nº 3664, invoca-se primeiramente a decisão proferida em sede de AgR na ADI 4176, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º DO ART. 6º-A DO DECRETO N. 4.376/2002: NORMA DE CARÁTER SECUNDÁRIO QUE SE PRESTA A REGULAMENTAR O DISPOSTO NA LEI N. 9.883/1999. 1. Os atos regulamentares, cujo conteúdo ultrapasse o que na lei regulamentada se contém, podem estar eivados de ilegalidade. Precedentes. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento ⁸.

De igual modo, o STF se manifestou no Agravo Regimental na ADI 4127, de relatoria da Ministra Rosa Weber:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 41.149/2008 DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NATUREZA REGULAMENTAR. ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE DE LEGALIDADE. PRETENSÃO INCOMPATÍVEL COM A VIA DA AÇÃO DIRETA. 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. 2. Vocacionada ao controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, a ação

⁷ STF, ADI 3664. Relator: Min. Cezar Peluso. Data: 01/06/2011.

⁸ STF, Ag. Reg. na ADI 4176. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data: 20/06/2012.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

direta de inconstitucionalidade não constitui meio idôneo para impugnar a validade de ato regulamentar e secundário em face de legislação infraconstitucional. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.⁹

É importante mencionar que, tanto num caso como noutra, argumentou-se na petição inicial que os atos impugnados seriam independentes e autônomos, não sendo meramente reflexa a inconstitucionalidade alegada.

O que se observa, na prática, é uma profunda dificuldade de se demonstrar ao STF que a edição de um decreto autônomo, travestido de decreto regulamentar, pode redundar em inconstitucionalidade direta, passível de ADI, quando existir lei formal que preceder o ato regulamentar.

Na ADI nº 589, o Ministro Carlos Velloso fixou a premissa que norteia o posicionamento mais consolidado do Supremo nos dias de hoje:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO REGULAMENTAR. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. I. Se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade. Neste caso, não há falar em inconstitucionalidade. **Somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar, e que poderia este ser acimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle de constitucionalidade.** II. Ato normativo de natureza regulamentar que ultrapassa o conteúdo da lei não está sujeito a jurisdição constitucional concentrada. Precedentes do S.T.F.: ADINs. n.s 311-DF e 536-DF. III. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida.¹⁰

É dizer: via de regra, para o Plenário do STF, mesmo que o conteúdo do decreto inove o ordenamento jurídico, dando tratamento estranho às matérias previstas em lei, o simples fato de existir formalmente uma lei entre a Constituição e o Decreto provavelmente inviabilizará a propositura de ADI.

Diante do exposto, não se pode ignorar o fato de que a mera existência da Lei Complementar Estadual nº 846/1998 já seria suficiente para comprometer o sucesso de uma eventual ADI, tendo em vista que, em casos semelhantes, o STF julgou que, quando há lei regulamentada, eventual inconstitucionalidade apurada é sempre reflexa.

⁹ STF, Ag. Reg. na ADI 4127. Relatora: Min. Rosa Weber. Data: 16/10/2014.

¹⁰ STF, ADI 589. Relator: Min. Carlos Velloso. Data: 20/09/1991.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

C) Subsidiariedade: viabilidade de ADPF

Como se sabe, o §1º do artigo 102 da Constituição Federal prevê que “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Dando cumprimento ao dispositivo constitucional supramencionado, foi editada a Lei Federal nº 9.882/1999, que expressamente admitiu como objeto da ADPF a controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Historicamente, sabe-se que a ADPF foi pensada como uma ação complementar ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, daí o legislador ter expressamente admitido como objeto de controle atos do poder público contra os quais a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou não caber ADI ou ADC.

Entretanto, embora a criação da ADPF tenha servido para, em vários aspectos, promover a superação de uma jurisprudência defensiva do STF, na hipótese da inconstitucionalidade reflexa não houve muito avanço, não obstante abalizados posicionamentos doutrinários acerca do tema¹¹.

Na ADPF 169, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DISPOSITIVOS DO DECRETO PRESIDENCIAL 6.620, DE 29 DE OUTUBRO DE 2008, QUE REGULAMENTA A LEI DOS PORTOS (LEI 8.630/1993). OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - A jurisprudência desta Suprema Corte, não reconhece a possibilidade de controle concentrado de atos que consubstanciam mera ofensa reflexa à Constituição, tais como o ato regulamentar consubstanciado no decreto presidencial ora impugnado. II - Agravo regimental a que se nega provimento.¹²

Na ocasião, o Ministro Marco Aurélio ficou vencido, ao declinar os seguintes argumentos:

¹¹ É relevante apontar que o Ministro Gilmar Mendes, um dos autores do Projeto de Lei que redundou na Lei Federal nº 9.882/1999, defende a abertura da jurisprudência do STF, para admitir a propositura de ADPF contra os decretos regulamentadores (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 86-87).

¹² STF, ADPF 169. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data: 19/09/2013.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, vou pedir vênua para divergir. A teor do disposto no artigo 1º da Lei nº 9.882/99, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ela é pertinente em se tratando de ato de Poder Público. No caso concreto, ressalta-se que o Executivo acabou atuando no campo que seria próprio ao Congresso Nacional, normatizando.

Admito a sequência.

Na réplica, o Ministro Lewandowski esclareceu:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - É respeitável o ponto de vista de Vossa Excelência, mas é que aqui, se Vossa Excelência me permite, nós estaríamos banalizando a ADPF, porque existem meios processuais próprios para discutir essa incongruência entre o decreto e a legislação própria. Eu acho que essa matéria teria de subir toda a escala recursal para, só então, atingir o Supremo Tribunal Federal.

O sentimento que eu tive, quando analisei essa questão, é que a CNA quis atuar *per saltum* e utilizando indevidamente esse instrumento nobre, que é a ADPF, para discutir uma questão de interesse, até, paroquial dessa Confederação.

Então, portanto, respeitando o ponto de vista de Vossa Excelência, eu mantenho a negativa de provimento ao agravo.

Embora à guisa de *obiter dictum*, algumas premissas ficaram fixadas no precedente acima mencionado. Salvo melhor juízo, o Plenário sinalizou que a jurisprudência defensiva do STF, no que diz respeito à análise de regulamentos na ADPF, deve ser aplicada quando: **a)** ficar patente a tentativa de banalização do instituto; **b)** pretender-se suprimir instâncias por meio da abreviação dos recursos previstos na legislação; e **c)** objetivar-se discutir diretamente no STF questão de interesse paroquial.

No caso em apreço, nenhuma das restrições indicadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski se aplicam.

Senão vejamos.

Em primeiro lugar, com a presente ADPF não se está a banalizar o instituto e nem se pretendendo suprimir instâncias por meio da abreviação de um rito processual ordinário



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

supostamente aplicável à espécie. Muito pelo contrário, o controle concentrado de constitucionalidade está sendo aqui utilizado porque é a única alternativa jurídica plausível para retirar do ordenamento paulista norma que agride de forma direta e frontal a Constituição Federal.

Por hipótese, inadmitido o controle concentrado em face do Decreto Estadual nº 62.528/2017, todas as Organizações Sociais que atuam no Estado de São Paulo terão de se submeter ao cometimento de atos abusivos, arbitrários e ilegais para, somente depois, poder impugná-los, individualmente, perante as instâncias ordinárias. *Data venia*, não é razoável que isso ocorra. Aliás, é justamente para evitar situações como essas que o controle concentrado de constitucionalidade foi previsto na Constituição Federal de 1988.

Além disso, salta aos olhos que a discussão proposta nesta ADPF não diz respeito a questão de interesse meramente paroquial.¹³ Com efeito, embora a impugnação recaia sobre Decreto do Estado de São Paulo – o maior Estado do país! – não se pode ignorar o que está verdadeiramente em jogo na presente *actio*: a validade do modelo institucional brasileiro sobre as relações entre o Estado e as Organizações Sociais, **já referendado pelo STF na ADI 1923**, e a possibilidade de os Estados-membros criarem normas que provoquem distorções no aludido modelo.

De certa forma, é simbólico que a questão chegue ao STF por meio da impugnação de norma jurídica do Estado de São Paulo, onde esse tipo de parceria público-privada atingiu a excelência nos últimos anos, pois isso reforça o caráter transcendente da decisão final a ser proferida pela Corte, ao mesmo tempo em que demonstra que o tema em discussão ultrapassa, em muito, o interesse meramente paroquial.

De todo modo, independentemente de nenhuma das restrições apontadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 169 se aplicarem ao presente caso, **é preciso atentar para o fato de que, recentemente, o STF relativizou sensivelmente a sua jurisprudência sobre a impugnação de decretos regulamentares.**

¹³ Importante mencionar que “Os serviços de saúde gerenciados por OSS em São Paulo, por meio de contrato de gestão, incluem Hospitais, Ambulatórios Médicos de Especialidade (AME), Centro de Referência do Idoso (CRI), Unidades da Rede de Reabilitação Lucy Montoro, Centros Estaduais de Análises Clínicas (CEAC), Serviços de Diagnóstico por Imagem (SEDI), Centro de Armazenamento e Distribuição de Insumos de Saúde (CEADIS) e a operacionalização da Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde (CROSS)” (Cf. www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br). Além disso, conforme consta no Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito das Organizações Sociais da Saúde, que tramitou na ALESP no corrente ano, “somente no Estado de São Paulo, as Organizações Sociais de Saúde – OSSs receberam mais de R\$ 50 bilhões dos cofres públicos nos últimos cinco anos, considerando governo estadual e prefeituras”. Portanto, também quando se consideram os números ora apresentados, constata-se que a discussão que se pretende travar na presente ADPF extrapola o interesse meramente paroquial.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Por exemplo: na ADPF 532, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pleiteou, por meio de ADPF, a inconstitucionalidade da Resolução Normativa nº 433/2018, ao argumento de que “não cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade contra ato normativo secundário” e de que, “sob o falso pretexto de instituir mecanismos de regulação financeira dos planos privados de assistência à saúde, a referida Resolução foi muito além e desfigurou o marco legal de proteção do consumidor no país”.

Ou seja: no caso, o que se alegou foi a incompatibilidade da Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) com a Lei Federal nº 9.656/1998 e, subsidiariamente, com a Constituição Federal, numa ofensa que, historicamente, o STF vinha considerando reflexa.

Entretanto, a medida cautelar na ADPF foi deferida no plantão pela eminente Ministra Cármen Lúcia:

Este Supremo Tribunal Federal admite a apreciação excepcional, em controle abstrato de constitucionalidade, da validade de atos de entidades públicas que importam em regulamentação de matéria cuja competência se pretende tenha sido exercida em exorbitância aos limites constitucionais.

Na espécie examinada, embora o objeto imediato da ação seja uma Resolução da Agência Nacional de Saúde, demonstra-se que o seu conteúdo produz aparente inovação normativa primária, sem respaldo constitucional ou legal, do que decorreria ou autorizaria a alteração substancial de planos de saúde pela nova norma posta pela autarquia, a justificar a presente medida de urgência.

[...]

Como destacado pelo Autor, ao regulamentar os mecanismos financeiros de regulação (franquia e coparticipação) no tema da saúde suplementar brasileira, a Agência Nacional de Saúde teria instituído “severa restrição a um direito constitucionalmente assegurado (direito à saúde) por ato reservado à lei em sentido estrito”.

Tanto significou, como alegado, contrariedade a “preceito fundamental da separação de poderes, ao princípio da legalidade e ao devido processo legislativo, porquanto a Lei n. 9656, de 3 de junho de 1998, não outorgou à ANS a competência legislativa para



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

disciplinar o tema, ou seja, para verdadeiramente criar regras, direitos e deveres para usuários de planos de saúde”.¹⁴

Objetivamente, pode-se compreender que a decisão monocrática proferida pela Presidência do STF no último dia 14/07/2018 indica que, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, a impugnação de atos regulamentares tem sido analisada com maior amplitude do que na ação direta de inconstitucionalidade.

Não obstante, caso o STF entenda cabível o ajuizamento de ADI, o princípio da fungibilidade autoriza o conhecimento desta *actio* nos termos do art. 102, I, *a*, da Constituição Federal:

QUESTÃO DE ORDEM EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA Nº 156, DE 05.05.05, DA SECRETARIA EXECUTIVA DA FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ. FIXAÇÃO, PARA FINS DE ARRECADAÇÃO DE ICMS, DE NOVO VALOR DE PREÇO MÍNIMO DE MERCADO INTERESTADUAL PARA O PRODUTO CARVÃO VEGETAL. ARTS. 150, I, II E V, 152 E 155, § 2º, XII, i, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349, rel. Min. Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; 2. Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação.¹⁵

Então, ajuíza-se a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental contra o Decreto Estadual nº 62.528/2017, postulando a conversão da demanda em ação direta de inconstitucionalidade caso o Supremo Tribunal Federal entenda que este último tipo de ação é cabível contra ato autônomo travestido de ato regulamentar.

V. CONTEXTUALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE GESTÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO

¹⁴ STF, ADPF 532. Relator: Min. Celso de Mello. Data: 14/07/2018.

¹⁵ STF, ADPF 72, QO. Relator: Min. Ellen Gracie. Data: 02/12/2005.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Preliminarmente, cumpre reconhecer que a situação das Organizações Sociais no Estado de São Paulo é um exemplo de como esse modelo de parceria com o terceiro setor pode ser benéfico para a sociedade e para os interesses públicos perseguidos pela Administração Pública.

Em âmbito nacional, foi no Estado de São Paulo que o modelo de parcerias por contrato de gestão mais se desenvolveu, cumprindo lembrar o histórico de que o modelo iniciou “durante a administração do Governador Mário Covas e viabilizou a transformação de nove esqueletos de obras em modernos hospitais públicos”, entregando excelentes e sólidos resultados à população paulista desde a origem.¹⁶

Nos últimos anos, o modelo de parcerias com as Organizações Sociais no Estado de São Paulo foi consideravelmente ampliado e, a despeito de poucos e pontuais problemas sob a perspectiva do controle, os estudos empíricos sobre o modelo indicam que a parceria com Organizações Sociais de Saúde “é uma alternativa concreta para obtenção de maior qualidade e produtividade com menores custos”¹⁷.

O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) das Organizações Sociais da Saúde no Estado de São Paulo, publicado em Diário Oficial no dia 25 de setembro de 2018, apresenta a seguinte conclusão¹⁸:

Fato que o modelo de parceria com organizações sociais, reconhecida a necessidade de ajustes e aprimoramentos, foi bem-sucedido no Estado de São Paulo e veio para ficar. Qualquer posicionamento em sentido contrário transmitiria uma ideia irreal de que o poder público teria a capacidade de absorver diretamente toda a assistência hoje prestada por intermédio das OSs, condição que sabemos nem de longe corresponde à verdade. [grifos acrescentados]

Atualmente, conforme se depreende do sítio eletrônico da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, existem no Estado 46 Organizações Sociais de Saúde Qualificadas.¹⁹ Considerando todos os serviços sociais abrangidos pelo modelo, segundo dados de junho de 2018, existem “cerca de 8.400 contratos de gestão (envolvendo estado e municípios

¹⁶ LINS, Bernardo Wildi. **Organizações sociais e contratos de gestão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 291.

¹⁷ TABORDA, Wladimir; GOMES, Marcio Cidade; PASCHOA, Nilson Ferraz; BARATA, Luiz Roberto Barradas. Organizações Sociais de Saúde no Estado de São Paulo: fundamentos e resultados. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹⁸ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/arquivoWeb/com/com5772.pdf>. Acesso em 17 out. 2018.

¹⁹ Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br/> Acesso em 04 set. 2018.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

paulistas), por meio do qual o poder público estabelece serviços a serem prestados e metas a serem atingidas”. Estudos elaborados pela Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo “apontam que os hospitais sob gestão das OSs conseguem ser até 52% mais produtivos e custam 32% menos do que os da administração direta”.²⁰

Segundo os professores Hironobu Sano e Fernando Luiz Abrucio, “o modelo das OS no Brasil tem na experiência paulista o seu caso mais bem-sucedido”, sendo que “os avanços das OS da Saúde em São Paulo são evidenciados por dados referentes à eficácia e eficiência dos gastos públicos e à área de recursos humanos, ainda mais quando comparados ao desempenho dos hospitais estatais paulistas”. Para eles, existe uma explicação para o sucesso das organizações sociais, que pode ser resumido, basicamente, em 3 fatores (os quais também estão presentes nas experiências bem-sucedidas de outros países no campo da gestão por resultados): 1) flexibilização administrativa, “que favorece um melhor gerenciamento”; 2) modelo de parceria pela celebração de contrato de gestão, “que aumenta a capacidade de planejar e executar por meio de metas capazes de serem avaliadas”; e 3) êxito do modelo de repasse a entes públicos não estatais, “que só deu certo em São Paulo, porque foi constituído um núcleo burocrático estratégico na Secretaria de Estado da Saúde, capaz de regular, monitorar, avaliar e, eventualmente, alterar o rumo do processo de contratualização”.²¹

O ex-governador do Estado de São Paulo Geraldo Alckmin (PSDB) compartilha do entendimento de que o modelo de contrato de gestão existente entre o Estado de São Paulo e as Organizações Sociais é benéfico ao interesse público e serve como modelo a ser seguido pelos demais entes federados. Em entrevista ao Jornal Nacional, quando indagado sobre saúde pública, Geraldo Alckmin (PSDB) afirma que as “organizações sociais são um modelo. O hospital mais bem avaliado do Brasil é o Instituto do Câncer do Estado de São Paulo (ICESP), eleito pelos usuários”. Afirma também que “as organizações sociais são permanentemente monitoradas” pelo Estado, sendo que foram inauguradas, “em oito anos e em plena crise, 16 hospitais novos e 23 AMEs”²².

No ano de 2009, quando eram emanados os primeiros efeitos da Medida Cautelar da ADIn nº 1.923/DF,²³ julgada definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015, a eficácia da gestão compartilhada de hospitais públicos no Estado de São Paulo já se

²⁰ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/modelo-de-oss-na-saude-avanca-com-menor-custo-mas-e-alvo-de-polemica.shtml>> Acesso em 04 set. 2018.

²¹ SANO, Hironobu; ABRUCIO, Fernando Luiz. Promessas e Resultados da Nova Gestão Pública no Brasil: o caso das Organizações Sociais de Saúde em São Paulo. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, volume 48, nº 3, jul./set., 2008.

²² Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/6983110/>> Acesso em 04 set. 2018.

²³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=58304>. Acesso em: 27 ago. 2018.



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

revelava bastante satisfatória²⁴. Nessa mesma época, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) havia considerado constitucional a Lei Municipal nº 14.132/2006, que instituíra o modelo das organizações sociais no âmbito do Município de São Paulo, registrando no julgamento que este modelo seria “valioso instrumento de implementação da democracia participativa”.²⁵

Um dos principais motivos para o bom desempenho do modelo de parcerias com as organizações sociais paulistas reside no fato de que a lei estadual instituidora da qualificação dessas organizações guarda diferenças se comparada ao modelo federal. Uma das principais distinções é a maior autonomia e submissão ao regime jurídico de direito privado, pois, conforme o artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 846/1998, “o Conselho de Administração das Organizações Sociais assim qualificadas com base na lei paulista não é obrigatoriamente formado por membros do Poder Público, como ocorre em virtude de expressa previsão constante na legislação de base das organizações sociais da esfera federal”²⁶. Muito em razão disso, “A experiência paulista com as organizações sociais na área da saúde, envolvendo hospitais conveniados com o SUS, destaca-se no cenário nacional, e desponta como uma das grandes possibilidades de utilização desse modelo específico gestão de serviços sociais”²⁷.

A experiência positiva do Estado de São Paulo com os contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais não está restrita à área da saúde. Segundo consta do sítio eletrônico da Secretaria da Cultura do Estado de São Paulo, há 18 Organizações Sociais, com contratos de gestão vigentes, qualificadas pela Secretaria da Cultura.²⁸ Tome-se como exemplo de contrato de gestão a Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo (OSESP), que desde 2005 está sendo administrada pela Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo, uma Organização Social. Segundo a professora Patrícia Luciane de Carvalho, a OSESP demonstra ser “um grande sucesso, destacadamente quanto à democratização do acesso a cultura (concerto a preços populares, ensaios gerais abertos ao público ou a preços populares, falando de música, transmissão ao vivo pela Internet e retransmissão pela televisão e rádio)”²⁹.

²⁴ Cf. ADIn. nº 130.726-0/7-00, TJSP, publicado na íntegra na Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS, Belo Horizonte, n. 2, p. 229-232, jul./dez. 2007.

²⁵ Cf. ADIn. nº 130.726-0/7-00, TJSP, publicado na íntegra na Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS, Belo Horizonte, n. 2, p. 229-232, jul./dez. 2007.

²⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Organizações Sociais. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 75-76.

²⁷ Ibidem, p. 76.

²⁸ Disponível em: <<http://www.transparenciacultura.sp.gov.br/organizacoes-sociais-de-cultura/os-qualificadas/>> Acesso em 04 set. 2018.

²⁹ CARVALHO, Patrícia Luciane de. Organizações Sociais de Cultura – O Caso da Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo. **Revista Síntese de Direito Desportivo**. Ano II, nº 9, out./nov. 2012.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Diante desse contexto, a conclusão segura é de que, no âmbito do Estado de São Paulo, a adoção do modelo de contrato de gestão com as Organizações Sociais “gerou resultados positivos no que se refere ao incremento de eficiência e à redução de gastos sobre os serviços públicos sociais”³⁰.

Esse modelo exitoso de parcerias com o terceiro setor encontra-se em risco desde a publicação do Decreto Estadual nº 62.528/2017, que promoveu uma verdadeira estatização das organizações sociais, aplicando-lhes regras de controle apropriadas apenas à Administração Pública, mas jamais às entidades sem fins lucrativos que celebram os contratos de gestão.

VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) A inconstitucionalidade formal do Decreto Estadual nº 62.528/2017: afronta aos preceitos fundamentais da reserva de lei e da separação dos poderes (artigo 2º, inciso II do artigo 5º, inciso IV e alíneas “a” e “b” do inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal)

Uma leitura atenta dos seis artigos do Decreto Estadual nº 62.528/2017 revela que preceitos fundamentais relativos à natureza jurídica e ao funcionamento das organizações sociais foram violados por essa norma administrativa, que desrespeitou, sob a perspectiva formal, o princípio constitucional da reserva de lei e da separação dos poderes e, sob a perspectiva material, diversas garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente às entidades do terceiro setor.

A inconstitucionalidade formal do decreto impugnado por violação ao princípio da reserva de lei e ao princípio da separação dos poderes é flagrante. Em lição didática sobre o princípio constitucional da reserva de lei, o seguinte excerto de acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello apresenta raciocínio inteiramente aplicável ao presente caso:

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por

³⁰ LINS, Bernardo Wildi. **Organizações sociais e contratos de gestão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 296.



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. **Não cabe ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento.** É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.³¹

Na esteira de voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 186-2/DF, compreende-se que “a reserva de lei, em sua acepção de ‘reserva de Parlamento’, exige que certos temas, dada a sua relevância, sejam objeto de deliberação democrática, num ambiente de publicidade e discussão próprio das casas legislativas. Busca-se assegurar, com isso, a legitimidade democrática para a regulação normativa de assuntos que sensibilizem a comunidade. A reserva de lei tem especial significado na conformação e na restrição dos direitos fundamentais.”³².

Sob a perspectiva formal, portanto, os princípios separação dos poderes e da reserva de lei, veiculados pelo artigo 2º, pelo inciso II do artigo 5º, pelo inciso IV e alíneas “a” e “b” do inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal, representam os preceitos fundamentais violados pela norma positiva impugnada. Ao publicar o Decreto Estadual nº 62.528/2017, o Governador do Estado de São Paulo avançou sobre espaço de atuação exclusiva do Parlamento estadual, instituindo novas obrigações a essas entidades, que não encontram respaldo em lei, tampouco na Constituição Federal.

Conforme estabelecido no inciso IV e nas alíneas “a” e “b” do inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal³³, ao Chefe do Poder Executivo compete privativamente “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos

³¹ STF, ADI 2.075 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Julg. em: 07/02/2001.

³² STF, Med. Caut. em ADPF 186-2/DF, Min. Relator: Min. Gilmar Mendes, Julg. em: 31/07/2009.

³³ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...] VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

para sua fiel execução”. No que se refere às disposições mediante decreto, portanto, o objeto da norma infralegal se restringe (i) à regulamentação de lei, para sua fiel execução; ou (ii) à organização e funcionamento da administração, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; ou à (iii) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

No caso concreto, como o Decreto Estadual nº 62.528/2017 não se limita a regulamentar a lei, organizar a Administração Pública ou extinguir cargos, houve ofensa ao artigo 84 da Constituição Federal e, por consequência, ofensa ao princípio constitucional da reserva de lei.

Como a Constituição Federal não autorizou o Chefe do Poder Executivo a estabelecer novas obrigações às organizações sociais por meio de decreto, então implicitamente determinou-se a necessidade de edição de lei formal para tanto, cuja competência é do Poder Legislativo.

Esse raciocínio é complementado a partir do princípio da legalidade, previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, responsável pela garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Sendo assim, o estabelecimento de novas obrigações às Organizações Sociais, a partir de texto normativo infralegal, é medida que viola o princípio da legalidade e, por outro ângulo, também, o princípio da reserva de lei, pois somente o Parlamento possui competência para editar lei e, assim, estabelecer novas obrigações a essas entidades. Como as Organizações Sociais são entidades privadas, elas não podem ser compelidas a cumprir as obrigações do decreto impugnado, pois não foram veiculadas por lei formal.

Portanto, além de inconstitucionais em seu conteúdo, por incompatibilidade material com a Constituição Federal, como se demonstrará no próximo tópico, as seguintes obrigações também são formalmente inconstitucionais, uma vez que o decreto impugnado carece de legitimidade para se sobrepôr ao Parlamento e impor os seus próprios critérios sobre os contratos de gestão:

(i) Fixação de limite à remuneração dos empregados e diretores das organizações sociais, com recursos do contrato de gestão: alíneas “a”, “b” e “d” do inciso I, §2º e §3º do artigo 2º e artigo 3º do Decreto Estadual nº 62.528/2017;

(ii) Sujeição das locações de imóvel pela organização social, com recursos do contrato de gestão, à pesquisa de mercado contendo 3 imóveis de interesse e submissão à Secretaria de Estado: alínea “c” do inciso I e §1º do artigo 2º do Decreto Estadual nº 62.528/2017;



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

(iii) Divulgação pública da remuneração bruta e individual, paga com recursos do contrato de gestão, de todos os seus empregados e diretores: alínea “e” do inciso I do artigo 2º do Decreto Estadual nº 62.528/2017;

(iv) Vedações à composição da Diretoria da organização social: inciso II do artigo 2º do Decreto Estadual nº 62.528/2017;

(v) Condicionamento do uso de recursos reservados a contingências, inclusive de recursos próprios das organizações sociais, e não somente os recursos repassados no contrato de gestão, à prévia autorização do Secretário estadual: incisos I e II do artigo 4º do Decreto Estadual nº 62.528/2017, que alteram, respectivamente os Decretos Estaduais nº 43.493/1998 e 57.105/2011;

(vi) Obrigatoriedade de obtenção mínima de receitas que decorram do respectivo equipamento ou programa público sob gestão da organização social: inciso I do artigo 5º do Decreto Estadual nº 62.528/2017, que altera o Decreto nº 43.493/1998.

Todos esses dispositivos são formalmente inconstitucionais, pois inovam a Lei Complementar Estadual nº 846/1998 e inauguram uma série de novas obrigações às organizações sociais, em violação do princípio constitucional da reserva de lei e da separação dos poderes.

Inclusive, como prova maior da inconstitucionalidade formal, cumpre citar a existência do Projeto de Lei Complementar nº 50, de 2018, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, que materializa recomendação expressa contida no relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) das OSs no Estado de São Paulo e visa “a alteração da legislação atual, incorporando o teor do Decreto” e, portanto, as regras ora questionadas, veiculadas primariamente pelo Decreto Estadual nº 62.528/2017³⁴.

Neste contexto, a referida norma projetada contempla: (i) a fixação de limite à remuneração dos empregados e diretores das organizações sociais (artigo 1º, III, IV e IX do Projeto de Lei); (ii) a divulgação pública da remuneração dos empregados e diretores da organização social (artigo 1º, IX do Projeto de Lei); e (iii) vedações à composição da diretoria e conselho da organização social (artigo 1º, V do Projeto de Lei).

A existência de um projeto de lei que objetiva incorporar ao ordenamento bandeirante as regras veiculadas exclusivamente em decreto do Poder Executivo é mais um indício robusto em favor da tese ora sustentada: o Decreto Estadual nº 62.528/2017 é formalmente inconstitucional porque viola os princípios da reserva de lei e da separação

³⁴ Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/spl/2018/09/Propositura/1000232121_1000205846_Propositura.doc. Acesso em 17 out. 2018.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

dos poderes (artigo 2º, inciso II do artigo 5º, inciso IV e alíneas “a” e “b” do inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal).

Ocorre que, para além da inconstitucionalidade formal, os dispositivos mencionados neste tópico também incorrem em inconstitucionalidade material, conforme se verifica adiante.

B) A estatização das organizações sociais paulistas: as inconstitucionalidades materiais do Decreto Estadual nº 62.528/2017

É preciso sublinhar que as Organizações Sociais são entidades privadas, não obstante os relevantes serviços que prestam em prol de todo o público. Resgatando o Projeto de Lei que deu origem à Lei Complementar Estadual nº 846/1998, é possível depreender que a intenção do então Governador Mário Covas, ao propor o projeto, não era estatizar as Organizações Sociais Paulistas. Muito pelo contrário, era fortalecer o caráter privado de tais entidades. Colhe-se da mensagem entregue à Mesa da ALESP em 17 de fevereiro de 1998:

As organizações sociais revestirão a forma de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, dedicadas a atividades de relevante valor social, criadas por iniciativa de particulares de acordo com o modelo previsto no projeto, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado, atendendo a um dos fundamentos da República, qual seja o da livre iniciativa (Constituição Federal, artigo 1º, inciso IV).

Tais organizações representarão uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos, caracterizando-se, ao mesmo tempo, como forma de participação popular na gestão administrativa.

[...]

Não se trata, pois, de delegação de serviços públicos a pessoas jurídicas estranhas à Administração, mas sim do fomento a entidades prestadores de serviços de saúde.

Inexistirá, nas organizações sociais, participação direta do Poder Público Estadual nos seus órgãos diretivos para evitar a atração dessas entidades para o âmbito da Administração Indireta, com a



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

incidência, cedo ou tarde, do plexo normativo que, minuciosamente, regula a gestão descentralizada de serviços e atividades públicas.

Essa concepção é relevante porque, como ensina o eminente Ministro Luiz Fux, em obra acadêmica dedicada aos contratos de gestão, especificamente como devem ser interpretados após a decisão do STF na ADI 1923/DF, “preside a execução deste programa a lógica de que **a atuação privada será mais eficiente do que a pública** em determinados domínios, **dada a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado**”³⁵. Assim, a tentativa de “estatização” das organizações sociais paulista, a partir do decreto impugnado, acabou por violar a Constituição Federal.

Dentre os seis artigos do Decreto Estadual nº 62.528/2017, três artigos são materialmente inconstitucionais, o que também justifica a procedência da presente ação. Os artigos 2º, 3º e 4º do referido decreto veiculam normas que produzem verdadeira estatização das organizações sociais paulistas, em flagrante ofensa ao preceito fundamental da livre iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição Federal). Leia-se, com destaque para os trechos negritados:

Artigo 2º - Na celebração dos **contratos de gestão** de que trata a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, os órgãos e entidades da Administração Pública:

I - farão constar cláusulas:

a) **fixando o subsídio mensal do Governador do Estado como limite máximo à remuneração bruta e individual, paga com recursos do contrato de gestão, dos empregados e diretores das organizações sociais**, observados, para os últimos, o vínculo exclusivamente estatutário e, para todos, os padrões praticados por entidades congêneres;

b) **sujeitando o ajuste a rescisão quando descumprido o disposto na alínea “a”** deste inciso, salvo na hipótese de inobservância decorrente de reajuste salarial obrigatório, que venha a, na vigência do contrato, elevar a remuneração além deste limite;

c) **estipulando que a locação de imóvel pela organização social, com recursos do contrato de gestão, dependerá de prévia pesquisa de mercado, contendo ao menos 3 (três) imóveis de interesse**, a ser submetida à Secretaria de Estado da área

³⁵ FUX, Luiz. Terceiro Setor no Estado Brasileiro. A Decisão do Supremo Federal na ADI nº 1.923/DF e as Organizações Sociais. In: FUX, Luiz; Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STF na ADI nº 1.923/2015. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 74.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

correspondente, que se pronunciará após consulta ao Conselho do Patrimônio Imobiliário para verificar a existência de próprio estadual disponível para uso;

d) **condicionando a contratação da prestação de serviços, pela organização social, à declaração desta, por escrito e sob as penas da lei, de que não dispõe de empregados ou diretores remunerados com recursos do contrato de gestão suficientes para a mesma finalidade;**

e) prevendo que a organização social **disponibilizará, em seu sítio na rede mundial de computadores, a remuneração bruta e individual, paga com recursos do contrato de gestão, de todos os seus empregados e diretores;**

II - verificando que **a organização social não conta, na Diretoria, com pessoa que seja titular de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública, mandato no Poder Legislativo ou cargo de dirigente estatutário de partido político, ainda que licenciados.**

§ 1º - A locação de imóvel de que trata a alínea “c” do inciso I deste artigo se destinará à execução das atividades finalísticas do contrato de gestão.

§ 2º - **O disposto na alínea “a” e “b” do inciso I deste artigo se aplica aos empregados e diretores das organizações sociais, independentemente da quantidade de contratos de gestão que estas mantêm com o Estado, considerando-se, para fins de incidência do limite fixado, a somatória das verbas remuneratórias de cada um.**

§ 3º - **Os recursos do contrato de gestão, para os fins do disposto neste decreto, abrangem, além do repasse do Estado, todas as receitas operacionais, financeiras, incentivadas ou que, a qualquer título, decorram do respectivo equipamento ou programa público sob gestão da organização social.**

Artigo 3º - **A cláusula de que trata a alínea “a” do inciso I do artigo 2º deste decreto estabelecerá a possibilidade de o limite de remuneração de empregados e diretores ali previsto ser acrescido:**

I - em até 10% (dez por cento), caso o repasse do Estado, acrescido dos respectivos rendimentos financeiros, represente de 50%



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

(cinquenta por cento) a 70% (setenta por cento) dos recursos do contrato de gestão;

II - em até 20% (vinte por cento), caso o repasse do Estado, acrescido dos respectivos rendimentos financeiros, represente de 30% (trinta por cento) a 50% (cinquenta por cento) dos recursos do contrato de gestão;

III - em até 40% (quarenta por cento), caso o repasse do Estado, acrescido dos respectivos rendimentos financeiros, represente de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) dos recursos do contrato de gestão;

IV - em até 70% (setenta por cento), caso o repasse do Estado, acrescido dos respectivos rendimentos financeiros, represente até 10% (dez por cento) dos recursos do contrato de gestão.

Parágrafo único - Para efeito do disposto neste artigo, o percentual do repasse do Estado, acrescido dos respectivos rendimentos financeiros, em face dos recursos do contrato de gestão, será apurado anualmente, aplicando-se, em caso de inobservância ao respectivo limite de remuneração, o disposto na alínea "b" do inciso I do artigo 2º deste decreto.

Artigo 4º - Os dispositivos adiante relacionados passam a vigorar com a seguinte redação:

I - do artigo 5º do Decreto nº 43.493, de 29 de setembro de 1998, o inciso VI:

"VI - **constituição de reserva de recursos destinada a contingências conexas à execução do programa de trabalho**, atendidos os seguintes preceitos:

a) **a organização social abrirá conta bancária específica**, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do artigo 116 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, **na qual será depositada parte dos recursos financeiros repassados pelo Estado**, respeitada, para esse fim, porcentagem fixada pelo Secretário da Cultura, que observará o montante destinado por entidades congêneres às finalidades da conta;

b) a organização social **poderá contribuir com recursos próprios** para a reserva de que trata este inciso;



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

c) os recursos de que trata este inciso **somente poderão ser utilizados**, para sua estrita finalidade, com a **prévia autorização do Conselho de Administração** da organização social, por deliberação de 3/4 (três quartos) dos seus membros, **e do Secretário** da Cultura, cabendo-lhes velar por seu uso, em conformidade com o praticado por entidades congêneres;

d) ao final do contrato, o saldo financeiro remanescente na reserva a que se refere este inciso será rateado entre o Estado e a organização social, observada a mesma proporção com que foi aquela constituída;

e) caso o objeto do contrato de gestão seja novamente submetido a convocação pública, **os recursos da reserva de contingência a que se refere este inciso poderão, mediante autorização do Secretário da Cultura, ser transferidos à nova organização social contratada**, para constituição de reserva com a mesma finalidade;

f) o valor transferido nos termos da alínea “e” deste inciso será identificado nas prestações de contas da nova organização social gestora e poderá ser utilizado, ainda, sempre mediante autorização do Secretário da Cultura, para a realização de novas atividades conexas ao objeto do ajuste, a serem pactuadas por provocação da entidade;

g) verificado o disposto nas alíneas “e” e “f” deste inciso, a porcentagem de que trata a alínea “a”, a ser fixada para a nova organização social gestora, não será inferior à do contrato de gestão anterior, desconsiderados, para tanto, os recursos originários da reserva de contingência precedente.”; (NR)

II - o artigo 13 do Decreto nº 57.105, de 6 de julho de 2011:

“Artigo 13 - **A organização social deverá constituir reserva de recursos destinada a contingências conexas à execução do programa de trabalho**, atendidos os seguintes preceitos:

I - a organização social **abrirá conta bancária específica**, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do artigo 116 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na qual **será depositada parte dos recursos financeiros repassados pelo Estado**, respeitada, para esse fim, porcentagem fixada pelo Secretário dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que observará o montante destinado por entidades congêneres às finalidades da conta;



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

II - a organização social **poderá contribuir com recursos próprios** para a reserva de que trata este artigo;

III - **os recursos de que trata este artigo somente poderão ser utilizados, para sua estrita finalidade, com a prévia autorização do Conselho de Administração** da organização social, por deliberação de 3/4 (três quartos) dos seus membros, **e do Secretário** dos Direitos da Pessoa com Deficiência, cabendo-lhes velar por seu uso, em conformidade com o praticado por entidades congêneres;

IV - ao final do contrato, o saldo financeiro remanescente na reserva a que se refere este artigo será rateado entre o Estado e a organização social, observada a mesma proporção com que foi aquela constituída;

V - caso o objeto do contrato de gestão seja novamente submetido a convocação pública, **os recursos da reserva de contingência a que se refere este inciso poderão, mediante autorização do Secretário dos Direitos da Pessoa com Deficiência, ser transferidos à nova organização social contratada**, para constituição de reserva com a mesma finalidade;

VI - o valor transferido nos termos do inciso V deste artigo será identificado nas prestações de contas da nova organização social gestora e poderá ser utilizado, ainda, sempre mediante autorização do Secretário dos Direitos da Pessoa com Deficiência, para a realização de novas atividades conexas ao objeto do ajuste, a serem pactuadas por provocação da entidade;

VII - verificado o disposto nos incisos V e VI deste artigo, a porcentagem de que trata o inciso I, a ser fixada para a nova organização social gestora, não será inferior à do contrato de gestão anterior, desconsiderados, para tanto, os recursos originários da reserva de contingência precedente.

Parágrafo único - Constará como cláusula dos contratos de gestão a obrigatoriedade de a organização social, ao término de seu ajuste, fornecer todas as informações necessárias à nova organização social eventualmente contratada, inclusive no que se refere ao quadro de pessoal.”. (NR)



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Artigo 5º - O artigo 5º do Decreto nº 43.493, de 29 de setembro de 1998, fica acrescido, com a redação que segue, dos dispositivos adiante indicados:

I - inciso VII:

“VII - **obtenção mínima de receitas operacionais, incentivadas ou que de outra forma decorram do respectivo equipamento ou programa público sob gestão**, observando-se o potencial econômico correspondente e a participação crescente em termos proporcionais, ano a ano, das mesmas receitas em face do repasse do Estado e seus rendimentos financeiros.”;

II - § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

“§ 2º - Constará como cláusula dos contratos de gestão a obrigatoriedade de a organização social, ao término de seu ajuste, fornecer todas as informações necessárias à nova organização social eventualmente contratada, inclusive no que se refere ao quadro de pessoal.” [grifos acrescidos].

Os referidos dispositivos violam ainda outros dispositivos da Constituição Federal, como se explicará detalhadamente na sequência.

C) Fixação de limite à remuneração dos empregados e diretores das organizações sociais, com recursos do contrato de gestão: violação ao inciso XVIII do artigo 5º e do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal

As alíneas “a”, “b” e “d” do inciso I, §2º e §3º do artigo 2º e artigo 3º do Decreto Estadual nº 62.528/2017³⁶ violam o inciso XVIII do artigo 5º e do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal.

³⁶ “Artigo 2º - Na celebração dos contratos de gestão de que trata a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, os órgãos e entidades da Administração Pública: I - farão constar cláusulas: [...] a) fixando o subsídio mensal do Governador do Estado como limite máximo à remuneração bruta e individual, paga com recursos do contrato de gestão, dos empregados e diretores das organizações sociais, observados, para os últimos, o vínculo exclusivamente estatutário e, para todos, os padrões praticados por entidades congêneres; b) sujeitando o ajuste a rescisão quando descumprido o disposto na alínea “a” deste inciso, salvo na hipótese de inobservância decorrente de reajuste salarial obrigatório, que venha a, na vigência do contrato, elevar a remuneração além deste limite; [...] d) condicionando a contratação da prestação de serviços, pela organização social, à declaração desta, por escrito e sob as penas da lei, de que não dispõe de empregados ou diretores remunerados com recursos do contrato de gestão suficientes para a mesma finalidade; [...]§ 2º - O disposto na alínea “a” e “b” do inciso I deste artigo se aplica aos empregados e diretores das organizações sociais, independentemente da quantidade de contratos de gestão que estas mantêm com o Estado,

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

O inciso XVIII do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, **sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento**” [grifo acrescido]. Depreende-se, portanto, que a Constituição Federal garantiu a autonomia e a independência das associações, ou seja, sem interferência estatal em seu funcionamento.

Mesmo que a qualificação como organização social configure ato voluntário da entidade do terceiro setor, deve prevalecer a garantia constitucional segundo a qual é vedada a interferência estatal sobre o seu funcionamento. Em verdade, essa autonomia configura um direito fundamental das associações: o seu funcionamento encontra-se subordinado às mesmas diretrizes de mínima interferência estatal que as demais pessoas jurídicas de direito privado, como as sociedades empresariais.

Nesse sentido, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “O regime jurídico da entidade qualificada como organização social é de direito privado, não sendo razoável imprimir-lhe tratamento igual ao da Administração Pública, sob pena de perder qualquer justificativa a utilização do modelo.”³⁷ Ainda que essas entidades se subordinem a influxos de direito público quando celebram contrato de gestão, essa influência não é capaz de desnaturar a sua característica privada, conforme assentado no julgamento da ADI nº 1.923/DF.

No acórdão relatado pelo **Ministro Luiz Fux**, este egrégio Supremo Tribunal Federal assentou que “O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a **atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais**, entendida tal atividade como a **disciplina não coercitiva da conduta dos particulares**, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.”³⁸.

O eminente Ministro Luiz Fux registrou ainda que “Na essência, **preside a execução deste programa de ação institucional a lógica, que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.**”³⁹.

considerando-se, para fins de incidência do limite fixado, a somatória das verbas remuneratórias de cada um. § 3º - Os recursos do contrato de gestão, para os fins do disposto neste decreto, abrangem, além do repasse do Estado, todas as receitas operacionais, financeiras, incentivadas ou que, a qualquer título, decorram do respectivo equipamento ou programa público sob gestão da organização social”.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Forense. 31ª edição. P. 639).

³⁸ STF, ADI 1923, Órgão julgador: Plenário, Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux, Data de julgamento: 16 abr, 2015.

³⁹ Idem.



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Em outras palavras: a flexibilidade típica do regime de direito privado das organizações sociais constitui a essência do modelo. A eficiência do contrato de gestão depende, por exemplo, da possibilidade de que os salários sejam livremente pactuados para os dirigentes e trabalhadores da organização social, ou ainda, que haja liberdade para contratar com terceiros conforme o juízo de conveniência e oportunidade da entidade, sempre em atendimento ao programa de trabalho aprovado e em observância aos valores praticados no mercado.

Como bem decidido por este egrégio Supremo Tribunal Federal, “**As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública**, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei.”⁴⁰.

Para além da desnecessidade de licitação pública, que é substituída por contratações que observem o princípio da impessoalidade, esta egrégia Suprema Corte definiu também, a partir do voto do ilustre Ministro Relator Luiz Fux, que “**Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente.**”⁴¹.

Nesse contexto, consolida-se o entendimento de que a vedação constitucional à interferência estatal sobre o funcionamento das organizações sociais não pode ser afastada pelo decreto estadual impugnado.

A rigor, o Decreto Estadual nº 62.528/2017 reanima discussões já encerradas definitivamente por ocasião do julgamento da ADI 1923, pelo STF, em abril de 2015, que reconheceu a constitucionalidade do modelo de organizações sociais, assim como a sua autonomia e sujeição predominante ao regime jurídico de direito privado.

O estabelecimento de uma remuneração máxima aos dirigentes e empregados, tal como estabelecido em diversos dispositivos do Decreto Estadual nº 62.528/2017, viola frontalmente o entendimento de que, de acordo com a Constituição Federal, essa remuneração “não deve ter base em lei”, mas em contratos privados, celebrados consensualmente.

O raciocínio que resulta na presente conclusão também já foi defendido por ocasião do afastamento da exigência de concurso público para o preenchimento do quadro de

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

funcionários da organização social. Afinal, como elucidou o Ministro Luiz Fux em sua relatoria da ADI 1923, “Se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF.”⁴².

O eminente Ministro Luiz Fux ensina e reitera em obra acadêmica que “Os empregados das organizações sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Por isso, sua remuneração não deve ter base em lei, mas sim nos contratos de trabalho firmados consensualmente.”⁴³.

O estabelecimento de um teto remuneratório aos dirigentes e empregados das organizações sociais afronta também a regra inscrita no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, que jamais poderia ser expandida por meio de um decreto estadual. Leia-se tal disposição:

Art. 37. [...] XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

⁴² STF, ADI 1923, Órgão julgador: Plenário, Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux, Data de julgamento: 16 abr, 2015.

⁴³ FUX, Luiz. Terceiro Setor no Estado Brasileiro. A Decisão do Supremo Federal na ADI nº 1.923/DF e as Organizações Sociais. In: FUX, Luiz; Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STF na ADI nº 1.923/2015. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 86

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Ora, o texto constitucional é expresso ao vincular apenas os ocupantes de cargos, funções e empregos públicos. A expansão de tal regra às organizações sociais é medida afrontosa à autonomia de funcionamento dessas entidades, garantida pelo inciso XVIII do artigo 5º, assim como ao próprio inciso XI do artigo 37, que delimita adequadamente o sujeito passivo da regra constitucional de limitação da remuneração e dos subsídios.

Nesse contexto, o parâmetro de razoabilidade dos valores pagos a título de remuneração de um determinado profissional, pertencente a uma organização social, no âmbito de um contrato de gestão, já existe e é comum a todas as contratações e parcerias públicas: os valores praticados devem refletir as práticas de mercado.

Por exemplo, os engenheiros públicos, que ocupam cargos, funções e empregos públicos na Administração Pública brasileira, direta ou indireta, subordinam-se ao inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal; os engenheiros particulares, que prestam serviços à Administração Pública por meio de contrato administrativo, não estão vinculados à referida regra, sendo que os seus salários são regidos exclusivamente por acordos privados e consensuais perante as empresas privadas a que pertencem.

Na mesma linha de raciocínio, os diretores e empregados vinculados a uma autarquia hospitalar encontram-se subordinados ao inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal; os diretores e empregados de uma organização social que exerce a gestão de um determinado hospital público, não estão vinculados à referida regra, pois “não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente”⁴⁴.

Igualmente, se a Administração necessita contratar o parecer jurídico de um ilustre professor de Direito Constitucional, a fim de anexar a causa jurídica relevante, certamente pagará um valor superior à remuneração mensal do Governador do Estado; o mesmo ocorrerá na contratação de árbitros especializados, ou mesmo de uma obra de arte. É comum e natural que pessoas vinculadas a entidades privadas sejam remuneradas a partir de valores superiores à limitação do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, mesmo quando os recursos têm origem no erário.

Aliás, a possibilidade de “estipulação das remunerações segundo valores praticados no mercado” é considerada uma das características essenciais das organizações sociais como entidades privadas, como destacado no Projeto de Lei Federal que tramita para a alteração da Lei Federal nº 9.637/1998, de relatoria do Senador José Serra.

⁴⁴ STF, ADI 1923, Órgão julgador: Plenário, Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux, Data de julgamento: 16 abr, 2015.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Não é ilegítimo, tampouco segredo ou ilícito que profissionais especializados e de notória especialização recebam salários superiores ao salário fixado ao Governador do Estado. Assim, eventualmente, a depender das condições mercadológicas, será essencial remunerar um diretor de organização social em valores superiores àquele que é pago ao Governador do Estado, sob pena de desinteresse dos melhores profissionais.

Não se está a afirmar que o pagamento de valores acima do salário fixado pelo Governador do Estado é justificável em qualquer caso, apenas que tal operação é possível, desde que em compatibilidade com as práticas de mercado para aquele setor, região e escopo de atividades.

A política de recursos humanos da entidade é matéria de interesse exclusivamente privado, sendo que essa intromissão pode acarretar na ineficiência nos serviços prestados, afastando a possibilidade de participação de entidades que, para a assunção de serviços de um grande hospital público, por exemplo, precise contratar dirigentes cujos salários sejam tradicionalmente fixados acima do valor limite do Governador do Estado.

A propósito da composição dos valores considerados como “recursos do contrato de gestão”, que compõem a limitação ora impugnada, o §3º do artigo 2º do Decreto Estadual nº 62.528/2017 estabelece que os recursos do contrato de gestão não são apenas os repassados pelo Estado, mas todos os recursos advindos da gestão do bem público. Confira-se:

Art.2º. [...]

§ 3º - Os recursos do contrato de gestão, para os fins do disposto neste decreto, abrangem, além do repasse do Estado, todas as receitas operacionais, financeiras, incentivadas ou que, a qualquer título, decorram do respectivo equipamento ou programa público sob gestão da organização social.

É evidente que o decreto impugnado não tem o condão de alterar a natureza dos recursos percebidos pela organização social, determinando que todos os recursos de certa forma relacionados ao programa público assumido serão considerados recursos do contrato de gestão e, portanto, públicos para efeito da remuneração dos dirigentes e empregados. Ainda, no caso concreto, a Lei Complementar Estadual nº 846/1998 não conferiu ao normativo infralegal a função de detalhar quais recursos atinentes ao bem serão considerados recursos do contrato de gestão – razão pela qual o Decreto inovou primariamente o ordenamento jurídico, fixando regra que sequer constou na legislação de regência.

De mais a mais, é justamente a flexibilidade dessas entidades privadas que interessam ao modelo do contrato de gestão. Aproximar o regime jurídico das



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

organizações sociais ao regime jurídico aplicável à Administração Pública significa renunciar à existência de contrastes entre esses modelos, justamente o que, em muitos casos, permite a comparação e a verificação de que há vantajosidade no modelo de contrato de gestão.

A retirada da autonomia dessas organizações sociais, mediante a sujeição dessas entidades a normas jurídicas tipicamente aplicáveis somente à Administração Pública, são medidas repressivas que desnaturam o modelo das organizações sociais, em medida prejudicial de aproximação indevida dos regimes jurídicos aplicáveis à prestação direta dos serviços ou por meio de contrato de gestão.

Ao reduzir-se substancialmente a diferença entre os regimes jurídicos aplicáveis aos modelos de prestação de serviços sociais (i) pela via estatal direta ou (ii) por meio de contrato de gestão, a Administração abre mão da possibilidade de comparação entre duas modelagens distintas e, assim, perde o importante benefício contemporâneo de ter discricionariedade técnica para optar, no caso concreto, pelo modelo de prestação mais eficiente para a população.

D) Sujeição das locações de imóvel pela organização social, com recursos do contrato de gestão, à pesquisa de mercado contendo 3 imóveis de interesse e submissão à Secretaria de Estado: violação ao preceito fundamental inserto no inciso XVIII do artigo 5º da Constituição Federal

A alínea “c” do inciso I e o §1º do artigo 2º do Decreto Estadual nº 62.528/2017⁴⁵ violam o preceito fundamental inserto no inciso XVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

O dispositivo interfere sobre o modo de funcionamento da organização social e lhe determina uma atividade burocrática que é típica da Administração Pública. Ainda que se saiba que todas as contratações realizadas pela organização social devam observar o princípio da impessoalidade e da economicidade, o Estado não poderá estabelecer lei, **quanto menos decreto**, a fim de determinar a forma de seleção de seus fornecedores.

É pacífico o reconhecimento de que as contratações realizadas por organizações sociais devem seguir um **regulamento próprio** da entidade, nos termos do artigo 19 da

⁴⁵ Artigo 2º - Na celebração dos contratos de gestão de que trata a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, os órgãos e entidades da Administração Pública: I - farão constar cláusulas: [...] c) estipulando que a locação de imóvel pela organização social, com recursos do contrato de gestão, dependerá de prévia pesquisa de mercado, contendo ao menos 3 (três) imóveis de interesse, a ser submetida à Secretaria de Estado da área correspondente, que se pronunciará após consulta ao Conselho do Patrimônio Imobiliário para verificar a existência de próprio estadual disponível para uso; [...]§ 1º - A locação de imóvel de que trata a alínea “c” do inciso I deste artigo se destinará à execução das atividades finalísticas do contrato de gestão.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Lei Complementar Estadual nº 846/1998⁴⁶ e do inciso VIII do artigo 4º da Lei Federal nº 9.637/1998⁴⁷.

Nesse sentido, o Decreto Estadual nº 62.528/2017 viola diretamente a essência do inciso XVIII do artigo 5º da Constituição Federal, que veda a interferência sobre o funcionamento das organizações sociais.

O entendimento de que as contratações das organizações sociais devem seguir os seus regulamentos próprios foi registrado no **acórdão paradigmático do Ministro Luiz Fux na ADI 1923/DF**⁴⁸. Leia-se:

Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser **minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública** (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, **de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.**

Como se vê claramente, a determinação de que a pesquisa de mercado contenha 3 imóveis de interesse viola o conteúdo do acórdão prolatado na ADI 1923/DF, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, que exigiu apenas a compatibilidade do regulamento próprio da organização social com o núcleo essencial dos princípios da Administração Pública.

Demais disso, é importante consignar que nem mesmo a Administração Pública brasileira está obrigada a pesquisar previamente 3 imóveis de seu interesse antes de realizar a sua locação ou aquisição, sendo suficiente a comprovação de que o imóvel encontra-se dentro do valor de mercado e atende às necessidades da entidade. Leia-se o seguinte precedente do Tribunal de Contas da União, apenas a título ilustrativo:

Acórdão nº 549/2011 – 2ª Câmara

[Voto]

⁴⁶ “Artigo 19 - A organização social fará publicar na imprensa e no Diário Oficial do Estado, no prazo máximo de 90 (noventa) dias contados 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.”

⁴⁷ “Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras: [...]VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;”

⁴⁸ STF, ADI 1923, Órgão julgador: Plenário, Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux, Data de julgamento: 16 abr, 2015.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

16. Em consonância com a Secex/RS, penso também que cabe acolher as justificativas do responsável para a **não realização de três avaliações dos imóveis**, como sugerido em parecer jurídico do CFF. De fato, o parecer tinha cunho apenas opinativo. Por outro lado, **o art. 24, inciso X, da Lei 8.666/93 prevê a realização de somente uma avaliação prévia do imóvel, o que foi cumprido.**

17. Em vista dessas considerações, conclui-se que **não há indícios de irregularidade na referida aquisição.**⁴⁹

Ainda quanto a essa disposição do Decreto, mesmo que se admita a sua constitucionalidade, apenas por amor ao debate, há que se ponderar que a exigência de pesquisa de no mínimo “três imóveis de interesse” não é possível de ser cumprida em todas as situações da realidade concreta. A depender da localização ou das características do prédio buscado pela entidade, pode ocorrer que não existam três imóveis que atendam as condições estipuladas. Diante dessas situações, que possivelmente ocorrerão, a norma deveria, ao menos, estabelecer mecanismo de flexibilização da regra estipulada para os casos em que não seja possível o seu cumprimento.

Demais disso, o Decreto promove mais uma flagrante “estatização” das organizações sociais ao estabelecer o dever de prévia submissão de uma atividade tipicamente privada (busca do melhor imóvel para locação) à apreciação da Secretaria de Estado da área correspondente, para que se pronuncie, após consulta ao Conselho do Patrimônio Imobiliário, se há imóvel próprio estadual disponível para uso. A sujeição prévia da locação à manifestação de dois órgãos públicos (Secretaria da área e Conselho do Patrimônio Imobiliário) certamente atrasará e dificultará o desempenho das atividades necessárias ao cumprimento eficiente dos contratos de gestão.

Trata-se de medida que retira precisamente a essência do modelo do contrato de gestão: a discricionariedade confiada à entidade do terceiro setor para eleger os melhores meios para atendimento das atividades pactuadas. Esta discricionariedade evidentemente encontra-se sujeita a controle, já que a entidade emprega recursos públicos que lhe foram transferidos. Mas o controle é posterior, como em todas as demais atividades, não havendo justificativa para um controle prévio.

Ora, se há imóvel público disponível para uso das organizações sociais, este benefício, por óbvio, pode ser absorvido pelo contrato de gestão. Todavia, é dever da Administração (e não da organização social) realizar esse levantamento. Inclusive, sugere-se que a Administração realize essa investigação em momento anterior ao chamamento

⁴⁹ TCU, Acórdão nº 549/2011, 2ª Câmara, Rel. Min. Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU de 08.02.2011

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

público, e não que outorgue tal obrigação à organização social já contratada, pois este fato pode impactar a própria comparação das propostas entre as entidades interessadas. Por exemplo, eventualmente seria desnecessário avaliar, durante o chamamento público, se a entidade propõe a locação de imóvel e qual o seu valor estimado, ou mesmo se possui imóvel próprio disponível para uso, já que será dada preferência para o uso do imóvel da Administração.

E) Divulgação da remuneração bruta e individual (nominal), paga com recursos do contrato de gestão, de todos os seus empregados e diretores: violação aos incisos X e XVIII do artigo 5º e §6º do artigo 39 da Constituição Federal

A alínea “e” do inciso I do artigo 2º do Decreto Estadual nº 62.528/2017⁵⁰ viola os incisos X e XVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Primeiramente, cumpre afirmar que o Requerente não se posiciona de forma contrária à transparência administrativa e, conseqüentemente, **não é contrário ao ato de conferir publicidade aos valores das remunerações vinculadas aos cargos ocupados no contrato de gestão, que são realizadas com os recursos recebidos pela organização social.**

Mas **o Requerente é contrário à divulgação individual da remuneração, ou seja, à identificação nominal da pessoa e dos valores que recebe, mediante a divulgação livre e ampla de tal informação na internet, como prevê o Decreto (artigo 2º, I, “e”) e como vem sendo exigido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, conforme ofícios anexados à presente petição.** Aliás, como se verá, essa divulgação individual não é exigida de toda a Administração Pública brasileira, sendo que, por exemplo, no âmbito das empresas estatais, a publicidade se restringe apenas o valor correspondente aos cargos, mas não à remuneração individual identificada.

Como os funcionários e dirigentes de entidades privadas não são servidores públicos, a divulgação proativa da remuneração nominal de seus funcionários em sítio eletrônico na *internet* afronta o texto constitucional, especificamente no direito fundamental à intimidade, à vida privada e, mais uma vez, na vedação de interferência estatal sobre o funcionamento das organizações sociais.

O assento constitucional do direito à informação situa-se no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do §3º do artigo 37 e no §2º do artigo 216 da Constituição Federal. A regulamentação infraconstitucional do tema encontra-se na Lei Federal nº 12.527/2011

⁵⁰ Artigo 2º - Na celebração dos contratos de gestão de que trata a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, os órgãos e entidades da Administração Pública: I - farão constar cláusulas: [...] e) prevendo que a organização social disponibilizará, em seu sítio na rede mundial de computadores, a remuneração bruta e individual, paga com recursos do contrato de gestão, de todos os seus empregados e diretores;

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

(Lei de Acesso à Informação), a qual traça especificidades procedimentais da garantia de acesso a informações provenientes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A respeito da divulgação de informações atinentes a entidades sem escopo lucrativo, o artigo 2º da norma aduz que:

Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, **no que couber**, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Da leitura do dispositivo, resta evidente que a Lei de Acesso à Informação não legitima a divulgação nominal dos salários de empregados e dirigentes das organizações sociais, uma vez que a norma não se aplica de maneira indiscriminada às entidades privadas sem fins lucrativos, mas **somente para o que couber** – ou seja, somente naquilo que não contrariar a essência de sua natureza privada.

Nesse contexto, cumpre enfatizar que o artigo 31 da Lei de Acesso à Informação, em regulamentação dos dispositivos constitucionais sobreditos, contém regramento direcionado às informações pessoais, que visa a preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como as liberdades e as garantias individuais. Para o que interessa, o §1º do artigo 31 exige, como regra geral, para a divulgação de informações pessoais, **a manifestação de vontade expressa do titular**, sob pena de caracterização de uso indevido (§2º). Além do consentimento, também podem ser divulgadas informações particulares em caso de previsão legal, o que, *contrario sensu*, revela a impossibilidade de utilização de atos normativos infralegais (decretos, resoluções, portarias e etc.) como fundamento para a divulgação sem prévia autorização⁵¹.

Portanto, o artigo 2º da Lei Federal nº 12.527/2011⁵² não legitima a divulgação nominal dos salários de empregados e dirigentes das organizações sociais, especialmente

⁵¹ Art. 31. [...] § 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

⁵² Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

porque a Lei de Acesso à Informação se aplica às entidades privadas sem fins lucrativos **somente para o que couber.**

Corroborando com o quanto mencionado acima, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-DF⁵³, já se pronunciou no sentido de que empregados privados que exercem seu ofício em Organizações Sociais não são servidores públicos⁵⁴.

É o que se extrai dos seguintes trechos sob a eminente relatoria do Ministro Luiz Fux:

As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública (...). Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. (...)

(...) As Organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, *caput*), **sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões.** Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública.

⁵³ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 Distrito Federal. Plenário. Rel. Min. Ayres Brito. Data de Julgamento: 16/04/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>

⁵⁴ É o que se extrai dos trechos seguintes: “As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública (...). Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. (...)”

(...) As Organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, *caput*), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública”.



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Ademais, ainda que se tratasse de servidor público, o que não é o caso, os princípios da publicidade e da transparência devem ser compreendidos em conjunto com outros preceitos constitucionais, uma vez que a divulgação pela empresa de lista nominal, contendo a remuneração específica de cada empregado, implica difusão abusiva de dados pessoais dos trabalhadores, violando o direito à intimidade previsto no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal⁵⁵. Tanto é verdade que empregados de empresas estatais não têm a sua remuneração divulgada, como se verifica, apenas a título de exemplo, do sítio eletrônico da Petrobras⁵⁶.

Desse modo, resta evidente que, mesmo no caso dos servidores e empregados públicos, a divulgação das remunerações não deve extrapolar a determinação contida no § 6º do artigo 39 da Constituição Federal⁵⁷, que admite, tão somente, a publicação dos valores destinados aos cargos e empregos públicos sem individualização dos titulares.

A corroborar com o quanto aludido, o TST tem consolidado jurisprudência acerca do direito à intimidade de servidores e empregados públicos, inclusive condenando as empresas que divulgam as remunerações dos seus funcionários ao pagamento de danos morais. Confira-se:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE LISTA CONTENDO NOMES E REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS. EMPRESA PÚBLICA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. PROTEÇÃO. CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE.

Nesse campo, os incisos X, XXXIII e LX do Art. 5º da Constituição Federal, que preservam o direito do cidadão à intimidade. **A divulgação, pela empresa, de lista nominal, contendo a remuneração específica de cada empregado implica difusão abusiva de dados pessoais dos trabalhadores, violando o direito à intimidade, porquanto extrapola a determinação contida no art. 36, § 6º, da CF.** A conduta ilícita da empresa autoriza a

⁵⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁵⁶ Disponível em: <<http://transparencia.petrobras.com.br/empregados>> Acesso em: 17 out. 2018.

⁵⁷ **Art. 39.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADIN nº 2.135-4)

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

condenação ao pagamento de indenização por danos morais, em consonância com o art. 5º, X, da CF. Incólume o art. 37, caput, da CF. (TST – RR 377300-78.2007.5.09.0022, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 14/09/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2011).

APPA. DIVULGAÇÃO DE CARGOS E SALÁRIOS COM VINCULAÇÃO NOMINAL DOS SERVIDORES. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. É certo que o artigo 37, caput, da Constituição Federal dispõe que a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, dentre outros, ao princípio da publicidade. Entretanto, a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 3º, inciso II, consagra, igualmente, que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente [...] o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII. Por sua vez, dispõe o artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, encontrando-se aí também protegida a dignidade da pessoa humana, pois, antes de ser um princípio, é fundamento do Estado Democrático de Direito, visto que se configura num valor supremo do ser humano, constituindo pressuposto para que se possa viver harmonicamente dentro da sociedade e, dessa forma, deve preponderar sobre todas as normas, inclusive nas relações trabalhistas. Com efeito, o artigo 39, § 6º, da Constituição Federal, ao dispor que -os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos-, **em nenhum momento, autoriza a divulgação nominal dos servidores que os estejam percebendo, vinculando expressamente a publicação dos valores do subsídio e da remuneração não a pessoas**, mas apenas aos cargos e empregos públicos, preceito que teve sua correlação no artigo 33, § 6º, da Constituição Estadual do Paraná, de idêntica redação, explicitamente invocado pelo Regional. Nesse sentido, como acertadamente decidiu o Juízo da Vara de origem, entendimento corroborado pelo Regional, -se a intenção da APPA **era demonstrar transparência na gestão e atendimento do**



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

princípio da moralidade administrativa, não havia necessidade de divulgar a relação nominal dos seus funcionários, bastando divulgar os cargos, sua quantidade e respectivos salários.

Recurso não conhecido. (TST - RR: 225409420085090322 22540-94.2008.5.09.0322, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15/06/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011).

Depreende-se, portanto, que os princípios da publicidade e da transparência não são absolutos, uma vez que se deve respeitar o direito a vida privada e a imagem dos trabalhadores e, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

Por fim, cumpre mencionar a recém-publicada Lei Federal nº 13.709/2018 (Lei de Proteção de Dados Pessoais), que como objetivo “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade” (artigo 1º). A norma registra como seu fundamento “o respeito à privacidade” (inciso I do artigo 2º) e “a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem” (inciso IV do artigo 2º), ou seja, os preceitos fundamentais ora violados pelo Decreto Estadual nº 62.528/2017. Destaque-se que o requisito central para a divulgação de informações pessoais é consentimento do seu titular (inciso I do artigo 7º, artigo 8º, inciso I do artigo 11, dentre outros), sendo que as exceções a tal consentimento, como o cumprimento de obrigação legal, não se encontram presentes no presente caso – até porque não há lei que obrigue tal divulgação, apenas o decreto que ora é questionado.

Nesse contexto, as informações referentes às remunerações individuais percebidas por dirigentes e empregados das organizações sociais se qualificam como informações pessoais, que, nos termos do artigo 31 da Lei Federal nº 12.527/2011, do inciso I do artigo 7º da Lei Federal nº 13.709/2018, e principalmente do inciso X do artigo 5º e do §6º do artigo 39 da Constituição Federal, devem ter o seu acesso restrito, independentemente da prévia classificação de sigilo. Ou seja, são informações enquadradas no rol das informações que compõem a esfera privada dessas pessoas, sendo a sua divulgação um ato violador da intimidade e da vida privada dessas pessoas, sem prejuízo de que haja a divulgação irrestrita para os órgãos de controle do contrato de gestão e que ocorra a divulgação pública das remunerações relativas aos cargos ocupados no âmbito do contrato de gestão, mas sem a identificação nominal das pessoas e seus correspondentes valores.

F) Vedações à composição da Diretoria da organização social: violação aos incisos II, XVII e XVIII do artigo 5º da Constituição Federal



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

O inciso II do artigo 2º do Decreto Estadual nº 62.528/2017⁵⁸ viola os incisos II, XVII e XVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

É inconstitucional a determinação de que “a organização social não poderá contar, na Diretoria, com pessoa que seja titular de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública, mandato no Poder Legislativo ou cargo de dirigente estatutário de partido político, ainda que licenciados” (inciso II do artigo 2º do Decreto Estadual nº 62.528/2017). Tal dispositivo viola a preceito fundamental de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II do artigo 5º), a garantia de que “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar” (inciso XVII do artigo 5º) e garantia de que é vedada a interferência estatal sobre as associações (inciso XVIII do artigo 5º).

A propósito, o voto do Ministro Relator Luiz Fux na ADI 1.923/DF⁵⁹ é claro no sentido de que “Em relação aos servidores públicos cedidos, não há qualquer violação à Constituição. A lei preserva a remuneração a que o cargo faz jus no órgão de origem, conforme o art. 14, § 3º, da Lei.”. Não há razão para deixar de estender o mesmo entendimento aos titulares de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública, mandato no Poder Legislativo ou cargo de dirigente estatutário de partido político, **especialmente se licenciados**. E o Ministro complementa:

Assim, embora a própria Lei nº 9.637/98 já pudesse ser lida, em teoria, como uma autorização legislativa para o pagamento das referidas verbas, a verdade é que **a natureza jurídica das OS's, componentes do Terceiro Setor, afasta a necessidade de previsão em lei para o pagamento de verbas ainda que para os servidores cedidos**. Entender de modo contrário consubstanciaria, na realidade, uma **verdadeira autarquiaização das organizações sociais**, afrontando a própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do modelo. [Grifou-se]⁶⁰

Ainda que, eventualmente, alguém considere, sob a perspectiva moral, desejável a existência dessas vedações, fato é que, primeiramente, uma norma com conteúdo análogo somente poderia ser veiculada por lei formal, editada pelo Poder Legislativo. Ainda assim,

⁵⁸ Artigo 2º - Na celebração dos contratos de gestão de que trata a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, os órgãos e entidades da Administração Pública: [...] II - verificando que a organização social não conta, na Diretoria, com pessoa que seja titular de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública, mandato no Poder Legislativo ou cargo de dirigente estatutário de partido político, ainda que licenciados.

⁵⁹ STF, ADI 1923, Órgão julgador: Plenário, Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux, Data de julgamento: 16 abr, 2015.

⁶⁰ Idem.



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

no presente caso, a positivação de norma com tal conteúdo encontraria vedação em garantias constitucionais que asseguram a plenitude da liberdade de associação e a vedação da interferência estatal sobre as associações, como indicado anteriormente.

G) Condicionamento do uso de recursos reservados a contingências, inclusive de recursos próprios das organizações sociais, à prévia autorização do Secretário estadual: violação aos incisos XVIII e XXII do artigo 5º da CF

Os incisos I e II do artigo 4ª do Decreto Estadual nº 62.528/2017, que alteraram, respectivamente os Decretos Estaduais nº 43.493/1998 e 57.105/2011, são inconstitucionais por violação dos incisos XVIII e XXII do artigo 5º da Constituição Federal.

O direito de propriedade das organizações sociais (inciso XXII do artigo 5º) é frontalmente violado a partir da regra de que seus recursos financeiros eventualmente depositados em conta bancária específica para a constituição de reserva destinada a contingências conexas à execução do programa de trabalho somente poderão ser utilizados mediante autorização do Secretário estadual.

Mais grave ainda é a previsão de que esses recursos privados poderão ser transferidos à eventual nova organização social contratada, para constituição de reserva com a mesma finalidade, desde que autorizado pelo Secretário estadual.

Ou seja, em mais uma patente demonstração da tentativa inconstitucional de estatização das organizações sociais, o Decreto Estadual nº 62.528/2017 condiciona uma parcela dos recursos destinados e pertencentes à organização social a uma autorização do Secretário estadual – o que, para além de uma violação do direito de propriedade, representa mais uma violação à vedação de interferência estatal sobre o funcionamento das organizações sociais.

Os incisos I e II do artigo 4ª do Decreto Estadual nº 62.528/2017 representam mais uma vez aquilo que é rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da ADI nº 1.923/DF, pois promove, tal como já alertado pelo eminente Ministro Relator Luiz Fux, “uma verdadeira autarquização das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do modelo”⁶¹.

VII. MEDIDA CAUTELAR

⁶¹ STF, ADI 1923, Órgão julgador: Plenário, Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux, Data de julgamento: 16 abr, 2015.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Diante da presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o presente caso reclama o deferimento de medida cautelar para sustar a eficácia do Decreto Estadual nº 62.528/2017, nos termos do artigo 5º da Lei Federal nº 9.882/1999⁶².

O *fumus boni iuris* foi demonstrado exaustivamente ao longo da petição inicial, em que os dispositivos inconstitucionais do Decreto Estadual nº 62.528/2017 foram apresentados e analisados em conjunto com os dispositivos constitucionais violados. Conforme restou demonstrado, há uma flagrante inconstitucionalidade formal, por violação do princípio da reserva de lei (inciso II do artigo 5º e inciso IV e alíneas “a” e “b” do inciso IV do artigo 84) e da separação dos poderes (artigo 2º), que contamina o Decreto como um todo, além de inconstitucionalidades materiais, em razão da indevida estatização das organizações sociais, que violou a livre iniciativa (inciso IV do artigo 1º) a vedação à interferência estatal no funcionamento dessas entidades (inciso XVIII do artigo 5º), a garantia de livre associação (inciso XVII do artigo 5º), o direito de propriedade (inciso XXII do artigo 5º), o direito à intimidade e à vida privada dos dirigentes e empregados das organizações sociais (inciso X do artigo 5º), a regra de limitação remuneratória apenas a agentes públicos (inciso XI do artigo 37) e a vedação à divulgação individualizada de salários (§6º do artigo 39), tudo também em afronta à jurisprudência desta egrégia Suprema Corte, consolidada por ocasião do julgamento da ADI 1.923/DF.

O *periculum in mora*, por sua vez, também se encontra presente no caso concreto. Destaca-se a urgência na concessão da medida cautelar, sobretudo em razão da insegurança jurídica e do manifesto prejuízo à continuidade dos serviços prestados pelas organizações sociais no Estado de São Paulo.

Ainda que o Decreto Estadual nº 62.528/2017 tenha sido publicado em 31 de março de 2017, foi somente no segundo semestre de 2018 que as suas normas passaram a ser exigidas pelo Estado de São Paulo, precisamente após a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP).

No âmbito das investigações realizadas pela referida CPI, a ALESP solicitou ao Governo do Estado de São Paulo informações relativas à remuneração individual dos dirigentes de cada uma das organizações sociais paulistas. No âmbito do agravo de instrumento nº 2165936-19.2018.8.26.0000, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deferiu ordem para a entrega dessas informações à ALESP, porém indeferiu o pedido

⁶² Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

liminar para que houvesse a disponibilização das informações no Portal da Transparência do Estado e do Município de São Paulo.

Outros eventos que caracterizam o *periculum in mora* refere-se à exigência da publicação da remuneração individualizada dos dirigentes e empregados das organizações sociais pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Documento nº 09).

Outros documentos ora anexados comprovam que a Secretaria de Estado de Saúde passou a exigir recentemente o cumprimento das disposições inconstitucionais do Decreto Estadual nº 62.528/2017 (Documento nº 10).

Outra prova do *periculum in mora* refere-se às recomendações constantes do Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) das Organizações Sociais da Saúde, publicado em 25 de setembro de 2018, que indica para a Secretaria Estadual de Saúde que convoque as atuais organizações sociais de saúde contratadas para assinatura de termo de aditamento, a fim de incluir no contrato cláusula que fixe como teto de remuneração dos diretores e empregados o subsídio do Governador do Estado de São Paulo, sob pena de desqualificação da entidade. Igualmente, o relatório contém a indicação para que a Procuradoria Geral do Estado promova a cobrança dos valores pagos pela entidade em desacordo com o Decreto nº 62.528/2017 e para que haja a alteração da legislação atual, incorporando-se o teor do decreto (Documento nº 7).

Logo se vê que o deferimento da medida cautelar ora pleiteada, com urgência, que suspenda o decreto ora impugnado, é medida capaz de resguardar os preceitos fundamentais violados pela norma, especialmente os direitos fundamentais das organizações sociais paulistas e de seus dirigentes/empregados.

A ameaça de danos irreparáveis às organizações sociais associadas à Arguente, em decorrência da edição do decreto ora impugnado, enseja a imediata apreciação da medida cautelar, antes que seja enfrentado o mérito da presente ação.

A urgência na concessão da medida cautelar deve-se, portanto, ao risco de violação aos preceitos fundamentais basilares das organizações sociais e de seus dirigentes e empregados.

Por todo o exposto, demonstrada a presença dos requisitos autorizadores, deve ser concedida a medida cautelar, a fim de que seja liminarmente suspensa a eficácia do decreto impugnado.

VIII. PEDIDOS



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Diante do exposto, demonstrado que o Decreto nº 62.528/2017, do Estado de São Paulo, afronta o ordenamento constitucional nos termos já expostos, o Instituto Brasileiro das Organizações Sociais da Saúde requer:

a) o recebimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental;

b) a distribuição desta petição inicial por dependência ao Ministro Luiz Fux, relator da ADI 1.923/DF;

c) a concessão da medida cautelar, diante da demonstração do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, a fim de que suspenda a eficácia do Decreto nº 62.528/2017, do Estado de São Paulo;

d) a realização de audiência pública tendente a viabilizar a ampla discussão acerca do modelo de contrato de gestão mais adequado à Constituição Federal, a ser adotado no Estado de São Paulo na prestação de serviços ligados à área da saúde pública, nos termos do artigo 6º, §1º, da Lei Federal nº 9.882/1999, caso essa relatoria entenda pertinente a providência;

e) a notificação do Exmo. Sr. Governador do Estado e do Procurador-Geral do Estado de São Paulo, para prestarem informações e eventual defesa da norma impugnada, nos termos do art. 6º, da Lei Federal nº 9.882/1999;

f) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para, caso assim entenda, se manifestar sobre a presente arguição, nos termos da exigência constitucional do art. 103, § 3º;

g) a notificação da Exma. Sra. Procuradora-Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º, da Constituição Federal, e art. 7º, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.882/1999;

h) ao final, a procedência do pedido, declarando a inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 62.528/2017, em face da Constituição Federal, para fazer cessar definitivamente a sua eficácia, e, conseqüentemente, reconhecer sua nulidade.

Caso esta egrégia Corte considere incabível a presente ADPF, mas repute admissível o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade para impugnação do referido ato normativo, requer a Arguente seja a presente recebida e processada como ADI. Nesta hipótese, requer seja julgada procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 62.528/2017, do Estado de São Paulo.

Aguarda deferimento.



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2018.



Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

OAB/SP 281.607

Professor Doutor de Direito Administrativo

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)



JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S

ROL DE DOCUMENTOS

Documento 01 – Procuração com poderes específicos para ajuizamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em face do Decreto Estadual nº 62.528/2017, de São Paulo.

Documento 02 – Estatuto Social do Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde (IBROSS).

Documento 03 – Relação dos Associados do IBROSS (oito Estados + Distrito Federal)

Documento 04 – Ata da reunião do IBROSS que aprovou o ajuizamento da ADPF perante o Supremo Tribunal Federal.

Documento 05 – Íntegra do Decreto Estadual nº 62.528/2017, de São Paulo, com a respectiva “Ficha Informativa” constante no site da ALESP.

Documento 06 – Íntegra da Lei Complementar Estadual nº 846/1998, de São Paulo, com a respectiva “Ficha Informativa” constante no site da ALESP.

Documento 07 – Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre as Organizações Sociais da Saúde, que tramitou na ALESP, publicado no Diário Oficial do dia 25/09/2018.

Documento 08 – Íntegra do acórdão proferido pelo STF na ADI nº 1923/DF.

Documento 09 – Comunicado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que exigem o cumprimento das determinações inconstitucionais do Decreto Estadual nº 62.528/2017.

Documento 10 – Comunicações (Ofícios) da Secretaria de Estado da Saúde que exigem o cumprimento das determinações inconstitucionais do Decreto Estadual nº 62.528/2017.

