

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

| | |
|---------------------------|---|
| RELATOR | : MIN. AYRES BRITTO |
| REDATOR DO ACÓRDÃO | : MIN. LUIZ FUX |
| REQTE.(S) | : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT |
| ADV.(A/S) | : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES |
| REQTE.(S) | : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT |
| ADV.(A/S) | : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO |
| INTDO.(A/S) | : PRESIDENTE DA REPÚBLICA |
| INTDO.(A/S) | : CONGRESSO NACIONAL |
| INTDO.(A/S) | : SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA |
| INTDO.(A/S) | : ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS |
| ADV.(A/S) | : BELISÁRIO DOS SANTOS JR. |
| INTDO.(A/S) | : SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR |
| ADV.(A/S) | : LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S) |

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA.

ADI 1923 / DF

ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO.

ADI 1923 / DF

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUENTES). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “*são deveres do Estado e da Sociedade*” e que são “*livres à iniciativa privada*”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando

ADI 1923 / DF

utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de *controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. 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.

6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. 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.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator

ADI 1923 / DF

tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “*organização social*”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de *credenciamento*, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da *impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (CF, art. 37, *caput*). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e

ADI 1923 / DF

servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. 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. 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.

ADI 1923 / DF

16. 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. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a 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.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros

ADI 1923 / DF

fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de

ADI 1923 / DF

dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 16 de abril de 2015.

Ministro **LUIZ FUX** – Redator para o acórdão

Documento assinado digitalmente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

| | |
|--------------------|---|
| RELATOR | : MIN. AYRES BRITTO |
| REQTE. | : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT |
| ADVDS. | : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES |
| REQTE. | : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT |
| ADVDS. | : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO |
| REQDO. | : PRESIDENTE DA REPÚBLICA |
| REQDO. | : CONGRESSO NACIONAL |
| INTDO.(A/S) | : SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA |
| INTDO.(A/S) | : ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS |
| ADV.(A/S) | : BELISÁRIO DOS SANTOS JR. |
| INTDO.(A/S) | : SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR |
| ADV.(A/S) | : LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S) |

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, e do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648, de 27 de maio de 1998.

2. Arguem os requerentes que a Lei 9.637/98 “*promove profundas modificações no ordenamento institucional da Administração Pública brasileira*”. Isto por habilitar “*o Poder Executivo da União a instituir, mediante decreto, um ‘Programa Nacional de Publicização’ e, através deste programa, transferir para entidades de direito privado não integrantes da Administração Pública, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, a prestação de serviços públicos nessas áreas*”. Daí reclamarem eles, acionantes, que “*a fórmula contemplada pela Lei nº*

ADI 1.923 / DF

9.637/98 busca, mais do que incentivar a participação cidadã na gestão do Estado ou assegurar o livre exercício da iniciativa privada na prestação de serviços não exclusivos, permitir que o Estado possa valer-se, transferindo tarefas executadas por entidades de direito público a entidades não integrantes do aparelho do Estado, de vantagens que seriam inerentes à forma de propriedade privada”. Donde concluírem que se trata, em verdade, “de um processo de ‘privatização’ dos aparatos públicos, por meio da transferência, para o ‘setor público não-estatal’, dos serviços nas áreas de ensino, saúde e pesquisa, dentre outros, transformando-se as atuais fundações públicas em organizações sociais”.

3. Prosseguem os autores para dizer que as organizações sociais “poderão, por meio de simples ‘qualificação’ por ato do Chefe do Poder Executivo, e da assinatura de um ‘contrato de gestão’ absorver atividades antes a cargo de instituições integrantes da Administração, gerir e aplicar recursos a ela destinados na Lei Orçamentária sem, todavia, submeter-se às limitações estabelecidas para as entidades administrativas estatais”. Pelo que têm por “evidente a tentativa de afastar a prestação de serviços do ‘núcleo central do Estado’”. Tudo mediante um “modelo mal acabado de transferência de responsabilidades públicas a entes privados”. Entes que, por não prescindirem da atuação subsidiária do Poder Público, terminam por se transmutar em pessoas funcionalmente estatais, porém despidas da “roupagem” que é própria do regime de direito público.

4. Nessa marcha batida, arguem os requerentes a inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 4º, do § 3º do art. 12 e do art. 17, todos da Lei 9.637/98, bem como do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93. É que não se pode cogitar de dispensa de licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos (art. 175 da CF). Mais: “ainda que não fosse o caso de permissão ou concessão, mas de mera terceirização de serviços, mediante contrato com pessoa privada, igualmente seria ofensivo à Constituição dispensar de licitação a realização desse contrato, pelo simples fato de haver sido a entidade ‘qualificada’ como organização social”. Também o princípio da impessoalidade resultaria violado, ao se permitir o uso de bens públicos sem licitação.

5. Já os incisos V, VII e VIII do art. 4º e o inciso II do art. 7º da Lei

ADI 1.923 / DF

9.637/98, todos eles são inconstitucionais, alegam os requerentes, porque, embora pagos com recursos públicos, os salários dos dirigentes e empregados da organização social não são fixados nem atualizados por lei em sentido formal (inciso X do art. 37 da CF). Também a contratação de pessoal se revela como discricionária, porquanto feita sem a prévia realização de concurso público (inciso II do art. 37 da CF), o que vulnera os princípios da impessoalidade, da eficiência e da isonomia. Quanto aos arts. 14 e 22 da multicitada lei, incidiriam eles em *“fraude à Constituição, mediante a descaracterização do ente público com o qual mantém o servidor a relação estatutária, atribuindo-se ao ente privado a capacidade não apenas de fixar remuneração, sem a necessária aprovação de lei própria, mas também a possibilidade de que este acréscimo não seja integrado ao patrimônio jurídico do servidor, para efeitos do cálculo dos proventos da inatividade”*.

6. Seguem em frente os autores para alegar desrespeito aos arts. 70, 71, 74 e 129 da Constituição Federal. Dizem que o art. 4º da Lei 9.637/98, ao instituir tarefas de supervisão e controle como funções **privativas** do conselho de administração da organização social, excluiu os controles interno e externo pelo próprio Estado. Controles que não se fariam satisfatoriamente apenas com as medidas determinadas pela alínea “f” do inciso I do art. 2º, pelos §§ 1º e 2º do art. 8º e pelo art. 9º, todos da Lei 9.637/98. Da mesma forma, o art. 10 da lei fere a autonomia do Ministério Público para zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição.

7. Não param por aqui as alegações dos requerentes. Segundo eles, o art. 1º da Lei 9.637/98 subverte as normas constitucionais instituidoras do Sistema Único de Saúde (arts. 196 a 200 da CF), ao possibilitar a qualificação, como organização social, de pessoas jurídicas de direito privado que atuam na área da saúde pública. É que seria de responsabilidade do Estado a prestação dos serviços de saúde pública, incumbindo às entidades privadas uma atuação apenas complementar, *“somente para ampliar a disponibilidade de serviços”* na respectiva área. E o fato é que *“o Programa de Publicização contemplado na Lei nº 9.637/98 e a previsão contida no seu artigo 1º ultrapassam tais limites, autorizando a*

ADI 1.923 / DF

transferência integral de patrimônio, recursos e de servidores para entidade de direito privado”, sem que haja “qualquer acréscimo à capacidade do Sistema Único de Saúde de prestar serviços à população”. O que significaria “a exoneração do Estado da prestação direta de serviços na área da saúde, transferindo-se totalmente para a iniciativa privada, por meio impróprio, a prestação desses serviços”, numa inversão dos papéis constitucionalmente definidos, passando a participação do Estado a ser complementar da atividade privada. Inversão de papéis a que a Lei 9.637/98 também daria ensejo quanto às atividades públicas de educação (arts. 205 a 214 da CF), de proteção ao meio ambiente (art. 225 da CF) e ao patrimônio histórico, artístico e cultural (arts. 215 e 216 da CF) e de promoção do desenvolvimento científico, da pesquisa e capacitação tecnológicas (art. 218 da CF).

8. Por fim, os autores denunciam que *“a criação das chamadas ‘organizações sociais’ e seu processo de qualificação, conforme estabelecidos na Lei nº 9.637 em seus artigos 1º, 2º, 3º e 4º,” desrespeitam a Constituição Federal. Isso porque a criação das organizações sociais se dá mediante “um processo induzido de substituição de entes públicos por entes privados, criados por encomenda, ad hoc, para assumir funções antes a cargo do Estado”. Ainda conforme os requerentes, “não se verifica ‘ação autônoma e em nome próprio de particulares’, mas efetiva delegação de competências e transferência de bens e recursos públicos a particulares”. Quanto ao processo de qualificação das entidades como organizações sociais, inexistiriam requisitos que garantissem o respeito ao princípio da impessoalidade (caput do art. 37 da CF). E ao dispor sobre a composição do conselho de administração das entidades, a Lei 9.637/98 ofenderia os incisos XVII e XVIII do art. 5º da Magna Carta, porquanto “a simples manipulação do Estatuto permitiria que entre 40 e 80% dos membros do Conselho sejam escolhidos por indicação do Poder Público, preservando os liames hierárquicos entre o Estado e a organização”. Daí requererem a procedência desta ação direta para que se declare a inconstitucionalidade integral da Lei 9.637/98, bem como a do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98. Sucessivamente, pleiteiam a “declaração de inconstitucionalidade do*

ADI 1.923 / DF

disposto nos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 20, 21 e 22 da Lei nº 9.637, de 1998, e do art. 24, XXIV da Lei nº 8.666, de 1993, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998”, além do reconhecimento, “por derivação e consequência”, da inconstitucionalidade “de todas as demais normas que lhe [sejam] dependentes, cuja existência autônoma ficará desprovida de sentido”, e da “nulidade dos atos administrativos e de gestão” praticados com base na legislação aqui adversada.

9. Continuo neste relato da causa para dizer que o Ministro Ilmar Galvão, que me antecedeu na relatoria deste processo, antes de apreciar a liminar, solicitou informações ao Presidente da República e ao Congresso Nacional. Informações que foram prestadas às fls. 151/184 e 186/237.

10. Pois bem, em 24 de junho de 1999, este Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da medida cautelar. Julgamento que se encerrou em 1º de agosto de 2007, quando esta nossa Corte, por maioria, indeferiu o provimento liminar, em acórdão que exhibe a seguinte ementa:

“EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja

ADI 1.923 / DF

mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida.”

11. Após haver substituído o Ministro Ilmar Galvão na relatoria desta ação direta de inconstitucionalidade, abri vista dos autos, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. O primeiro, em manifestação de fls. 406/421, pugnou pela improcedência da ação. O segundo, a seu turno, opinou pela procedência parcial dos pedidos, propondo *“a aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que do campo normativo das disposições [legais] se tenha por absolutamente excluída qualquer interpretação que, quando em mira a ação de organizações sociais, pretenda, ou sequer insinue, qualquer tipo de redução na atividade dos órgãos de controle típicos, designados à fiscalização do Poder Público, notadamente na ação do Ministério Público e do Tribunal de Contas”*.

12. À derradeira, consigno que admiti a intervenção no processo, na qualidade de *amici curiae*, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, da Academia Brasileira de Ciências e do Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná (SINDSAÚDE/PR).

É o relatório.

31/03/2011**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, o voto é compreensivelmente - quero crer - longo, porque poucas vezes eu vi aqui, em nosso Tribunal, impugnação a tantos dispositivos da Constituição Federal, são múltiplos, são numerosos os dispositivos impugnados por esta Ação Direta de Inconstitucionalidade. E eles bem revelam que o nosso constitucionalismo hoje é muito mais do que econômico-social, é um constitucionalismo social genérico, sociocultural, digamos assim, porque incorpora não apenas direitos sociais típicos, no artigo 6º, ou direitos trabalhistas específicos, no artigo 7º - estou falando do nosso constitucionalismo social -, como incorpora ciência e tecnologia, cultura, saúde, educação, Previdência Social, infância, juventude; é um constitucionalismo social do mais largo espectro, por isso eu tive que fazer um voto mais alongado.

Porém, como estou distribuindo a Vossas Excelências o conteúdo do voto, vou me permitir aqui e ali saltar algumas folhas, sem prejuízo - quero crer - da compreensão do meu equacionamento jurídico, do equacionamento que encaminho a título de voto para o mais qualificado exame de Vossas Excelências.

#

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):**

De saída, pergunto, para em seguida responder, o seguinte: a Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93 (com a redação dada pela Lei 9.648/98) violam a Constituição Federal? O modo pelo qual serão prestadas atividades *“dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”* desrespeitam as normas constitucionais brasileiras?

15. Bem, a resposta passa pela revelação do regime constitucional dos serviços públicos, espécie do gênero *“atividade estatal”*. Regime que tem no art. 175 da Constituição de 1988 a sua viga mestra e o focado contraponto ao princípio da liberdade de iniciativa que se lê no art. 170 da mesma Carta Federal. Este último, consagrador da ideia-força de que as atividades econômicas são próprias da iniciativa privada. Já o art. 175, a seguir itinerário mental oposto, consoante os seguintes dizeres: *“incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

16. Vê-se, portanto, que: a) a atividade econômica é o *habitat* da iniciativa privada, assegurando-se a todos os indivíduos o seu livre exercício, *“independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”* (parágrafo único do art. 170 da CF); b) a prestação de serviços públicos, ao reverso, faz parte das competências constitucionais da União e das demais pessoas federadas. Espécie do gênero *“atividades públicas”* - ainda há pouco dissemos -, sendo que as atividades públicas são custeadas ou financiadas com os impostos e contribuições sociais que o Estado impõe e arrecada (atividades gerais como a legislação, a jurisdição, a diplomacia, a defesa, a segurança pública), enquanto que os serviços públicos são ordinariamente autofinanciados, ora por taxas, ora por tarifas ou preços públicos; ou seja, se prestados pelo próprio setor público, seu custeio se dá mediante a imposição de taxas; se prestados

ADI 1.923 / DF

pelo setor privado – mediante contratos de concessão ou de permissão –, seu financiamento se dá por tarifas ou preços públicos. Daí os seguintes preceitos constitucionais:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

X – manter o **serviço postal** e o **correio aéreo nacional**;

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de **telecomunicações**, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de **radiodifusão sonora e de sons e imagens**;

b) os **serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água**, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a **navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária**;

d) os serviços de **transporte ferroviário e aquaviário** entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de **transporte rodoviário** interestadual e internacional de passageiros;

f) os **portos marítimos, fluviais e lacustres**;

(...)

XV – organizar e manter os **serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia** de âmbito nacional;

(...)

XXIII – explorar os **serviços e instalações nucleares** de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

XXIV – organizar, manter e executar a **inspeção do**

ADI 1.923 / DF

trabalho;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II – cuidar da **saúde e assistência pública**, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

(...)

V – proporcionar os meios de acesso à **cultura**, à **educação** e à **ciência**;

VI – proteger o **meio ambiente** e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Art. 25. (...)

(...)

§ 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os **serviços locais de gás canalizado**, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os **serviços públicos de interesse local**, incluído o de **transporte coletivo**, que tem caráter essencial;

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de **educação infantil e de ensino fundamental**;

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, **serviços de atendimento à saúde da população**;

(...)

ADI 1.923 / DF

IX – promover a **proteção do patrimônio histórico-cultural** local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

(...)

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do **ensino** e nas **ações e serviços públicos de saúde**.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

(...)

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do **ensino** e nas **ações e serviços públicos de saúde**;

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

ADI 1.923 / DF

III – política tarifária;

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de **ações de iniciativa dos poderes públicos** e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à **saúde**, à **previdência** e à **assistência social**.

Art. 196. A **saúde** é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços** para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198. As **ações e serviços públicos de saúde** integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

Art. 205. A **educação**, direito de todos e **dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

IV – gratuidade do ensino público em **estabelecimentos oficiais**;

V – valorização dos profissionais da educação escolar, **garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas**;

VI – gestão democrática do **ensino público**, na forma da lei;

(...)

ADI 1.923 / DF

VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da **educação escolar pública**, nos termos de lei federal.

Art. 208. O **dever do Estado com a educação** será efetivado mediante a garantia de :

I – **educação básica obrigatória e gratuita** dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, **assegurada inclusive sua oferta gratuita** para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

(...)

§ 1º. O acesso ao **ensino obrigatório e gratuito** é direito público subjetivo.

§ 2º. O não-oferecimento do **ensino obrigatório pelo poder público**, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração **seus sistemas de ensino**.

§ 1º. A **União organizará o sistema federal de ensino** e o dos Territórios, financiará as **instituições de ensino públicas federais** e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

§ 2º. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º. Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º. Na **organização de seus sistemas de ensino**, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do **ensino obrigatório**.

§ 5º. A **educação básica pública** atenderá prioritariamente

ADI 1.923 / DF

ao ensino regular.

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

Art. 216. (...)

§ 1º. O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

(...)

§ 5º. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a **entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.**

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta

ADI 1.923 / DF

Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

(...)

§ 2º. O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será **mantido na órbita federal.**”

17. Como se percebe, a luzes claras, quis a nossa Carta Magna que competisse à União explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (inciso XXIII do art. 21 da CF). Prescreveu ainda caber à mesma União explorar, **diretamente, ou sob regime de concessão, permissão ou autorização**, serviços de telecomunicações, radiodifusão sonora e de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário, etc (incisos XI e XII do art. 21 da CF). No mesmo tom, ordenou que ficassem sob a competência dos Municípios a organização e prestação **direta, ou mediante concessão ou permissão**, dos serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo (inciso V do art. 30 da CF). Disse também caber ao Poder Público a iniciativa de ações destinadas a assegurar os direitos pertinentes à saúde, à previdência, à assistência social (art. 194 da CF), à educação (art. 205 da CF), à cultura (art. 215 da CF), ao desenvolvimento científico e tecnológico (art. 218 da CF) e ao meio ambiente (art. 225 da CF). Em suma, o papel do Estado na prestação de certas atividades, dentre as quais os serviços públicos, é o de protagonista-mor ou agente central. Logo, diferentemente da atividade econômica, seara em que o Poder Público, atuando como agente normativo e regulador, exerce, em regra, funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174 da CF), no palco dos serviços públicos o Estado é ator por excelência, prestando-os diretamente, ou então, sob o regime de concessão, permissão ou autorização.

18. Também a luzes claras se percebe: a) ao contrário das atividades gerais do Estado, os serviços públicos são “específicos e divisíveis”, no

ADI 1.923 / DF

sentido de que são prestados aos respectivos usuários com perfeita ou inconfundível identidade material e mensurabilidade no seu individualizado desfrute. Isso para o efeito da quantificação *per capita* do seu consumo e consequente retribuição pecuniária sob a forma de taxa, ou de tarifa; b) ao lado deles, serviços públicos de titularidade estatal exclusiva, colocam-se atividades que são também de senhorio estatal, mas não com exclusividade. Refiro-me às atividades de saúde pública, educação e ensino, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência e tecnologia, assistência social, que, titularizadas por toda e qualquer pessoa federada (deveres que são de cada uma dessas pessoas públicas), também se inscrevem no âmbito do senhorio e exploração das pessoas privadas. Pelo que se definem como atividades mistamente públicas e privadas. Importando muito lembrar que, se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, **porém sob o timbre da relevância pública**. Conforme diz a Constituição – por amostragem, entenda-se –, nos seguintes preceitos:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de **ações de iniciativa** dos poderes públicos e **da sociedade**, destinadas a assegurar os direitos relativos à **saúde**, à **previdência** e à **assistência social**.”

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

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

§ 1º. **As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde**, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

ADI 1.923 / DF

§ 2º. É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às **instituições privadas com fins lucrativos**.

Art. 202. O regime de **previdência privada**, de caráter **complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social**, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

(...)

§ 3º. É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, **salvo na qualidade de patrocinador**, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Art. 205. A **educação**, direito de todos e dever do Estado e **da família**, será promovida e incentivada **com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 209. **O ensino é livre à iniciativa privada**, atendidas as seguintes condições:

- I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II – autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, **podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas**, definidas em lei, que:

- I – comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
- II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder

ADI 1.923 / DF

público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º. Os recursos de que trata este artigo **poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio**, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, **quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.**

§ 2º. As atividades universitárias de pesquisa e extensão **poderão receber apoio financeiro do poder público.**

Art. 216. (...)

§ 1º. O poder público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

(...)

§ 3º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o **desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.**

(...)

§ 3º. O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º. **A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País**, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional

ADI 1.923 / DF

e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Art. 225. Todos têm direito ao **meio ambiente** ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se** ao poder público e à **coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.

Art. 227. É **dever da família, da sociedade** e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à **saúde**, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à **cultura**, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, **admitida a participação de entidades não-governamentais** e obedecendo aos seguintes preceitos:

(...)

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

VI – estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e **subsídios**, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.”

19. Agora é de se perguntar: à iniciativa privada é permitida a prestação de serviços públicos? Há serviços públicos em que o setor privado pode atuar por sua conta e risco? Em caso afirmativo, podem

ADI 1.923 / DF

recursos públicos ser destinados a instituições privadas, não integrantes da Administração Pública? Existe mesmo um setor público não-estatal, ou, por definição, todo setor público tem que ser estatal?

20. Da leitura de todos esses dispositivos constitucionais desata a compreensão de que, realmente, há serviços públicos passíveis de prestação não-estatal. Serviços que, se prestados pelo setor público, seja diretamente, seja sob regime de concessão, permissão ou autorização, serão de natureza pública; se prestados pela iniciativa privada, serão também de natureza pública, pois o serviço não se despubliciza pelo fato do transpasse da sua prestação ao setor privado.

21. Já no que toca às atividades de senhorio misto, serão elas de natureza pública, se prestadas pelo próprio Estado, ou em parceria com o setor privado. E se desempenhadas exclusivamente pelo setor privado, sua definição é como atividades ou serviços de relevância pública (inciso II do art. 129 e art. 197, ambos da CF). Assim é que o art. 199 da Constituição Federal dispõe, categoricamente, ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde. Disposição repetida no art. 209 quanto ao ensino. De se ver também a referência explícita: a) a um regime de previdência privada (art. 202 da CF); b) à colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro (§ 1º do art. 216 da CF); c) ao incentivo a empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia (§ 4º do art. 218 da CF); d) ao dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente (*caput* do art. 225 da CF). Quanto à possibilidade de destinação de recursos públicos às entidades privadas, exercentes de atividades de relevância pública, também não vacila a Constituição Federal, ainda que imponha a observância de certos requisitos. São evidências disso: a) a participação de instituições privadas no sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio (§ 1º do art. 199 da CF); b) a vedação de auxílios ou subvenções na área de saúde apenas às instituições privadas com fins lucrativos (§ 2º do art. 199 da CF); c) a participação de entidades não governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, com a previsão, inclusive, de subsídios públicos (inciso VI do § 3º e § 1º,

ADI 1.923 / DF

ambos do art. 227 da CF); d) o aporte de recursos do Estado a entidades de previdência privada, na qualidade de patrocinador (§ 3º do art. 202 da CF); e) a destinação de recursos públicos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, bem como a concessão de bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio (art. 213 e § 1º da CF); f) o apoio financeiro do Poder Público às atividades universitárias de pesquisa e extensão (§ 2º do art. 213 da CF).

22. Nesse amplo contexto normativo, penso já se poder extrair uma primeira conclusão: os particulares podem desempenhar atividades que também correspondem a deveres do Estado, mas não são exclusivamente públicas. Atividades, em rigor, mistamente públicas e privadas, como efetivamente são a cultura, a saúde, a educação, a ciência e tecnologia e o meio ambiente. Logo, atividades predispostas a uma protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil, por isso que **passíveis de financiamento público** e sob a cláusula da **atuação apenas complementar** do setor público. Noutro dizer, ali onde a atividade for de exclusivo senhorio ou titularidade estatal, a presença do Poder Público é inafastável. Contudo, se essa ou aquela atividade genuinamente estatal for constitutiva: a) de serviço público, o Estado não apeia jamais da titularidade, mas pode valer-se dos institutos da concessão ou da permissão para atuar por forma “indireta”; ou seja, atuar por interposta pessoa jurídica do setor privado, nos termos da lei “*e sempre através de licitação*” (art. 175 da CF); b) se constitutiva de “serviço de relevância pública”, que já se define como atividade mescladamente pública e privada no seu senhorio ou titularidade, aí a respectiva prestação se dá pela iniciativa privada, em caráter complementar à ação estatal.

23. Recolocando a ideia: assim como seria inconstitucional uma lei que “estatizasse” toda a atividade econômica (a participação do Estado se dá por exceção, para atender “*aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*”, nos termos da cabeça do artigo 173 da Constituição Federal), também padeceria do vício de inconstitucionalidade norma jurídica que afastasse do Estado toda e qualquer prestação direta (pelos próprios órgãos e entidades da

ADI 1.923 / DF

Administração Pública) dos serviços que são dele, Estado, e não da iniciativa privada. Não por acaso, a Constituição Federal prevê: a) a instituição de um sistema único para integrar as ações e serviços **públicos** de saúde (art. 198 da CF), do qual instituições privadas poderão participar **de forma complementar** (§ 1º do art. 199 da CF); b) um regime de previdência privada, **de caráter complementar** e organizado de forma autônoma em relação ao **regime geral de previdência social**; c) a existência de um ensino **público, obrigatório e gratuito, em estabelecimentos oficiais**, com profissionais recrutados exclusivamente por concurso público de provas e títulos (incisos IV e V do art. 206, §§ 1º e 2º do art. 208, todos da CF); c) a aplicação de um mínimo de recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços **públicos** de saúde (alínea “e” do inciso VII do art. 34, inciso III do art. 35, § 2º do art. 198 e art. 212, todos da CF).

24. Isso posto, feito o exame das normas constitucionais pertinentes à matéria em causa, passo a analisar o conteúdo da Lei 9.637/98. Lei que *“dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais”*. Diploma legislativo que os requerentes tacham de inconstitucional, na íntegra, mas a quem dou razão apenas em parte. Passo a explicar.

25. Têm razão os autores quando impugnam o que se convencionou chamar de *“Programa Nacional de Publicização”*. Programa que, nos termos da Lei 9.637/98, consiste na *“absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei”* (art. 20). Em outras palavras, órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. Fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de **privatização**. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta. Conforme concluí acima, a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos, que o

ADI 1.923 / DF

Estado os preste diretamente, ou, então, sob regime de concessão, permissão ou autorização. Isto por oposição ao regime jurídico das atividades econômicas, área em que o Poder Público deve atuar, em regra, apenas como agente indutor e fiscalizador. Não fosse assim, a Magna Carta não faria a menor referência a serviços **públicos** de saúde (mescladamente públicos, entenda-se), a estabelecimentos **oficiais** de ensino, a regime **geral** de previdência social, etc. Ora, o que faz a Lei 9.637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada **toda a** prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a **substituir** o Poder Público, e não simplesmente a **complementar** a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas.¹ O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos.

26. Realmente, o problema não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização, por parte do Estado, do regime privado de gestão de pessoas, de compras e contratações. A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei 9.637/98 (dispositivos que falam em “*absorção*”, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir.

27. A se ter como válida a mencionada “*absorção*”, nada impediria que, num curto espaço de tempo, deixássemos de ter estabelecimentos **oficiais** de ensino, serviços **públicos** de saúde, etc. Isso, tendo em vista que a organização social é pessoa **não integrante da Administração Pública**.² Logo, o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o

1 É certo que a Constituição Federal autoriza a mediação privada de diversos serviços públicos (incisos XI e XII do art. 21). Assim o faz, porém, expressamente, e sempre sob o regime de concessão, permissão ou autorização, o que não ocorre quanto aos serviços arrolados no art. 1º da Lei 9.637/98.

2 Imperioso esclarecer que a Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação tem peculiaridades que

ADI 1.923 / DF

mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente apenas indutor, fiscalizador e regulador, em frontal descompasso com a vontade objetiva da Constituição Federal. O que de pronto me leva a julgar inconstitucionais os arts. 18 a 22 da Lei 9.637/98.

28. O que a Magna Carta admite e até mesmo estimula, agora sim, é a colaboração entre particulares e o Poder Público. Daí estabelecer o art. 1º da Lei 9.637/98 que *“o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos”* na lei. Organizações sociais que, uma vez assim qualificadas, poderão firmar com o Poder Público um *“contrato de gestão”, “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”* (art. 5º da Lei 9.637/98). Contrato de que poderão constar cláusulas garantidoras: a) do repasse de recursos orçamentários; b) do uso de bens públicos; c) da cessão especial de servidores estatais (arts. 12 e 14 da Lei nº 9.637/98).

29. Sob tais coordenadas normativas, não enxergo inconstitucionalidade nesse mecanismo de parceria entre o Estado e os particulares. Conforme visto, a Magna Carta franqueia à iniciativa privada a prestação de vários serviços de relevância pública e permite (até mesmo determina) que o Poder Público fomente essas atividades, inclusive mediante transpasse de recursos públicos. E o fato é que todos os serviços enumerados no art. 1º da Lei 9.637/98 são do tipo *“não exclusivos do Estado”*, dando-se que as pessoas jurídicas de direito

a colocam fora da *quaestio juris* aqui exposta. Em primeiro lugar, a lei que rege seu funcionamento é outra, a de nº 8.246/91. Segundo, apenas aparentemente houve absorção, por pessoa privada, das atividades de uma entidade pública. Aclaro: é verdade que os arts. 1º e 2º da Lei 8.246/91 extinguiram a Fundação das Pioneiras Sociais e repassaram suas atividades para o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais. Acontece que a mencionada fundação teve sua origem, justamente, na *“incorporação da sociedade civil ‘Associação das Pioneiras Sociais’”*, nos idos de 1960 (art. 1º da Lei 3.736/60). O que isso significa? Que a lei editada em 1991 apenas restituiu à iniciativa privada o desempenho de atividades que, na origem, estavam enfeixadas em suas mãos.

ADI 1.923 / DF

privado **sem fins lucrativos**, ali igualmente contempladas, são passíveis de qualificação como organizações sociais. Daí o chamado “contrato de gestão” consistir, em linhas gerais, num **convênio**. Não exatamente num contrato de direito público, senão nominalmente.

30. Neste passo, calha invocar a doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem *“no contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes”*³. É como também ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, nesta clara dicção: os *“convênios e consórcios diferem da generalidade dos contratos administrativos porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes”*⁴. Ainda Marçal Justen Filho, a saber: *“no chamado ‘convênio administrativo’, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe”*⁵. Ora, no caso da celebração, entre Estado e organização social, de “contrato de gestão”, impossível deixar de reconhecer a presença de interesses tão recíprocos quanto convergentes. A entidade privada “contratante” tem objetivos de natureza social e finalidade não lucrativa (alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 2º da Lei 9.637/98). Objetivos e finalidades compartilhados com o Poder Público. Donde José dos Santos Carvalho Filho averbar, categórico:

“Devidamente qualificadas, as **organizações sociais** celebram com o Poder Público o que a lei denominou de **contratos de gestão**, com o objetivo de formar a parceria necessária ao fomento e à execução das atividades já mencionadas. A despeito da denominação adotada, não há

-
- 3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. atual por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408.
- 4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 635.
- 5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 641.

ADI 1.923 / DF

propriamente **contrato** nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro **convênio**, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a **objetivos de interesses comuns**. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.”⁶

31. Pois bem, da conclusão de que o “contrato de gestão” é, na verdade, um convênio, toma corpo o juízo técnico de que, em princípio, **há desnecessidade de processo licitatório para a sua celebração**. Leia-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição.

Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no caput, é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a ‘estipulação de obrigações recíprocas’ a que se refere o dispositivo.”⁷

32. Sendo assim, tenho que não viola, em linha de princípio, a Constituição Federal o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98. É que a exclusão de processo licitatório

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 339-340.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 300.

ADI 1.923 / DF

para a celebração de contrato de gestão nada mais retrata do que a verdadeira natureza convenial do ajuste. Natureza que possibilita, inclusive, a desnecessidade de proceder licitatório para a permissão de uso de bem público (§ 3º do art. 12 da Lei 9.637/98).

33. É preciso, porém, fazer a seguinte ressalva: a desnecessidade do procedimento licitatório: a) não afasta o dever da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado “contrato de gestão”; c) não afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensa a desembaraçada incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada.

34. No ponto, precisas são as palavras do então Procurador-Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, *literis*:

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

ADI 1.923 / DF

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

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

35. Se a retórica de base é a eficiência na prestação do serviço, vai mal o modelo organizado pela Lei 9.637/98. A decisão de se classificar um organismo como organização social, em decorrência do *status* diferenciado que esta nomenclatura confere à entidade, é uma deliberação marcada por todos os contornos do regime jurídico público.

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

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

ADI 1.923 / DF

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

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

(...)

41. A Lei 9.637/98 ressenete-se da falta de regras que coordenem melhor o controle desse processo de transferência. A tomada de decisão do administrador não está sujeita a nenhum critério objetivo, senão o seu juízo discricionário – ao contrário do ato de desqualificação, que, inversamente, demanda, segundo os termos do diploma examinado (art. 16, § 1º), instauração de procedimento administrativo, a representar a constituição de direitos subjetivos em proveito da organização social prestigiada.

(...)

43. A disciplina da classificação merece um cuidado maior, sem o que não se harmoniza com a Constituição da República, exatamente por propiciar, na formatação que a literalidade da norma emprega, excessiva discricionariedade do agente público que, no trato da constituição de relações jurídicas com particulares, especialmente para efeito de se pretender obter um resultado público-social, deve atender a níveis republicanos de comportamento. **Em suma, a decisão da qualificação, ou não, de uma entidade como organização social, assim como o**

ADI 1.923 / DF

processo de lhe integrar ao papel estatal, ainda que pela regência especial do contrato de gestão, deve atender a juízos racionais do agente público, juízos esses que possam ser controlados pelos interessados e, em especial, pela sociedade.

(...)

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

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

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

48. O contrato de gestão, portanto, somente pode ser firmado com o personagem que tenha sido eleito após resultado de um processo público de deliberação, que constituirá o meio hábil a atender não só o princípio da isonomia, pois todos devem ter mesmas chances de contratar com o Poder Público, como também aos primados da Lei 9.637/98, nos quais tanto se sustentam na procura da melhor maneira de se executar, com foco no resultado, uma tarefa de interesse social. Nas palavras de LEITE SAMPAIO, *'haverá necessidade de apuração do melhor perfil institucional por*

ADI 1.923 / DF

meio de decisão fundamentada proferida em procedimento simplificado que confira transparência à escolha e revele a prevalência do interesse público’.

(...)

54. Sob tal ordem de ideias, e em conclusão, penso que a melhor solução, para efeito de se obter grau suficiente de atendimento a princípios constitucionais, é a de, no controle concentrado, configurar-se pronunciamento que transfira a decisão política de se adotar o regime jurídico privado para o momento de deliberação sobre a possibilidade de optar-se pelo regime do contrato de gestão; **decisão essa que deve partir de um processo público, de padrões objetivos, a que se dê ampla publicidade, possibilitando que todos os interessados possam contratar com o Poder Público, que deve adotar a melhor solução para o fim de se obter o melhor cumprimento da tarefa social pretendida.**

(...)

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

35. É como penso, a partir da observação de que, salvo o que se contém no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98, todos os requisitos para a qualificação de uma pessoa jurídico-privada como organização social são de índole rigorosamente formal (registro do ato constitutivo, nos termos do inciso I do art. 2º, composição e atribuições do Conselho de Administração, conforme dicção dos arts. 3º e 4º). A patentear que não sobra mesmo espaço para decisão desataviada ou totalmente discricionária da Administração Pública. Donde a impossibilidade de se recusar o qualificativo de organização social àquelas entidades que

ADI 1.923 / DF

atendam aos pressupostos formais dos arts. 2º, 3º e 4º da Lei 9.637/98 e ainda se nivelem àquelas já contempladas com o juízo afirmativo da Administração; isto é, já formalmente qualificadas como organizações sociais.

36. Daqui se desprende a serena proposição cognitiva de que a aprovação “do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade” é de se dar na esfera da mais franca publicidade e objetiva motivação. Noutros termos, é de se proceder a um chamamento público, com regras objetivas, para que, de todas as organizações sociais com atuação na área em que pretende agir o Poder Público por modo emparceirado com o setor privado, seja convocada aquela de maior aptidão para vitalizar a atividade que, em princípio, demandaria atuação estatal por sua exclusiva conta e risco. Sem contrato ou convênio com quem quer que seja, portanto. É como propõem Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira, na exposição de motivos do anteprojeto de lei que versa, justamente, sobre a formulação do que eles designam por “contrato público de colaboração”. Confira-se:

“O principal objetivo do modelo normativo adotado pelo anteprojeto é o de estabelecer, como exigência prévia à celebração do contrato, a realização de procedimento público sob a denominação de *chamamento público*, corrigindo-se falha hoje existente na legislação que disciplina os ajustes da Administração Pública com os referidos entes. O objetivo é o de permitir o amplo e prévio controle de todas as contratações, pela adoção de um método transparente de escolha do contratado e de determinação do conteúdo do contrato. **O chamamento público não é um processo de licitação – e, por isso, não segue o regime legal desta, que não foi concebido para a formatação de contratos de colaboração – mas se inspira em princípios de algum modo semelhantes. Deveras, o processo será realizado em consonância com os princípios legais e constitucionais da Administração Pública,**

ADI 1.923 / DF**especialmente publicidade, isonomia e motivação.**

Ao instituir essa exigência geral de procedimentalização para a celebração dos contratos de colaboração, o anteprojeto tomou o cuidado de não amarrar a ação administrativa a um modelo processual fixo, que poderia inviabilizar a ação administrativa eficiente. A solução jurídica adotada – compatível com a necessidade de flexibilidade – foi a de impor, às entidades administrativas, o dever de, previamente a qualquer contratação, editar normas definindo suas condições e detalhando os procedimentos a serem adotados.” (grifo nosso)

37. Ora, acrescento, outro não é o comando constitucional de procedimentalização ou peculiarização do proceder licitatório das empresas estatais que explorem atividade econômica. Quero dizer: mesmo em se tratando de empresa estatal não prestadora de serviço público, mas exploradora de atividade econômica, a Constituição apenas transferiu à lei a incumbência de peculiarizar o regime de licitação que de logo impôs a todas elas. Não optou pela exclusão do processo licitatório. E não optou pela exclusão de tal proceder competitivo, em homenagem, justamente, aos princípios do art. 37 dela mesma, Constituição Federal. Leia-se o texto:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;”

ADI 1.923 / DF

38. Nesse fluxo de ideias, imperioso reconhecer a inconstitucionalidade do fraseado *“quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”*, contido no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98. E no que tange ao contrato de gestão (arts. 5º, 6º e 7º), é de explicitar, via interpretação conforme à Constituição, o que, por implicitude, já se contém no art. 7º da multicitada lei: **sem a realização de um processo público e objetivo para a celebração do contrato de gestão – não, necessariamente, de um processo licitatório –, resultariam inobservados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e isonomia.**

39. Por igual, a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública se estende à execução do contrato. Execução que *“será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada”* (art. 8º). **Mas uma fiscalização em paralelo: a) àquela que já faz parte das competências constitucionais do Ministério Público e dos Tribunais de Contas; b) àquela exercida pelos próprios cidadãos, como corolário do princípio da publicidade (inciso XXXIII do art. 5º e § 3º do art. 37, ambos da CF).** Sem que isso encontre obstáculo nos arts. 8º a 10, menos ainda no inciso X do art. 4º, todos da Lei 9.637/98.

40. Passo agora à análise das alegações de que seriam inconstitucionais os incisos V, VII e VIII do art. 4º, o inciso II do art. 7º e o art. 14, todos da Lei 9.637/98. Inconstitucionalidade consistente em que os salários dos dirigentes e empregados da organização social, embora pagos com recursos públicos, não seriam fixados nem atualizados por lei. Também assim a contratação de pessoal, que seria discricionária pelo fato da não-realização de concurso público. Ademais, haveria *“fraude à Constituição, mediante a descaracterização do ente público com o qual mantém o servidor a relação estatutária, atribuindo-se ao ente privado a capacidade não apenas de fixar remuneração, sem a necessária aprovação de lei própria, mas também a possibilidade de que este acréscimo não seja integrado ao patrimônio jurídico do servidor, para efeitos do cálculo dos proventos da inatividade”*.

ADI 1.923 / DF

41. Nesse novo desafio temático, tenho que os incisos V, VII e VIII do art. 4º e o inciso II do art. 7º, ambos da Lei 9.637/98, não padecem do vício maior da inconstitucionalidade. É que as organizações sociais, ainda que eventualmente habilitadas a empregar recursos públicos, **não se caracterizam jamais como parcela da Administração Pública**. Seus diretores e empregados não são servidores ou empregados públicos. Consequentemente, não se lhes aplica o disposto nos incisos II e X do art. 37 da Constituição Federal. Noutras palavras, mesmo sujeitas a procedimento impessoal na seleção dos empregados⁸ e na fixação dos respectivos salários, não há que se falar em concurso público, ou remuneração fixada por lei.⁹ Já no tocante aos servidores públicos cedidos na forma do art. 14 da Lei 9.637/98, a situação é oposta. É aplicável – aqui, sim – o inciso X do art. 37 da Magna Carta, segundo o qual *“a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica”*. Sendo assim, toda a retribuição pecuniária paga pelo trabalho dos servidores públicos, mesmo que cedidos, é de ser prevista em lei (ainda que o ônus desse pagamento recaia sobre o órgão ou entidade cessionários). Logo, inconstitucional é o § 1º do art. 14 da Lei 9.637/98, atinente a cessão especial *“com ônus para a origem”*, na parte em que permite a pessoa jurídica privada pagar vantagem pecuniária a servidor público, sem que lei específica o autorize.¹⁰ Mais: a parte final do § 2º do mesmo artigo prevê o pagamento

8 Procedimento similar àquele que o § 4º do art. 198 da Constituição Federal exige para a admissão, pelos gestores locais do SUS, dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias, ou seja, um *“processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação”*.

9 O mesmo raciocínio se aplica ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. As obras, serviços, compras e alienações das organizações sociais não se sujeitam à licitação. **O que se lhes aplica é um procedimento objetivo serviente dos mencionados princípios constitucionais da Administração Pública**. Razão de ser, aliás, do inciso VIII do art. 4º e do art. 17, ambos da Lei 9.637/98.

10 Importante realçar que os servidores públicos cedidos a organizações sociais continuam a auferir todas as vantagens do cargo público que ocupam, ainda que passem a integrar quadro em extinção. E não se diga que vantagens pagas pela organização social se justificariam pela eventual ausência de reajuste dos vencimentos desses servidores (afinal, o

ADI 1.923 / DF

de “*adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*” com recursos públicos, o que, além de ofender o inciso X do art. 37 da Constituição Federal, vulnera o § 1º de seu art. 169. Pelo que julgo inconstitucional a expressão “*com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*”, contida no § 2º do art. 14 da Lei 9.637/98. Consequentemente, e por ficar vedado o pagamento, pela organização social, de qualquer vantagem pecuniária a servidor público cedido, perde sua razão de ser o § 1º do mesmo art. 14 (inconstitucionalidade por reverberação normativa).

42. Por fim, não posso deixar de propor a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade **dos arts. 18 a 22 da Lei 9.637/98**. É que a lei vigora há mais de doze anos e este Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de liminar. Nesse período, várias entidades públicas (federais, estaduais e municipais) foram extintas, repassando-se para organizações sociais a prestação das respectivas atividades. A Lei 9.637/98 assim procedeu, ela própria, quanto ao Laboratório Nacional de Luz Síncrona e à Fundação Roquette Pinto. Dessa forma, tendo em vista razões de segurança jurídica, não é de se exigir a desconstituição da situação de fato que adquiriu contornos de extratificação. As organizações sociais que “absorveram” atividades de entidades públicas extintas até a data deste julgamento não de continuar prestando os

Poder Público não teria interesse em valorizar um quadro em extinção). Tome-se como exemplo os servidores da extinta Fundação Roquette Pinto: dentre os objetivos da Medida Provisória 479, de 30 de dezembro de 2009, está o de “*permitir que os servidores da extinta Fundação Roquette Pinto, cedidos para a Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP e para o Governo do Estado do Maranhão e do Rio de Janeiro ou ainda outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal, independentemente da ocupação de cargos ou funções comissionadas, possam receber a gratificação de desempenho de atividade a que fazem jus em função dos planos de cargos a que pertencem – Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA ou Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte – GDPGTAS ou a Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – GDPGPE. Também é incluído o art. 23-A na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, para assegurar a esses servidores todos os direitos e vantagens, inclusive o pagamento de gratificação de produtividade ou de desempenho, sem alteração de cargo ou de tabela remuneratória.*”

ADI 1.923 / DF

respectivos serviços. Sem prejuízo, claro, da obrigatoriedade de o Poder Público, ao final dos vigentes contratos de gestão, instaurar processo público e objetivo (não, necessariamente, licitação, nos termos da Lei 8.666/93) para as novas avenças.

43. Ante o exposto, voto pela **procedência parcial** desta ação direta. Isto para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.637/98: a) o fraseado “*quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social*”, contido no inciso II do art. 2º; b) a expressão “*com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*”, contida no § 2º do art. 14; c) os arts 18, 19, 20, 21 e 22, com a modulação proposta no parágrafo anterior. Interpreto ainda, “conforme à Constituição” os arts. 5º, 6º e 7º da Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, para deles afastar qualquer interpretação excludente da realização de um peculiar proceder competitivo público e objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como “organização social”; b) a celebração do impropriamente chamado “contrato de gestão”.

É como voto.

31/03/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

| | |
|---------------------------|---|
| RELATOR | : MIN. AYRES BRITTO |
| REDATOR DO ACÓRDÃO | : MIN. LUIZ FUX |
| REQTE.(S) | : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT |
| ADV.(A/S) | : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES |
| REQTE.(S) | : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT |
| ADV.(A/S) | : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO |
| INTDO.(A/S) | : PRESIDENTE DA REPÚBLICA |
| INTDO.(A/S) | : CONGRESSO NACIONAL |
| INTDO.(A/S) | : SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA |
| INTDO.(A/S) | : ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS |
| ADV.(A/S) | : BELISÁRIO DOS SANTOS JR. |
| INTDO.(A/S) | : SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR |
| ADV.(A/S) | : LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S) |

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, essa matéria relativa ao terceiro setor é uma matéria em que não há paz nem na doutrina, nem na jurisprudência. Algo análogo aqui na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refere-se às privatizações, que também não é o caso específico da criação das organizações sociais.

De sorte que, com a vênia dos eminentes Colegas, eu peço vista.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADV.(A/S) : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) : SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA

INTDO.(A/S) : ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

ADV.(A/S) : BELISÁRIO DOS SANTOS JR.

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR

ADV.(A/S) : LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e Academia Brasileira de Ciências, o Dr. Rubens Naves; pelos *amici curiae* Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná - SINDSAÚDE/PR, respectivamente, o Dr. Ludimar Rafanhim e o Dr. Ari Marcelo Sólton e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 31.03.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

19/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL**VOTO - VISTA**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: O Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizaram a presente ADI postulando a declaração de inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei nº 9.637/98, que *“dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”*. Formulam, ainda, pedido de declaração de inconstitucionalidade da redação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, conferida pela Lei nº 9.648/98, prevendo a dispensa de licitação *“para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”*.

Alegam os autores, em síntese, que o regime jurídico das Organizações Sociais, instituído pelos diplomas impugnados, ao transferir responsabilidades do Poder Público para o setor privado, teria incorrido nas seguintes violações à Constituição Federal:

(i) *ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência* (CF, arts. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225): a transferência de responsabilidade pela atuação nos setores apontados, do Poder Público para os particulares, representaria burla aos deveres constitucionais de atuação da Administração Pública. A atuação privada nesses casos, segundo a Constituição, dar-se-ia apenas de modo complementar, sem substituir o Estado. A Lei das OS's, porém, na ótica dos autores da ADIN, acaba transferindo

ADI 1923 / DF

recursos, servidores e bens públicos a particulares, o que configuraria verdadeira substituição da atuação do Poder Público. Essa fraude à Constituição interfere imediatamente no regime da atividade a ser prestada: enquanto exercida pelo Poder Público, a natureza seria de *serviço público*, submetida, portanto, ao regime de direito público; quando prestada pelo particular, tal atividade seria *atividade econômica em sentido estrito*, prestada sob regime de direito privado. Deste modo, a criação das OS's configuraria apenas uma tentativa de escapar do regime jurídico de direito público;

(ii) violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (CF, arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, caput): a Lei impugnada não prevê a exigência de que o processo de qualificação das OS's seja conduzido de modo impessoal pela Administração Pública, dando margem à prática de arbitrariedades em descompasso com o princípio constitucional da impessoalidade. Além disso, o art. 3º da Lei define que a estrutura do conselho de administração das OS's deverá ser integrada por um percentual de representantes do Poder Público, como condição para o deferimento da qualificação, configurando interferência inconstitucional no domínio das associações privadas;

(iii) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175): por receberem recursos públicos, as OS's não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, porém, prevêem que tais entidades editarão *regulamentos próprios* para contratação de obras e serviços com dinheiro público. De outro lado, o art. 12, § 3º, da mesma Lei prevê que a *permissão de uso de bem público* poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação. Além disso, a Lei nº 9.648/98, em seu art. 1º, alterou a Lei nº 8.666/93 para instituir dispensa de licitação (Art. 24, XXIV) para que o Poder Público contrate a OS para a *prestação de serviços* relacionados às "*atividades contempladas no contrato de gestão*", o que quebra a lógica isonômica que preside o certame licitatório. Por fim, a própria

ADI 1923 / DF

execução das atividades da OS, através da celebração do contrato de gestão, violaria, segundo os autores, a regra constitucional de licitação para a delegação de serviços públicos (CF, art. 175, *caput*);

(iv) *ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal* (CF, art. 37, II e X, e 169): a Lei das OS's prevê que a própria entidade, como condição para a celebração de contrato de gestão, fixará, por seu Conselho de Administração, a remuneração dos membros de sua diretoria, a estrutura de seus cargos e, através de regulamento, o plano de cargos, salários e benefícios de seus empregados (art. 4º, V, VII e VIII). Caberá, ainda, ao contrato de gestão estabelecer limites e critérios para as despesas com pessoal (art. 7º, II). Tais normas desconsideram a exigência de lei formal para o regime jurídico dos servidores públicos, além de tomarem como pressuposto a desnecessidade de concurso público para a contratação de pessoal nas Organizações Sociais;

(v) *descumprimento de direitos previdenciários dos servidores* (CF, art. 40, *caput* e § 4º): na cessão de servidores públicos à OS, não caberá, segundo a Lei, a incorporação à remuneração de qualquer vantagem que àqueles venha a ser paga pela entidade privada (art. 14, § 1º). Por consequência, essas verbas não seriam levadas em conta “*para fins de cálculo dos proventos de inatividade*”, ferindo o direito à integralidade e à paridade dos inativos;

(vi) *insubmissão a controles externos* (CF, art. 70, 71 e 74): o *caput* do art. 4º da Lei, ao listar as “*atribuições privativas do conselho de administração*”, conduz à interpretação de excluir o controle do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos públicos; e

(vii) *restrição da atuação do Ministério Público* (CF, art. 129): o art. 10 da Lei, ao condicionar a determinados requisitos a atuação fiscalizadora do MP sobre as OS's – gravidade dos fatos e interesse público –, teria incorrido em inconstitucionalidade à luz do art. 129 da CF, que não toleraria restrições.

ADI 1923 / DF

Prestadas as informações pelas autoridades que editaram os atos impugnados (fls. 151 e segs.), e após a manifestação do Advogado-Geral da União (fls. 186 e segs.), o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em julgamento iniciado em 24 de junho de 1999 e concluído em 1º de agosto de 2007, indeferiu, por maioria, a medida cautelar requerida pelos autores (fls. 264 e segs.), conforme ementa assim lavrada:

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

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

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

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

4. Medida cautelar indeferida. “

(ADI 1923 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO,

ADI 1923 / DF

Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-01 PP-00078 RTJ VOL-00204-02 PP-00575)

No curso do processo, requereram ingresso no feito, em petição conjunta, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e a Academia Brasileira de Ciências, defendendo a constitucionalidade das leis impugnadas. Intervieram, ainda, o Sindicato dos Trabalhadores Públicos de Saúde no Estado de São Paulo/SINDSAÚDE/SP e o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, sustentando a invalidade do modelo institucional das Organizações Sociais, em petições que restaram juntadas por linha aos presentes autos.

Nova manifestação foi trazida aos autos pelo Advogado-Geral da União (fls. 406 e segs.), após o que se seguiu o parecer do Procurador-Geral da República à época, Exmo. Sr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, opinando pela procedência parcial do pedido (fls. 429-452) para (i) reputar imprescindível que a opção política pelo modelo de atuação pública através do contrato de gestão seja precedido de processo decisório dotado de publicidade, acessível aos interessados; (ii) afirmar a inconstitucionalidade do condicionamento da qualificação a critérios discricionários, do que decorreria a invalidade da expressão “*quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social*” constante do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98; (iii) asseverar a inconstitucionalidade da dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, porquanto incompatível com a lógica da eficiência que o próprio modelo das organizações sociais pretende promover; e (iv) ratificar a incidência, sem qualquer restrição, do exercício das atividades de controle pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União.

O eminente Min. Relator Ayres Britto, ao trazer o feito a julgamento na sessão plenária de 07 de abril de 2011, votou pela procedência parcial

ADI 1923 / DF

dos pedidos. Após afirmar que, no campo dos serviços públicos, o Estado é ator por excelência, ressaltou a existência, na Constituição Federal, de serviços públicos não exclusivos, cujo exercício pode se dar também por particulares, de modo que *“se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público”, e “se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública”*, citando como exemplos as disposições constantes dos arts. 194 – **seguridade social** –, 197, 199, §§ 1º e 2º – **saúde** –, 202, *caput* e § 3º – **previdência privada** –, 205, 209, *caput*, 213, *caput* e §§ 1º e 2º – **educação** –, 216, §1º – **cultura** –, 218, *caput* e § 4º – **desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológicas** –, dentre outros.

Na sequência, asseverou o Min. Relator que, no campo dos serviços públicos não exclusivos, a atuação da iniciativa privada ocorreria de modo complementar, sem substituir a ação do poder público. Disso decorreria a inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98, eis que, ao extinguirem entidades públicas e determinarem a absorção de suas atividades por organizações sociais, configurariam verdadeira substituição do Estado, reservando a este o mero papel de indutor, fiscalizador e regulador, o que seria próprio apenas às atividades econômicas, e não aos serviços públicos. Entendeu o Min. Relator por modular, no ponto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservando os atos praticados até o momento com base no diploma legal.

No que pertine, por sua vez, ao modelo geral das Organizações Sociais instituído pela Lei, ressaltou o Min. Relator a circunstância de o contrato de gestão, com a típica natureza de convênio, configurar forma de parceria entre o Estado e os particulares, de modo que, através do repasse de recursos e bens públicos, estaria aquele fomentando a atuação de particulares em áreas dotadas de relevância pública. A natureza de convênio, ainda, afastaria a pecha de inconstitucionalidade com relação às dispensas de licitação previstas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no

ADI 1923 / DF

art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, desde que observados, invariavelmente, os princípios da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, através de um processo público e objetivo para a qualificação das entidades e para as parcerias a serem firmadas, razão pela qual conferiu interpretação conforme aos referidos dispositivos e, ainda, aos arts. 5º, 6º e 7º da Lei, resguardando, em todas as hipóteses, o controle do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União à luz da Constituição.

Afirmou, nessa mesma linha, a inconstitucionalidade da expressão *“quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”* constante do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98, porquanto, ao conferir competência discricionária ao Poder Executivo, mostrar-se-ia incompatível com a objetividade que deve presidir o procedimento de qualificação. Por fim, após considerar que, por não serem funcionários públicos, aos empregados permanentes das Organizações Sociais não seriam aplicáveis os princípios da legalidade na remuneração e do concurso para admissão, reputou inconstitucional a expressão *“com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”*, constante do § 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98, e, por consequência, o § 1º do mesmo dispositivo, na medida em que, com relação aos servidores públicos cedidos às entidades privadas, não seria possível o pagamento de qualquer verba, ainda que privada, sem previsão em lei.

Feito o relato do ocorrido até o momento, passo a votar.

A solução das questões suscitadas na inicial da presente ação depende de uma profunda reflexão sobre a moldura constitucionalmente fixada para a atuação dos poderes públicos em campos sensíveis como saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, referidos no art. 1º da Lei nº 9.637/98, todos muito caros ao projeto coletivo de condução da República Federativa do Brasil rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I). E ainda

ADI 1923 / DF

que os olhos sejam postos na relevância de que se revestem tais atividades, é preciso que se enxergue o tema sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos.

É preciso, em outras palavras, identificar o que é constitucionalmente exigido, imposto de forma invariável, e, de outro lado, aquilo que é constitucionalmente deixado à escolha das maiorias políticas prevalecentes, para que possam moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante. Com efeito, ao mesmo tempo em que a Constituição exerce o papel de tutelar consensos mínimos, as suas normas tem de ser interpretadas de modo a viabilizar que, no campo permitido por suas balizas, sejam postos em prática projetos políticos divergentes, como fruto do pluralismo político que marca a sociedade brasileira (CF, art. 1º, V).

Firmadas essas premissas teóricas, deve-se analisar o modo como o texto constitucional alude ao tema em exame na presente ação. Com efeito, a Constituição, quando se refere aos setores de cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), afirma que tais atividades *são deveres do Estado e da Sociedade*. Faz o mesmo, em termos não idênticos, em relação à saúde (CF, art. 199, *caput*) e à educação (CF, art. 209, *caput*), afirmando, ao lado do dever de o Estado de atuar, que tais atividades são “*livres à iniciativa privada*”.

Referidos setores de atuação do Poder Público são denominados, na teoria do direito administrativo econômico, *serviços públicos sociais*¹, em

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 711; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 181.

ADI 1923 / DF

contraposição aos típicos serviços públicos industriais, como se passa com o fornecimento de energia elétrica ou com os serviços de telecomunicações. Por força das disposições constitucionais antes mencionadas, o regime jurídico de tal gênero de atividades, quanto à titularidade, configura o que a doutrina contemporânea tem denominado de serviços públicos *compartidos*², serviços públicos *não privativos*³, ou serviços públicos *não exclusivos*⁴: poder público e iniciativa privada podem, simultaneamente, exercê-las por direito próprio, porquanto de titularidade de ambos. Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão, mencionados no art. 175, *caput*, da CF.

Se exercidas tais atividades *pelo Poder Público*, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos. Quando prestadas, ao contrário, diretamente *pelos particulares*, a qualificação de tais atividades está sujeita a polêmica no terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de *serviço público*, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo. Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de *atividade econômica em sentido estrito*, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como *atividade econômica de interesse*

2 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 180 e segs.

3 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 123; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 666.

4 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública*, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 264.

ADI 1923 / DF

público, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos.

Esta Corte Suprema já se posicionou sobre o tema, afirmando que os serviços de educação, exemplo típico de serviço público social e não privativo, ainda quando prestados pelo particular por direito próprio, configuram *serviços públicos*, aderindo, portanto, à primeira corrente mencionada acima. Confira-se o precedente, relatado pelo Min. Eros Grau:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do art. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.”

(ADI 1266, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 23-09-2005 PP-00006 EMENT VOL-02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36)

Essas considerações tornam, em primeiro lugar, inaplicável ao caso o art. 175 da Constituição, que prevê a *delegação* de serviços públicos por permissão ou concessão, sempre condicionada à licitação. Ora, essa regra geral, dirigida aos serviços públicos exclusivos ou privativos – como energia elétrica ou telecomunicações (CF, art. 21, XI e XII, ‘b’) –, não pode

ADI 1923 / DF

suprimir o âmbito normativo das diversas regras específicas, previstas também na Constituição, com relação às atividades definidas como serviços públicos não privativos. Os dois regimes jurídicos não podem ser confundidos. E é por força de tais regras específicas – arts. 199, 209, 215, 217, 218 e 225, todos da CF –, que o particular atua por direito próprio nessas searas, sendo totalmente descabida a exigência de licitação para que, repita-se, o particular possa fazer justamente aquilo que sempre lhe era lícito executar, por serem “*livres à iniciativa privada*” e/ou “*deveres da Sociedade*”, respeitadas as balizas que a própria Constituição já impõe quanto ao conteúdo material do regime jurídico dessas atividades.

Em suma, portanto, do próprio regime jurídico constitucional de tais atividades se extrai que as Organizações Sociais, quando se dirigem “*ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*” (art. 1º, *caput*, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema *de fomento, de incentivo* a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. E é nesse ponto da concretização da atividade de fomento que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial.

Antes, porém, cabe analisar, a alegação de que a Lei das Organizações Sociais representaria um abandono, pelo Poder Público, de seus deveres constitucionais de atuação nos setores elencados no art. 1º da Lei. Não é isto o que ocorre, na realidade. Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma *direta* ou

ADI 1923 / DF

indireta, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto⁵: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral. Foi com base nisso que, principalmente no curso do século passado, preponderou a intervenção direta do Estado em diversos

5 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*, In: *Direito administrativo econômico*, (coord.) Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 74: “O fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática que doutrinária, o intervencionismo estatal direto do indireto. Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta. Desde o momento em que se abandonou a perspectiva liberal do Estado Gendarme tivemos a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico. Cuidou-se, é bom frisar, de uma necessidade do próprio desenvolvimento capitalista, num momento em que o incensado mercado não dispunha nem de capacidade financeira, nem de escala organizacional para prover infra-estrutura, bens ou serviços essenciais para o avanço das condições de acumulação capitalista. É neste contexto que os serviços de geração e distribuição de energia, a estruturação de toda a plataforma de telecomunicações, o saneamento básico, a rede de transportes e mesmo os setores de capital intensivo (como petróleo e siderurgia) são assumidos pelo Estado. Porém, paralelamente a este intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervencionismo estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia”.

ADI 1923 / DF

setores sociais, como consequência dos ideais que circundavam a noção de Estado Social.

Mais recentemente, porém, o modelo atual de Estado, diante das exigências formais do regime jurídico público tradicional e do agigantamento do aparelho estrutural administrativo, muitas vezes tem se inclinado para a atuação indireta, por regulação, indução e através do fomento público (art. 174, *caput*, da CF, que dispõe de forma genérica sobre a regulação, a fiscalização, o incentivo e o planejamento estatais no âmbito das atividades econômicas). Sinal claro dessa tendência consiste nos programas de privatização e de desestatização, que povoaram o Brasil na década de noventa, e na crescente relevância atribuída pela legislação às denominadas agências reguladoras, cujo modelo institucional já recebeu a chancela desta Corte Suprema no julgamento das ADIs nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, e nº 1.949-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Assim, nos dois momentos, o que resultou foi a vontade preponderante manifestada nos canais democráticos, sem que a Constituição fosse lida como a cristalização de um modelo único e engessado a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico e social⁶. E é justamente dessa forma, optando pelo fomento acompanhado de uma regulação intensa, que os serviços públicos sociais ainda continuarão a ser efetivados pelo Estado brasileiro após a vigência da Lei nº 9.637/98 – e como de fato vêm sendo –, através da colaboração *público-privado*.

6 Exemplo de leitura excessivamente abrangente da Constituição, capaz de sufocar o espaço que deveria ser deixado aos agentes eleitos, consiste na denominada *Era Lochner* no direito constitucional norte-americano. Tal momento histórico foi caracterizado por uma postura interpretativa da Suprema Corte americana no sentido de valorizar ao mais alto grau a liberdade de contratar, invalidando diversas leis que pretenderam intervir em setores da economia. O precedente que conferiu denominação a tal período, *Lochner v. New York*, foi julgado em 1905, tendo a doutrina ali manifestada vigorado até o ano de 1937, com a decisão proferida em *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

ADI 1923 / DF

Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a *contrario sensu* – “*é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos*”) e educação (CF, art. 213 – “*Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades*”), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais.

Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da *proporção* entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – *a prestação dos serviços sociais* – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

Do ponto de vista conceitual, o fomento é a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais⁷. Diogo de Figueiredo Moreira

7 SOUTO, Marco Juruena Villela. *Fomento do desenvolvimento regional*, In: *Direito administrativo estadual*, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 196; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 202-203: “Gaspar Ariño Ortiz enfatiza a concepção do *Estado financiador*, concentrado na

ADI 1923 / DF

Neto, ao tratar do tema, afirma que “o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado”⁸, porquanto fortemente calcada na efetivação do *princípio da consensualidade* e da *participação* no direito administrativo.

A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento *consensual* que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da *consensualidade* e pela *participação dos administrados*. Além disso, a regulação ainda incidirá da forma tradicional, pela imposição de deveres definidos em leis ou atos infralegais, tal como decidido por este STF acerca da educação, mesmo quando desempenhada por particulares, na acima citada ADI nº 1.266, Rel. Min. Eros Grau, mitigando a predominância do princípio da livre iniciativa pela possibilidade de incidência de regulação estatal.

atividade de *fomento*, entendida como atividade de estímulo e pressão, realizada de modo não coativo, sobre os cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido a suas atuações. Para o autor, por meio de subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não obriga nem impõe; oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada a cabo. A transferência de recursos públicos a entidades privadas caracteriza-se como uma das possíveis *técnicas de fomento*. Presta-se ao menos para dois fins: a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos; e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade”.

- 8 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração pública consensual*, In: *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 45.

ADI 1923 / DF

A própria Lei nº 9.637/98 menciona expressamente o termo fomento em diversos de seus dispositivos, como se vê de seus arts. 5º, 6º, parágrafo único, e 8º, bem como diretamente da denominação da *Seção V – Do fomento às Atividades Sociais* da Lei, integrada pelos arts. 11 a 15. Não há, assim, risco de sucateamento dos setores, que, pela só previsão em lei desse marco regulatório do terceiro setor, não serão colocados à margem do controle do Estado.

Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de *forma indireta* para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a execução deste programa de ação 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.

Ademais, a lei não exige que o Estado saia de cena como um vetor necessário. Decidiu-o, é verdade, com relação a duas concretas entidades públicas mencionadas no art. 21, extinguindo-as e determinando a transferência de recursos, através de contratos de gestão a serem firmados à época, para entidades privadas. Porém, essas decisões específicas tomadas pelo legislador não são, repita-se, uma imposição de um modelo perene de atuação do Poder Público, que pela só edição da Lei nº 9.637/98 não se vê obrigado a repeti-lo em hipóteses similares. Ao contrário, a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade.

Não há sequer como apontar, nessa linha, que aquelas duas decisões

ADI 1923 / DF

políticas específicas tomadas através da edição do art. 21 da Lei, de extinção do *Laboratório Nacional de Luz Síncrotron* e da *Fundação Roquette Pinto*, vulnerariam a Constituição. Como se viu mais acima, a moldura constitucional da atuação do Estado nos setores mencionados pela Lei permite a opção tanto pela prestação direta como pelo fomento, desde que, invariavelmente, a Administração Pública seja controlada do ponto de vista do *resultado*⁹, sendo por isso válida, em abstrato, a instituição de um marco legal definidor do regime jurídico a ser seguido no modelo de fomento. Ora, se, portanto, seria válida no futuro a escolha pela intervenção através do fomento, não há como enxergar qualquer óbice a que a Lei optasse por fazê-lo pontualmente, desde logo, com relação aos dois setores ocupados pelas referidas entidades.

Em outras palavras, cada decisão gerencial de utilização do regime do fomento através do contrato de gestão, após a edição da Lei, representa, simultaneamente, o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados. O que fez a Lei em seu art. 21, assim, foi apenas conjugar essas duas decisões em um único dispositivo, submetendo a qualificação e a celebração do contrato de gestão às demais normas do diploma legal. Assim, reputar tal dispositivo inconstitucional, com a devida vênia, seria sobremodo incoerente com a chancela do marco legal das Organizações Sociais, porquanto o fator tempo na opção política pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei, portanto – não parece ser de qualquer modo relevante para aferir a sua conformidade com a Constituição.

Afastadas a suposta afronta ao art. 175 da CF e a inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei, cabe analisar se há alguma violação ao *dever constitucional de licitar* (CF, art. 37, XXI), diante dos

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado*, In: *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 175-194.

ADI 1923 / DF

pormenores do marco legal das Organizações Sociais. Neste ponto, a argumentação desenvolvida pelos autores diz respeito (i) ao procedimento de qualificação como OS, (ii) à celebração do contrato de gestão, (iii) à prestação de serviços, nos limites do contrato de gestão já celebrado, pela OS ao Poder Público, (iv) à outorga de permissão de uso de bem público à OS e (v) às contratações de serviços pelas OS's, com terceiros, fazendo uso de dinheiro público, alegando que a ausência de licitação em cada um desses atos representaria violação à Constituição.

Em primeiro lugar, deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como *contratação* no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, *a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo*, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, conforme aponta a doutrina¹⁰ e conforme já ressaltado pelo voto do ilustre Min. Relator. Ao contrário, a qualificação consiste em uma *etapa inicial*, embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “*organização social*”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, que consiste na prestação de serviços sociais para a população. Essa prestação, mais à frente, será fomentada pelo Estado através do repasse de recursos e da cessão de pessoal e de bens, mas a etapa inicial, a condição primeira para que isso ocorra, nos termos da Lei (Art. 1º), *é a qualificação da entidade como organização social*. Assim, a qualificação como OS consiste apenas na atribuição de um título jurídico de legitimação da entidade, que passa a se habilitar a fruir, se celebrado o contrato de gestão posteriormente, de determinados benefícios.

Pelo regime da lei, os requisitos legais do inc. I do art. 2º podem ser satisfeitos por todas as associações interessadas – com a ressalva do conteúdo *discricionário* do inc. II, a seguir analisado. Assim, não há, nesta etapa de qualificação, verdadeira disputa entre os interessados, já que,

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 428.

ADI 1923 / DF

repita-se, todos que satisfizerem os requisitos poderão alcançar o mesmo título jurídico, de “*organização social*”, a ser concedido pela Administração Pública. A doutrina contemporânea tem feito uso do termo credenciamento para denominar tais casos, em que, repita-se, não incide o dever constitucional de licitar pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo *includente*, e não *excludente*.

Cabe analisar, ainda sob este prisma, o inc. II do mesmo artigo, por força do qual a conclusão do procedimento de qualificação depende de “*aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado*”. Assim, o procedimento de qualificação fica condicionado (i) à satisfação dos requisitos do inc. I e (ii) à conveniência e oportunidade do Poder Executivo.

Como não se ignora, conveniência e oportunidade são termos que atribuem ao administrador o exercício da cognominada *competência discricionária*, conferindo-lhe uma margem de concretização do interesse público à luz das particularidades de cada caso, flexibilizando sua atuação, ao menos em parte, das amarras de uma disciplina legal rigidamente pré-estabelecida¹¹.

Discrecionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da *impressoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (CF, art. 37, *caput*). Por essa via,

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 925 e segs., e em especial às pp. 928-9.

ADI 1923 / DF

informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional¹². No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais¹³.

Nesse sentido, por exemplo, já teve oportunidade de se manifestar esta Suprema Corte no julgamento da medida cautelar na ADC nº 12, posteriormente confirmada em decisão de mérito, em que se decidiu pela

12 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 372-6.

13 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 307-8: “24. A discricionariedade nasceu como um atributo do poder real absoluto, situado, como tal, em um espaço decisório *externo* ao direito. Tal noção sobreviveu historicamente após o advento do Estado de direito como uma das categorias básicas do direito administrativo: (i) primeiro, como fruto da autonomia decisória da Administração Pública, fundada na idéia de legalidade como vinculação negativa à lei; (ii) segundo, já sob a idéia de legalidade como vinculação positiva à lei, como uma espécie de margem de liberdade decisória, aberta pelo legislador ao administrador público. 25. A constitucionalização do direito ensejou uma incidência direta dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei. Assim, não há espaço decisório da Administração que seja externo ao direito, nem tampouco margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais. Portanto, não é mais correto se falar de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, senão que numa teoria de *graus de vinculação à juridicidade*. Conforme a densidade normativa incidente ao caso, pode-se dizer, assim, que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade”.

ADI 1923 / DF

constitucionalidade do ato do CNJ que vedou o nepotismo no Poder Judiciário. Afirmou-se, na essência da fundamentação do *decisum*, que o ato regulamentar do CNJ, de inegável natureza administrativa, apenas concretizava os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, e com isso reconhecendo-se a incidência direta das normas constitucionais na atividade administrativa do Estado, *verbis*:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. (...) A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art.

ADI 1923 / DF

37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. (...)”

(ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427)

Assim, o fato de o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 condicionar à discricionariedade do Poder Executivo o deferimento da qualificação não conduz à violação da Constituição. Seria de fato inconstitucional qualquer leitura, feita pelo administrador ou pelos demais intérpretes, que extraísse dessa competência administrativa um permissivo para a prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais.

Contudo, tal dispositivo só pode ser interpretado, à luz do texto constitucional, como deferindo o manuseio da discricionariedade com o respeito aos princípios que regem a administração pública, previstos no *caput* do art. 37 da CF, em especial os princípios da *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência*, dos quais decorre o dever de motivação dos atos administrativos, como elemento da necessária controlabilidade

ADI 1923 / DF

dos atos do poder público.

E mais: na realidade, o exercício da competência discricionária, *in casu*, é balizado não só pela incidência direta dos princípios constitucionais, combinado com o controle a ser exercido pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, conforme adiante será afirmado, mas também pela própria sistemática adotada pela Lei nº 9.637/98. Com efeito, a referida Lei dispõe, em seu art. 20, sobre a edição de Decreto consubstanciando o *Programa Nacional de Publicização – PNP*, “com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III - controle social das ações de forma transparente”.

Ou seja, é a própria Lei que compele o administrador a fixar, em abstrato, critérios *objetivos* em ato regulamentar para que exerça, em cada caso concreto, a competência que lhe foi deferida, com isso instituindo uma auto-limitação da Administração Pública: ao densificar em um ato regulamentar abstrato tais critérios, concretizando o que previsto na Lei, as futuras decisões da Administração deverão se reconduzir, fundamentadamente, às diretrizes fixadas. Em última análise, portanto, a sistemática da Lei, se interpretada à luz da Constituição, conduz a que a discricionariedade seja entendida como um veículo para alcançar a concretização das diretrizes instituídas no art. 20 do diploma, de modo a se reduzir drasticamente a margem de apreciação do administrador nos casos futuros, em prestígio à impessoalidade e à igualdade de tratamento¹⁴.

14 Ressalta a homogeneidade que pode resultar da previsão em atos regulamentares de critérios abstratos para o exercício de competências discricionárias a obra de ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 327.

ADI 1923 / DF

O cenário de limitação à atuação do administrador fica completo, na sistemática da Lei, pelo ato oposto ao disciplinado pelo art. 2º, de desqualificação, para cuja produção o art. 16, §1º, impõe um procedimento administrativo formal, com aplicação da garantia da ampla defesa, o que, pelo paralelismo das formas, só reforça a tese de que não há espaço para arbitrariedades da Administração no deferimento do título de “organização social” pelo procedimento de qualificação – porquanto toda atividade decisória da administração pública, quando capaz de produzir efeitos a esferas jurídicas de particulares, é necessariamente *processualizada*.

Deste modo, a qualificação, que, como dito, caberia em tese a qualquer interessado, só pode ser indeferida por critérios comprovadamente objetivos e impessoais, fixados em harmonia com o que prega o art. 20 da Lei, cuja configuração in concreto seja demonstrada por razões fundamentadas nos autos de processo administrativo, preservando-se, assim, o alerta do Procurador-Geral da República no sentido de que o procedimento de qualificação “*deve atender a juízos racionais do agente público*” (fls. 447). É este o conceito de discricionariedade que, *in casu*, deve ser extraído da Constituição, sem que de qualquer forma se configure, por essa linha, violação aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade, justamente as bases axiológicas da regra constitucional da licitação. Portanto, não há violação à Constituição pela ausência de licitação no procedimento de qualificação, já que se trata, materialmente, de atividade de credenciamento, a ser conduzido sempre com a observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

A inicial também veicula impugnação consistente na ausência de licitação para a *celebração do próprio contrato de gestão entre a entidade qualificada e o Poder Público*. Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a

ADI 1923 / DF

conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado¹⁵.

É justamente isto que se passa no contrato de gestão, em que a entidade privada, constituída para atuar sem finalidade lucrativa nas áreas elencadas no art. 1º, e o Poder Público, submetido aos deveres constitucionais de agir, *pretendem alcançar a mesma finalidade*: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia. Os interesses de ambas as partes, portanto, confluem em uma mesma direção, o que é totalmente diverso do que ocorre com a figura típica do contrato administrativo, caracterizado pela oposição de interesses. É nesse sentido que se expressa a doutrina, recusando aos contratos de gestão a natureza verdadeiramente contratual¹⁶.

Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da *impessoalidade*, expressão da isonomia (art. 5º, *caput*), e da *publicidade*, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 428.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações sociais de colaboração administrativa*, In: *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 247-8; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 198-199; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 296.

ADI 1923 / DF

1º, *caput*).

Ora, no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da Lei, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando o interesse em executar os serviços sociais. Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitere-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão. Por essa razão, que tem por base, em última análise, a incidência direta dos princípios constitucionais, que se deve acolher a lição de Alexandre Santos de Aragão, *verbis*:

“A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do Estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo. Esse fato, no entanto, apenas exclui a obrigatoriedade da licitação formal, tal como prevista nas minúcias da Lei nº 8.666/93. Nada leva, contudo, a que órgão público ‘contratante’ possa deixar de realizar um procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria.

Essa obrigatoriedade deflui dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, contemplados na Constituição Federal (arts. 37 e 70),

ADI 1923 / DF

na Lei nº 8.666/93 (art. 3º), mesmo para os casos de dispensa de licitação (art. 24, XXIV c/c art. 26, parágrafo único), e na própria Lei nº 9.637/98 (art. 7º). Não se pode confundir o fato da licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia, que violaria os princípios do Estado de Direito.

Se o Estado possui critérios objetivos de discriminação para, excluindo todas as demais entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, celebrar contrato de gestão apenas com as organizações sociais, já que estas passaram pelo respectivo processo de qualificação – daí o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 –, não há, todavia, qualquer distinção razoável que se possa fazer entre elas”¹⁷.

E isso só se confirma pela leitura do art. 7º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, que prevê que a elaboração do contrato de gestão – literalmente, apenas a *elaboração*, porém – será submetida aos “*princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: (...)*”. A mesma lógica, felizmente de modo mais abrangente, presidiu com mais intensidade a posterior edição da Lei das OSCIP’s – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Lei nº 9.790/99, que não está em análise, mas que guarda um vínculo muito íntimo de pertinência com a matéria aqui tratada, já que relativa também ao Terceiro Setor: é o que se lê do art. 4º, inc. I, que subordina as entidades, para que se *qualifiquem* como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, à “*observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência*”. Esta tendência, portanto, já deve ser extraída diretamente da Constituição, como um vetor para a definição do regime jurídico do Terceiro Setor.

Assim, embora não submetido formalmente à licitação, a *celebração do contrato de gestão* com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma *pública, impessoal e por critérios objetivos*, como consequência da

17 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748-749.

ADI 1923 / DF

incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, desde que observado o postulado da proporcionalidade¹⁸. Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de microempresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 preveem outros casos de dispensa¹⁹, em idêntica linha

18 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 493; GARCIA, Flávio Amaral. *A Lei Complementar nº 123/06 e o seu impacto nas licitações públicas*, In: *Licitações e contratos administrativos – casos e polêmicas*, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2009, p. 67-69; e FERRAZ, Luciano. *A função regulatória na licitação*, disponível em www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-agosto-2009-LucianoFerraz.pdf

19 Lei nº 8.666/93, Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (...) XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; (...) XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas

ADI 1923 / DF

ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV.

Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais²⁰.

E veja-se que é a mesma justificativa que permite concluir também pela validade do art. 12, § 3º, da Lei n 9.637/98, ao dispensar a licitação para a permissão de bens públicos para as Organizações Sociais, porquanto presente a lógica do fomento, com a função regulatória das contratações públicas.

De todo modo, nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei n 8.666/93.

Por fim, ainda no tema das licitações, cabe apreciar se as Organizações Sociais, em suas contratações com terceiros fazendo uso de verbas públicas, estão sujeitas ao dever de licitar. As organizações sociais,

técnicas, ambientais e de saúde pública.

20 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 205.

ADI 1923 / DF

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 Pública²¹. No entanto, o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do *núcleo essencial dos princípios da Administração Pública* (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca a impessoalidade.

Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às *regras* formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do *núcleo essencial dos princípios* definidos no *caput*. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado. Assim, a conciliação desses vetores leva justamente ao que dispõe o art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/98, segundo o qual o Conselho de Administração da OS deve “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”. Ou seja, embora não façam formalmente licitação, tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos²².

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 293.

22 Nesse sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 205.

ADI 1923 / DF

Desta forma, há plena conciliação do conteúdo dos princípios constitucionais com a flexibilidade inerente ao regime de direito privado, que não se harmonizaria com a submissão pura e simples ao procedimento da Lei n.º 8.666/93, reconhecidamente formal, custoso e pouco célere. Esse mesmo raciocínio já conduziu a que a Segunda Turma desta Corte, em sede cautelar, enxergasse a fumaça de bom direito na tese da validade do procedimento simplificado de licitação instituído pela Petrobrás com base na Lei n.º 9.478/97 – *embora até o momento o Pleno não tenha firmado posição sobre o tema*. Confira-se o precedente, da relatoria do Min. Gilmar Mendes:

“Ação Cautelar. 2. Efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido no Superior Tribunal de Justiça. 3. Plausibilidade jurídica do pedido. Licitações realizadas pela Petrobrás com base no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (Decreto n.º 2.745/98 e Lei n.º 9.478/97). 4. Perigo de dano irreparável. A suspensão das licitações pode inviabilizar a própria atividade da Petrobrás e comprometer o processo de exploração e distribuição de petróleo em todo o país, com reflexos imediatos para a indústria, comércio e, enfim, para toda a população. 5. Medida cautelar deferida para conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário.”

(AC 1193 MC-QO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 30-06-2006 PP-00018 EMENT VOL-02239-01 PP-00042 RTJ VOL-00205-03 PP-01084)

Ora, se é possível que uma estatal, componente da Administração Indireta, edite regulamento próprio de compras à luz dos princípios constitucionais, inclinando-se em busca da agilidade e da flexibilidade que presidem as aquisições em regime de direito privado, não parece haver motivo para que tal procedimento seja vedada no que pertinente às Organizações Sociais, que sequer integram o conceito constitucional de Administração Pública.

As razões expostas até aqui tornam mais simples a resolução das

ADI 1923 / DF

questões ainda pendentes. Com efeito, e com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, não há como vislumbrar qualquer violação, na Lei das Organizações Sociais, aos princípios constitucionais que regem a remuneração dos servidores públicos. 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. Já o procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo *impessoal e objetivo*, porém *sem os rigores do concurso público*. 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. *O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados.*

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. Os que tiverem direito, nas hipóteses restritas em que aplicáveis, às regras da paridade e da integralidade no sistema previdenciário, deverão ter como paradigma os cargos dos órgãos de origem, e não o que lhes era pago de forma transitória na organização social. E isso se impõe, ademais, porquanto não há sequer previsão para que, quanto às verbas pagas transitoriamente pelas organizações sociais, seja paga, pela Organização Social, a denominada contribuição patronal (CF, art. 149, §1º), o que seria indispensável para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial que, à luz do art. 40, *caput*, da CF, deve presidir o regime próprio de previdência dos servidores públicos.

ADI 1923 / DF

E não há qualquer inconstitucionalidade nos §§ 1º e 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98. Da interpretação conjugada de tais dispositivos extrai-se ser possível, em primeiro lugar, que a Organização Social pague, com recursos próprios, vantagens pecuniárias a servidores públicos que lhe forem cedidos; caso se trate, porém, de recursos advindos do contrato de gestão, tal pagamento apenas será válido “*na hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*” (§2º do art. 14). Em qualquer dos casos, porém, como visto, acima, “*não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social*”.

Tais disposições não ofendem a Constituição porquanto os arts. 37, X, e 169, em seu §1º, apenas condicionam ao princípio da legalidade os pagamentos feitos aos servidores públicos por entidades da *Administração Pública Direta e Indireta*, pois é isso que se extrai do caput do art. 37 (CF, Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*) e do próprio corpo do §1º do art. 169 (CF, Art. 169. § 1º *A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (...)*).

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 *autarquização* das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e de

ADI 1923 / DF

flexibilidade que inspiraram a criação do modelo.

Ao contrário do que aduzem os autores, também não há afastamento do controle do Tribunal de Contas pela Lei impugnada acerca da aplicação de recursos públicos. O termo “*privativo*”, ao tratar, no art. 4º da Lei, das competências do Conselho de Administração, diz respeito apenas à estrutura interna da organização social, sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, arts. 70, 71 e 74). Além disso, as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos. A própria Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, conforme se infere da redação dos art. 2º, I, f, art. 4º, IX e X, art. 8º, §§ 1º, 2º e 3º, art. 9º e art. 10. De outro lado, não há igualmente restrição à atuação do Ministério Público, já que o art. 10 só menciona um dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização, o que não impede, evidentemente, a atuação de ofício do *parquet* no controle da moralidade administrativa à luz dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal.

Por fim, a interferência na atuação das associações, inclusive com o percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração, é apenas um requisito para um benefício a ser obtido voluntariamente através da parceria entre o setor público e a organização social, sem que ocorra ofensa ao art. 5º, XVII e XVIII, da CF. Se não for do interesse de associações e fundações receber os benefícios decorrentes do contrato de gestão, não há qualquer obrigatoriedade de submissão às exigências formais da lei. Assim, a intervenção na estrutura da entidade é condicionada, e instituída no benefício da própria organização, que apenas se submeterá a ela se assim o desejar. Nesse sentido é a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em texto escrito sobre o regime da Medida Provisória nº 1.501/97, posteriormente convertida na Lei nº

ADI 1923 / DF

9.637/98, impugnada nesta ADI²³.

Ex positis, voto no sentido de *julgar parcialmente procedente o pedido*, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

(i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98;

(ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;

(iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;

(iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

23 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações sociais de colaboração administrativa*, In: *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 246: “Como a livre associação está garantida na Constituição (art. 5º, XVII), as entidades vocacionadas ao interesse público poderiam ser constituídas sem mais formalidades que as exigidas para quaisquer outras; a diferença, porém, oferecida pela Medida Provisória, está na possibilidade de poderem as entidades criadas com atendimentos aos requisitos nela previstos, se habilitarem à qualificação como organização social (art. 2º, da MP)”.

ADI 1923 / DF

(v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

(vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

É como voto.

19/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Vossa Excelência permite?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Claro, evidente. Estou querendo abreviar.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu não dispenso os controles externos, seja por parte do Ministério Público, seja por parte do Tribunal de Contas da União. E disse que a qualificação de uma empresa privada, ou de uma instituição privada sem fins lucrativos, como organização social há de passar por um processo seletivo, competitivo, se houver mais de um interessado, para formar uma espécie de cadastro de pessoas jurídicas interessadas em atuar emparceiradamente com o Estado. E quando da celebração do chamado "contrato de gestão", que, no fundo, é um convênio, também o Estado é obrigado a estabelecer um procedimento competitivo, embora não correspondente, classicamente, ao conceito de licitação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, se Vossa Excelência me permite, Ministro Ayres, com o seu relato, Vossa Excelência me autoriza a suprimir a leitura dos tópicos que destacou. Passo a trazer a minha contribuição pessoal para a solução desta Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

19/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Vossa Excelência me permite, na linha do seu pensamento?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Claro.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - A Constituição, quando cuida das empresas estatais, não as exploradoras de serviço público, mas...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Prestadoras de serviços públicos, **strictu sensu**?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não às prestadoras de serviços públicos, mas às exploradoras de atividade econômica. A Constituição fala explicitamente em licitação, mas se referindo aos princípios; quer dizer, não é uma licitação ortodoxa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Exato.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É uma licitação com peculiaridades, porque, se não houver licitação, os republicanos princípios do artigo 37 serão todos inobservados.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, mas de qualquer maneira, é possível essa aconselhação, conforme, **data maxima venia**, vou tentar sugerir no final do voto.

15/04/2015**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL****VOTO – VISTA**

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

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

ADI 1923 / DF

prever a dispensa de licitação para a contratação das organizações sociais, e a violação ao artigo 175 da Constituição, ante a delegação de serviço público sem a licitação prévia.

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

no inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Preconizou, ainda, a declaração do cabimento, sem restrições, do controle pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União.

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

prestação das atividades por eles antes exercidas.

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

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

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

sem autorização em lei específica.

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

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

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

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

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

Ressaltou ter a Lei nº 9.637/98 estabelecido um modo de fomento à

ADI 1923 / DF

prestação dos serviços não exclusivos, mediante “colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão”. Tal possibilidade não revelaria a fuga do Poder Público ao cumprimento dos deveres previstos na Constituição, tendo em vista a viabilidade de escolha, a cargo dos governantes, no exercício da democracia, da modalidade de intervenção no domínio econômico e social, direta ou indireta, com a finalidade única de satisfação do interesse público.

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

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

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

Afirmou que as contratações das organizações sociais com terceiros não estão sujeitas ao dever de licitar, porquanto não fazem parte da Administração Pública indireta e possuem natureza jurídica de direito

ADI 1923 / DF

privado. Assentou, então, a constitucionalidade do artigo 4º, inciso VIII, da Lei nº 9.637/98, a prever a possibilidade de edição de regulamento próprio de compras, à luz dos princípios constitucionais. Citou como precedente a Ação Cautelar nº 1.193, na qual a Segunda Turma do Supremo proclamou que a Petrobras, integrante da Administração Indireta, poderia realizar procedimento licitatório nos moldes simplificados.

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

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

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

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

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

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

O Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático

ADI 1923 / DF

Trabalhista – PDT pretendem ver declarada a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação conferida pela Lei nº 9.648/98.

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

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

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

Como fiz ver no voto que proferi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.034/TO, da qual fui relator, “não se pode

ADI 1923 / DF

generalizar as hipóteses de cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. A valia do instrumento, no que próprio ao campo abstrato, depende do rigor com que lhe define a pertinência”.

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

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

Passo ao mérito.

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

No Estado de Direito, o princípio democrático não é o único merecedor de deferência. Fosse assim, a Constituição seria despreciada. As regras básicas de funcionamento do Estado de Direito, das quais resultam limitações à atividade legislativa, estão estampadas, precisamente, no corpo da Lei Maior. O princípio majoritário leva, por vezes, à edição de leis desarmônicas com o próprio Direito, e a quantidade de pronunciamentos do Supremo que implicaram declaração

ADI 1923 / DF

de inconstitucionalidade, desde a promulgação da Carta de 1988, revela essa circunstância. Desse modo, o Tribunal tem a tarefa – nada singela, diga-se – de acomodar as decisões da maioria, cristalizadas na legislação oriunda do Congresso Nacional, e os princípios e regras constantes na Constituição Federal.

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

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

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

A margem de conformação do gestor da coisa pública tem fronteiras determinadas pelo Texto Constitucional e pela lei. O legislador, ao fixar as balizas para a atuação do administrador, deve respeitar o quadro normativo-constitucional. O Parlamento, a pretexto de regulamentar a

ADI 1923 / DF

atividade administrativa, não pode alterar o modelo de Estado previsto na Carta da República.

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

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

O artigo 218 da Constituição Federal, de igual modo, estatui que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

configura privatização que ultrapassa as fronteiras permitidas pela Carta de 1988.

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

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

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

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

qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: (...).

ADI 1923 / DF

Com todas as vênias ao ministro Luiz Fux, muito embora se reconheça a existência de uma margem de conformação para o legislador e para o administrador, as rigorosas balizas definidas pela Lei das Leis impedem a Administração de desobrigar-se da execução direta dos serviços públicos socialmente relevantes.

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

Prossigo em relação aos demais dispositivos impugnados.

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

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

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

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

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as

ADI 1923 / DF

obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

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

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

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

O modelo de parcerias entre Poder Público e organizações sociais foi criado com o notório propósito de permitir que a Administração atue sem a observância das rigorosas regras do regime jurídico público, em especial das normas de licitação. Não existe razão jurídica para a dispensa do certame licitatório que não seja a flexibilização do regime jurídico público.

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

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

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

Salienta a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

Por outras palavras, a ideia é de que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercer a mesma atividade que

ADI 1923 / DF

antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém, sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública. (Direito administrativo, 27ª edição, 2014, p. 582).

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

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

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

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

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

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

Portanto, não há nesse caso solução que não a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, que alterou o artigo 24 da Lei nº 8.666/93, e dos artigos 12, § 3º, e 17 da Lei nº 9.637/98, haja vista a autorização às organizações sociais para contratar, com recursos

ADI 1923 / DF

públicos, sem a observância das normas que regem a contratação pública. Quanto ao artigo 4º, inciso VIII, assento a inconstitucionalidade da expressão “procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações”, por entender que, nessa matéria, a entidade deve se submeter ao regime jurídico público.

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

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

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

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

Art. 169 [...]

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

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para

ADI 1923 / DF

atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

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

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

inclusive com a possibilidade de ultrapassar o teto constitucional.

Não é só isso. Conforme registra o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares” (*Curso de direito administrativo*, 2010, 28ª edição, p. 242).

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

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

atuação da Administração Pública.

A par desse aspecto, a gestão de recursos, servidores e bens públicos pela Administração direta e indireta está sujeita a rigoroso controle do Ministério Público e do Parlamento, auxiliado pelo Tribunal de Contas.

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

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

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

Ao arrepio desses dispositivos constitucionais, o inciso X do artigo 4º da Lei nº 9.637/98 revela ser competência privativa do Conselho de Administração “fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da

ADI 1923 / DF

entidade, com o auxílio de auditoria externa”.

O artigo 10 do aludido diploma federal, em afronta aos artigos 127 e 129 da Carta da República, restringe ainda a atuação do Ministério Público à representação dos “responsáveis pela fiscalização” nos casos em que “assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público” e houver “indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública”.

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

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

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

Quanto ao artigo 4º, inciso VIII, declaro a inconstitucionalidade da

ADI 1923 / DF

expressão “e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade”, por entender que os funcionários da entidade qualificada como organização social estão submetidos ao regime jurídico público.

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

Passo a apreciar a impugnação ao artigo 2º, inciso II, da mesma lei, segundo o qual a qualificação de uma entidade como organização social depende da “aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado”.

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

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

Tamanha margem de discricionariedade, sem balizas objetivas

ADI 1923 / DF

mínimas, abre espaço para decisões arbitrárias do administrador, a caracterizar ofensa direta aos princípios da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da moralidade administrativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

pela procedência parcial do pedido, para declarar:

(i) a inconstitucionalidade dos artigos 1^o³; 2^o, inciso II⁴; 4^o, incisos V, VII, VIII⁵; 5^o⁶; 6^o, cabeça e parágrafo único⁷; 7^o, inciso II⁸; 11 a 15⁹; 17¹⁰; 20¹¹ e 22¹² da Lei nº 9.637/98;

(ii) a inconstitucionalidade do artigo 1^o da Lei nº 9.648/98¹³, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93;

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

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

(...)

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

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

(...);

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

(...);

VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

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

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

ADI 1923 / DF

(iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X¹⁴, 9º¹⁵ e 10, cabeça¹⁶, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo – em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas – estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma.

do Poder Público e da organização social.

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

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

(...);

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

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

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

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

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

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

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

ADI 1923 / DF

Alfim, reitero o entendimento de que a invalidação das normas às quais me referi conduz à eficácia dos outros preceitos impugnados na ação direta.

É como voto.

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

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

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

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

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

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

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

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

I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;

II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;

ADI 1923 / DF

III - controle social das ações de forma transparente.

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

I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1º e 2º do art. 14;

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

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

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

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

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

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

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

ADI 1923 / DF

funções comissionados existentes nas unidades extintas.

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

(...);

‘Art. 24.’

(...);

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.’

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

(...)

X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

15 Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

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

15/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, eu quero me manifestar rapidamente exatamente pela envergadura que esse julgamento encerra sobre uma nova concepção gerencial do Estado.

Como o voto foi liberado em 2014, entendo que seria de bom alvitre que eu pudesse fazer uma rememoração muito rápida daquilo que se propôs, antes de Vossa Excelência colher. Tendo em vista o horário, Vossa Excelência pode, então, por conveniência, deliberar em que momento vamos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Prometo, Presidente, não mais utilizar a palavra, mesmo porque não me atreveria a retrucar o ministro Luiz Fux.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADV.(A/S) : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) : SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA

INTDO.(A/S) : ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

ADV.(A/S) : BELISÁRIO DOS SANTOS JR.

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR

ADV.(A/S) : LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e Academia Brasileira de Ciências, o Dr. Rubens Naves; pelos *amici curiae* Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná - SINDSAÚDE/PR, respectivamente, o Dr. Ludimar Rafanhim e o Dr. Ari Marcelo Sólton e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 31.03.2011.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Luiz Fux, julgando parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 19.05.2011.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, julgando parcialmente procedente o pedido formulado para declarar: (i) a inconstitucionalidade dos artigos 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII, VIII; 5º; 6º, cabeça e parágrafo único; 7º, inciso II; 11



a 15; 17; 20 e 22 da Lei nº 9.637/98; (ii) a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93; (iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, cabeça, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo - em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas - estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.04.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

16/04/2015**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Pleno, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, senhores estudantes presentes, na verdade foi uma pequena divergência, porque o Ministro Ayres Britto julgou a ação procedente em parte e eliminou alguns dispositivos. A diferença é que eu dei, aos dispositivos eliminados, uma interpretação conforme. Na verdade, eu não conjurei os dispositivos; dei-lhes uma interpretação conforme, porque, na essência, os dispositivos declarados inconstitucionais aduziam exatamente ao que aconteceria com determinadas entidades extintas e seu patrimônio. Basicamente isso.

Então, uma vez admitida - segundo ele - uma OS, aqueles bens, aqueles funcionários, aquele acervo passaria para a OS, que assim fosse qualificada, dentro dos critérios estabelecidos na lei especial.

Eu gostaria de destacar que, na verdade, o tema central é muito sensível, como o Ministro Marco Aurélio destacou, tanto mais, Senhor Presidente, que se hoje transformássemos todas as OS's em órgãos da Administração Pública e assumíssemos todos os empregados e serviços que as OS's prestam, o Estado brasileiro não teria condições de arcar com isso.

Por outro lado, as OS's exercem um papel social extremamente relevante, porque, na verdade, elas têm uma participação coadjuvante em serviços que não são exclusivos do Estado, e que a própria Constituição Federal admite essa coparticipação particular. Basicamente essa é a nova temática do terceiro setor.

Tão longo nós deliberamos sobre o tema, e depois pedi vista para dar essa interpretação conforme, o Professor Gustavo Binenbojm, que é constitucionalista e administrativista, escreveu um artigo muito interessante - "A era do direito administrativo como religião já era" -, referindo-se exatamente àquela cognominada "Era *Lochner*", em que

ADI 1923 / DF

houve o engessamento do Estado com o impedimento do desenvolvimento social, ciente de que o Estado não pode dar conta de tudo. Então, há hoje uma flexibilização das atividades que não são exclusivas do Estado e que não se deixam vencer pelo estigma de um Estado totalmente constitucionalizado.

Naquela oportunidade, destacamos que é um novo modelo gerencial da Administração Pública e, já na oportunidade da medida liminar, que não foi deferida contra a lei que criou as Organizações Sociais, os Ministros Gilmar Mendes e Ilmar Galvão puderam destacar os seguintes trechos (Ministro Gilmar Mendes):

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

Essa também, Senhor Presidente, é uma moderna doutrina apregoadada pelo não menos eminente e ilustre Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com quem tive a oportunidade de trabalhar na qualidade de estagiário, e que foi colega de Procuradoria do Estado do Ministro Luís Roberto Barroso. Eu fui estagiário, e Vossa Excelência já teve a honra de trabalhar como Procurador do Estado ao lado dele.

O Ministro Gilmar Mendes, ainda na oportunidade da liminar, destacou que esse novo modelo de administração gerencial - porque, na verdade, isso é um projeto de reforma gerencial do Estado, nessa constatação inequívoca de que o Estado não consegue atingir as suas finalidades se não houver essa coparticipação nessa atividade coadjuvante. Então, dizia o Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da liminar, que não foi deferida:

"Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado

ADI 1923 / DF

mais para o alcance de metas do que para a estrita observância de procedimentos. A busca da eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial."

E também, nesse mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Ilmar Galvão.

Tanto a AGU quanto a Procuradoria da República opinaram no mesmo sentido, de admitir as extensas jurídicas das OS's nessas atividades.

Senhor Presidente, eu apenas procurei manter as OS's, porque a própria liminar as manteve, subordinadas aos princípios que regem a Administração Pública. E, com isso, eu mantive a fiscalização do Ministério Público e do Tribunal de Contas, que foi essa - vamos dizer assim - uma proposta de interpretação conforme, que, no fundo, é também uma declaração parcial de inconstitucionalidade, porque há várias interpretações, e declara-se uma das interpretações inconstitucionais, e constitucional essa interpretação.

Então, eu queria pedir vênua a Vossa Excelência só para ler a ementa, porque eu acho que é autoexplicativa; ela é grande, mas é autoexplicativa, e eu vou pular onde for necessário para abreviar o tempo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fux, agradeço o esclarecimento de Vossa Excelência.

Eu fiz distribuir aos eminentes Pares cópia do resumo do último trecho do voto tanto do Ministro Ayres Britto como o de Vossa Excelência. E, no que tange ao voto de Vossa Excelência, eu pude verificar agora - aliás, ontem, já verifiquei isso - que Vossa Excelência procura tornar objetivos os procedimentos adotados para as contas e as contratações nas OS's.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Objetivos, com fiscalização pública, tudo.

Se o Plenário estiver satisfeito com o documento que Vossa

ADI 1923 / DF

Excelência distribuiu, eu até agradeço.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas sem prejuízo de Vossa Excelência... Eu acho que Vossa Excelência deve mesmo se pronunciar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Da leitura da ementa?

"1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva."

Então, há deferência aqui ao Legislativo.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que "são deveres do Estado e da Sociedade" e que são "livres à iniciativa privada", permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. 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

ADI 1923 / DF

atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, in casu, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. 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.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.” - porque essas atividades distintas podem optar por serem qualificadas como Organizações Sociais.

“9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº

ADI 1923 / DF

9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput).

14. As dispensas de licitação instituídas nos art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar

ADI 1923 / DF

critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. 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. 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.

16. 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. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a 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.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no

ADI 1923 / DF

Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.”

Então, aqui agora concluindo, eu finalizo no item 20 da minha ementa:

”20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.”

Então, essa foi a minha proposta de voto, que eu rememoro para que os eminentes Pares possam decidir de acordo com os votos-vista que foram apresentados aqui.

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, antes de Vossa Excelência fazer o intervalo, eu só gostaria de deixar claro: eu concordo com o Ministro Marco Aurélio que essa é uma das questões mais importantes que estão postas em discussão aqui e eu não estou, no entanto, participando da discussão, porque o Ministro Carlos Ayres já votou. E confirmei com o Ministro Marco Aurélio, que era o nosso decano em exercício ontem, que a regra e a liturgia é a de que quem não tem voto também não tem voz. Por esta razão, eu não estou participando do debate, só pra não parecer que eu estou me omitindo numa questão tão importante como esta, mas não é o caso de eu poder participar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

Com todo o respeito, penso que mesmo aqueles que não têm voto sempre têm voz assegurada em Plenário.

16/04/2015**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. A petição inicial, em longa fundamentação, provoca reflexões sobre os mais variados aspectos da forma de colaboração público-privada entre Estado e organizações sociais. Como a Constituição é convidativa à execução, pela iniciativa privada, de atividades de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência, tecnologia e meio ambiente, às críticas de violação aos arts. 23; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208; 209; 215; 216, § 1º; e 218 da CF são destituídas de credibilidade, no meu entender. A Lei 9.637/98 apenas operou no espaço de conformação legislativa oferecido pela própria Constituição, alterando a modalidade de atuação estatal nesse âmbito, que deixou de ser direta e passou a ser indireta, por meio de ações de fomento.

2. O cerne desta ADI está em garantir, por meio da interpretação da Lei 9.637/98, que o afastamento da participação do Estado nesses aspectos da vida coletiva não signifique uma abdicação total de controle, porque isso resultaria em evidente risco de prejuízo para o erário, que, em maior ou menor medida, aporta recursos orçamentários a essas entidades.

Ora, para retirar a atenção primária dos esforços do Estado, sem prejuízo de uma atuação secundária, faz-se mister a formatação de um modelo estatal que garanta iguais oportunidades de cooperação (às entidades interessadas em colaborar) e se utilize das instituições de controle já existentes. Daí porque os pontos mais frágeis do marco legal contestado são os procedimentos (a) de qualificação como organizações sociais; (b) a celebração de contrato de gestão; (c) a contratação de obras e serviços; (d) a aquisição da autorização de uso de bem público; e (e) o recrutamento de pessoal. Esses atos são a espinha dorsal das organizações sociais. De todo modo, a sua submissão aos preceitos gerais do art. 37 da CF, além de fundamental, parece suficiente para garantir a

ADI 1923 / DF

validade do modelo.

3. De alguma forma, reproduz-se, aqui, a discussão travada no RE 789.874, quando se tratou das entidades do sistema “S” e de outros serviços sociais autônomos. Naquela oportunidade, fiz mostrar, como Relator, que há uma classificação hoje admitida na doutrina sobre as duas grandes espécies de serviços sociais autônomos:

“(...) dois tipos distintos de Serviços Sociais Autônomos:

a) aqueles aos quais foi atribuída capacidade tributária para arrecadar e gerir contribuições sociais, e que atuam em uma nova atividade criada pela iniciativa privada para o desenvolvimento de atividades do terceiro setor; e

b) aqueles cuja subsistência decorre de repasses governamentais, decorrentes de receita própria, seja em razão de fundos públicos ou de transferência de empréstimos obtidos interna ou externamente, e que são criados a partir de um órgão público preexistente, assumindo-lhe as funções e que, para sua efetiva implementação como instrumentos da atuação do Estado nesta área, devem estar acompanhados de contrato de gestão. (SCAFF, Fernando Facury. *Contrato de Gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, n. 12, ano 3, out./dez. 2001)

Na primeira classificação estão os serviços autônomos vinculados às entidades sindicais (SENAC, SENAI, SEST, SENAT, SENAR, entre outros), enquanto no segundo grupo situam-se entidades não propriamente autônomas, a exemplo de APS, APEX e ABDI. O que todas essas entidades, de ambas as classificações, têm em comum, e que me parece ser o ponto mais sensível? É que todas elas são de alguma forma financiadas por recursos públicos. No caso das entidades do sistema “S”, mediante contribuições sociais compulsórias, cobradas diretamente pelas entidades, e no segundo caso com recursos diretamente extraídos do orçamento da União. A questão toda é saber se, por serem financiadas por

ADI 1923 / DF

esses meios, por recursos públicos, haveria uma submissão automática às regras da Administração Pública.

Naquela oportunidade (RE 789.874), consignei o seguinte em meu voto:

“(…) não procede a alegação de que o só fato de serem os serviços sociais autônomos subvencionados por recursos públicos seria circunstância determinante da submissão das entidades do Sistema “S” aos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição, notadamente no que se refere à contratação de seu pessoal. Tal relação de causa e efeito, além de não prevista em lei e nem ser decorrência de norma ou princípio constitucional, jamais foi cogitada para outras entidades de direito privado que usufruem de recursos públicos, como as de utilidade pública declarada, as entidades beneficentes de assistência social e mesmo as entidades sindicais, também financiadas por contribuições compulsórias.”

E em sequência ainda registrei que:

“(…) a não obrigatoriedade de submissão das entidades do Sistema “S” aos ditames do art. 37, notadamente ao seu inciso II, da Constituição, não exime essas entidades de manter um padrão de objetividade e eficiência na contratação e nos gastos com seu pessoal. Essa exigência constitui requisito de legitimidade da aplicação dos recursos que arrecadam para a manutenção de sua finalidade social. Justamente em virtude disso, cumpre ao Tribunal de Contas da União, no exercício da sua atividade fiscalizatória, exercer controle sobre a manutenção desse padrão de legitimidade, determinando, se for o caso, as providências necessárias para coibir eventuais distorções ou irregularidades.”

4. Penso que essa situação se assemelha muito à das organizações sociais, sobre as quais estamos debatendo, e que a conclusão lá extraída se

ADI 1923 / DF

associa de alguma forma com a que foi colocada pelo exaustivo voto do Min. Fux, razão pela qual eu o acompanho, para julgar parcialmente procedente o pedido, fixando interpretação conforme às Lei 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93, de modo a exigir a observância de parâmetros mínimos de objetividade, bem como dos princípios gerais da Administração Pública, quanto (a) ao procedimento de qualificação de entidades; (b) à celebração do contrato de gestão; (c) à contratação com dispensa de licitação e outorga de permissão de uso de bem público; (d) aos contratos, subvencionados com recursos públicos, que venham a ser celebrados entre organizações sociais e terceiros; (e) à contratação de pessoal pelas organizações sociais. E também afasto qualquer interpretação que minore as competências de controle externo a serem exercidas pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União sobre a aplicação de verbas públicas por organizações sociais.

É o voto.

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, penso que essa situação se assemelha muito à das organizações sociais que nós estamos aqui debatendo, e, de alguma forma, essa é a solução que o voto exaustivo do Ministro Fux colocou.

Por isso que eu o acompanho, Senhor Presidente, com a vênica do Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Acompanha o Ministro Fux julgando também parcialmente procedente, dando interpretação conforme?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Para dar uma interpretação conforme, embora, a rigor, as providências que o Ministro Fux recomenda poderiam até eventualmente ser dispensadas, mas tem o seu efeito pedagógico. Por exemplo, a questão do controle do Tribunal de Contas é imposição expressa do art. 70, parágrafo único, da Constituição. O controle pelo Tribunal de Contas decorre diretamente do parágrafo único do art. 70, que diz:

"Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária."

O que o Ministro Fux está dizendo, corretamente, é que não se pode dar, à Lei em questão, nenhuma interpretação que limite essa norma constitucional.

De modo que eu acompanho o Ministro Fux, com a vênica do Ministro Marco Aurélio.

16/04/2015**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, o tema é extremamente sensível. Ontem, quando ouvi aqui, com toda a atenção, o voto divergente do eminente Ministro Marco Aurélio, cheguei a cogitar da possibilidade de invocar o dispositivo regimental que me autoriza a, não me sentindo habilitada, não participar de julgamento iniciado há tanto tempo nesta Suprema Corte, até porque vi que há quórum suficiente para o debate e a decisão.

Por outro lado, talvez tivesse eu de abrir divergência ao bem-lançado e profícuo voto, que examinou com profundidade a matéria, do Relator, Ministro Ayres Britto – eu o li atentamente -, ou ao voto do Ministro Fux, cujos fundamentos ainda não conhecia. Hoje acompanhei o raciocínio desenvolvido por Sua Excelência, na linha das conclusões que ontem nos havia facultado. Para abrir divergência, eu precisaria no mínimo pedir vista regimental, tamanha a complexidade, tamanha a delicadeza do tema.

Na verdade, penso eu, estamos aqui a decidir até que ponto a Constituição autoriza organizações de caráter não governamental – na verdade, integrantes do chamado Terceiro Setor – a substituir o Estado no desempenho de atividades que são próprias do Estado, inclusive consagradas no Texto Constitucional como dever do Estado, educação, saúde, enfim, e de que, em princípio, não poderia ele, a meu juízo, abrir mão. Em outras palavras, se esse discurso sobre o novo modelo gerencial de administração proposto tem, ou não, amparo na arquitetura do Estado contemplada na Constituição.

Por outro lado, também não posso esquecer - até comentava há pouco - o que todos entendemos: que a Constituição é viva, a Constituição é aquilo que o Supremo diz que é, a interpretação que confere ao Texto Constitucional. Mas tenho enorme dificuldade, Senhor Presidente, de, nesse âmbito – perdoem-me, mas seria uma terceirização

ADI 1923 / DF

da própria atividade estatal, não mais a terceirização na órbita trabalhista, da ótica do trabalho, daquele que executa o trabalho, da atividade do trabalhador, mas da atividade estatal como tal- , de superar os obstáculos que foram tão bem detalhados e tão bem enfrentados no voto divergente do eminente Ministro Marco Aurélio, ontem proferido, com amparo em especial na doutrina de Celso Antônio.

Então, pedindo todas as vênias aos que compreendem de forma diversa, com os seus respeitabilíssimos fundamentos, eu acompanho o voto divergente do Ministro Marco Aurélio.

16/04/2015**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, como já foi aqui reiterado, tenho que este é um dos julgamentos de importância talvez especial, porque diz respeito ao modelo de Administração Pública não em sua integralidade, mas num aspecto que foi muito bem colocado tanto pelo Ministro Ayres Britto, no seu voto, quanto pelo Ministro Fux, quanto ontem no voto brilhante do Ministro Marco Aurélio, sobre a constitucionalidade de possibilitar instituições privadas, denominadas Organizações Sociais, de prestação de serviço público de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

A despeito do muitíssimo bem-lançado voto de Ministro Marco Aurélio, eu peço vênia à Sua Excelência e também agora à Ministra Rosa Weber para acompanhar o voto do Ministro Luiz Fux e explicito o que seria um breve resumo do que penso.

Em primeiro lugar, a Administração Pública, desde que cumpridos os seus princípios, tem uma dinâmica que há de ser acompanhada segundo o usuário do serviço público, a sua demanda e a sua necessidade. Desde que cumpridos, reitero, os princípios constitucionais, essa possibilidade de se prestarem serviços públicos - e aqui não acredito que tenha havido abdicação da Administração Pública em favor de entidades privadas, porque em nenhum momento se tem que os serviços não serão mais prestados pelo Estado; serão prestados pelo Estado, mas, como bem assevera agora o Ministro Teori, lembrando o que já foi dito antes, a Rede Sarah, por exemplo, não substitui o Estado, que continua a prestar e a ser o titular do serviço da saúde; mas mesmo o particular pode prestar o serviço de saúde.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra, lança bem que alguns serviços, como saúde e educação, que são os exemplos normalmente lembrados, são serviços públicos prestados pelo Estado,

ADI 1923 / DF

como dever, e prestados também por particulares. E, neste caso, a diferença está em que o modelo de gestão que foi concebido desde a década de 90, e que causou muito estupor em todos nós que atuamos na Administração Pública, foi exatamente introduzir entidades que são públicas, não estatais, que é o modelo dessas organizações e que, portanto, teriam que se submeter necessariamente, como foi posto nos votos, aos princípios e regras da Administração Pública, a se saber quais delas e como seriam elas submissas a esse regime.

No voto do Ministro Carlos Britto, ele pergunta se, à iniciativa privada, seria permitida a prestação de serviços públicos e responde que sim, que há serviços públicos passíveis de prestação não estatal, serviços que, se prestados pelo setor público direta ou indiretamente, prestados pela iniciativa privada, continuarão de natureza pública.

E, no tocante às parcerias, o que se pretende, o que se buscou foi exatamente uma prestação mais eficiente, que é um dos princípios da Administração Pública, e com recursos públicos, até porque essas entidades têm também os seus limites. Há impossibilidade, por exemplo, de transformarem esses serviços em atividades econômicas. Por isso é que, no seu voto, o Ministro Carlos Britto acentuou que não haveria a privatização desses serviços e que o programa, que foi chamado Programa Nacional de Publicização, teria sido inconstitucional se fosse uma privatização no sentido de impedir ou substituir o Estado pelo particular.

E, então, ele concluiu em seu voto que o problema nem estaria no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização por parte do Estado do regime privado de gestão de pessoas, compras e contratações, mas na possibilidade de Organizações Sociais serem autorizadas e que o Estado abdicasse da prestação de serviço público - o que não poderia acontecer.

Mas, concluiu ele que, pelas coordenadas normativas:

"não enxergo inconstitucionalidade nesse mecanismo de parceria entre o Estado e os particulares. Conforme visto, a Magna Carta franqueia à iniciativa privada a prestação de vários serviços de relevância pública e

ADI 1923 / DF

permite (até mesmo determina) que o Poder Público fomente essas atividades, inclusive mediante transpasse de recursos públicos".

Por isso é que foi criado, naquela ocasião, o chamado contrato de gestão, que não era um contrato, na verdade, era muito mais um convênio, porque buscava-se uma finalidade que era comum, e que, então, com a interpretação conforme que foi oferecida, permitia que essa gestão do serviço fosse mais eficiente para o usuário, que é o alvo principal do que se pretende com o Estado - afinal, não é o homem que vive para o Estado, é o Estado que vive para o homem -, para que, então, se permitisse uma melhor prestação desse serviço, que foi o que se buscou.

Com a interpretação conforme que foi oferecida pelo Ministro Carlos Britto e, muito mais, com o voto que diverge apenas em parte do Ministro Fux, para acentuar exatamente a transparência e o controle garantidos na execução desses serviços, tenho para mim que a conclusão seria no sentido da procedência parcial com a interpretação conforme, nos termos postos pelo Ministro Fux, porque, em primeiro lugar, não considero que tenha havido a demissão, pelo Estado, dessas atividades, nem a sua abdicação. Os serviços continuam a ser titularizados; passou-se à execução de serviços por um novo modelo de gestão por essas entidades; essas entidades, a meu ver, são as chamadas públicas não estatais, elas não são consideradas inteiramente privadas - tanto não são que, por exemplo, reitero, no modelo da Rede Sarah, ela presta contas de tudo o que se faz, e faz, portanto, com essa eficiência que é buscada; não tem a liberdade que uma entidade privada tem, uma escola privada ou um hospital particular.

Cada vez mais o que se tem é exatamente a busca de uma melhor prestação do serviço, que seria garantido sem qualquer embaraço aos princípios da publicidade, da legalidade, da moralidade da Administração Pública, com ganho para o usuário do serviço público, num novo modelo de gestão que, na dinâmica dada pela interpretação da Constituição, permite-se, sem comprometimento da titularidade dos serviços pelo Estado, na forma da interpretação oferecida pelo Ministro

ADI 1923 / DF

Luiz Fux.

Por isso, Senhor Presidente, reitero as vênias, porque o voto do Ministro Marco Aurélio cala fundo, efetivamente, por tudo que se põe como princípio jurídico, e do voto da Ministra Rosa Weber, que o acompanha na divergência, mas julgo parcialmente procedente a ação, acompanhando o voto Ministro Luiz Fux.

16/04/2015**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, quando da apreciação da medida cautelar, eu votei no sentido do completo indeferimento. Mas, hoje, vejo-me numa zona de conforto em poder acompanhar o ministro Luiz Fux, porque o que Sua Excelência faz é apenas explicitar elementos que, a meu ver, já estavam admitidos, como acaba de dizer a ministra Cármen Lúcia, por exemplo, a ideia de um controle pelo Tribunal de Contas, da possibilidade de que o próprio Ministério Público fiscalize, até porque não se cogitava, creio, de um modelo indene à fiscalização. Os recursos continuam sendo recursos públicos e até orçamentários; há uma integração do sistema.

De que se cuida, basicamente, é de buscar um novo modelo de administração que possa, eventualmente, revelar-se mais eficiente do que aquele que se atinge na forma tradicional, mas sob os controles do próprio Estado.

No voto que proferi, trouxe até citações do eminente jurista e consagrado filósofo Günther Teubner, em que ele falava dessa nova fase do próprio Direito e do Direito Público e do Direito Privado. Então, ele dizia, inclusive, neste texto traduzido para o português: não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as ideias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público-privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com a ajuda de uma única classificação binária - público ou privado. Ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo estado-sociedade, refletido na divisão do Direito em Público e Privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais, reproduzindo-se por

ADI 1923 / DF

sua vez no Direito.

Em suma, é disso que se cuida e, daí, há a necessidade desse experimento.

Eu tive a oportunidade também de, num seminário em Granada realizado em homenagem ao caríssimo professor Peter Häberle, ouvir a leitura de uma palestra produzida, trazida pelo eminente professor Canotilho, em que ele dizia, exatamente, dessa transformação do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, e que revelaria, talvez, a configuração de uma verdadeira mudança de paradigma.

Eu aditaria, ainda, Presidente, que esse modelo, que já existia, de certa forma, como bem disse a ministra Cármen Lúcia, no sistema Sarah desde os anos 60, como um bem-sucedido experimento institucional, hoje vem sendo estendido a inúmeras instituições. Ainda ontem, cientistas importantes do Brasil manifestaram-se no sentido da preservação desse modelo como fundamental à autonomia dessas instituições importantes de pesquisa. Daí, a necessidade de que nós referendemos a ampliação desse agora mais ousado experimento institucional, sem perder de vista a necessidade de controle.

Eu estes dias ainda comentava que, muito recentemente, viajando pelo interior de São Paulo, tive a grata surpresa de passar por Brodowski, a cidade - como sabem - de Portinari, e lá vi uma OSCIP funcionando na casa desse notável pintor brasileiro, que permite aquela mínima estrutura de um museu de forma descentralizada, portanto, dando ensejo ao funcionamento de instituições que, talvez sob um modelo de gestão direta, tivessem dificuldade de ação e mesmo de subsistência.

Claro, o ministro Fux apontou que pode haver, sim, problemas, e para isso é preciso que haja todos os cuidados no que diz respeito à seleção, à competitividade, às entidades que poderão exercer essa atividade, essa transferência de atribuições, no que diz respeito à prestação de serviços que continuam a ser serviços de caráter público, ainda que, como disse a ministra Cármen, não diretamente estatal.

De modo que, com essas breves considerações, pedindo vênias ao ministro Marco Aurélio e agora à ministra Rosa Weber, eu me encaminho

ADI 1923 / DF

também para subscrever o belíssimo voto do eminente Relator.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Do Relator ou do Ministro Fux?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Desculpe-me, é que o ministro-relator já está há tanto tempo ausente. Desculpe-me, ministro Fux, é claro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, não fica muito diferente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não.
É que acho que até o ministro Britto era mais restritivo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Era mais restritivo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministro Britto era mais restritivo. O voto que está preponderando, até o momento, é o voto do Ministro Fux, que estabelece normas objetivas para a atuação e controle dessas OS.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência acompanha o Ministro Fux no sentido da procedência parcial com interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso.

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Peço vênia, Senhor Presidente, para acolher a proposta formulada pelo eminente Ministro LUIZ FUX e, em consequência, julgar parcialmente procedente a presente ação direta, em ordem a conferir, à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 (na redação dada pela Lei nº 9.648/98), a interpretação conforme à Constituição preconizada no douto voto do Ministro LUIZ FUX.*

É o meu voto.

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também pedindo vênia à divergência, vou acompanhar o voto do Ministro Luiz Fux.

As organizações sociais são pessoas jurídicas sem fins lucrativos de Direito Privado, mas que prestam a colaboração à Administração Pública mediante contratos de gestão. São entidades novas que emprestam flexibilidade, agilidade à prestação do serviço público, embora elas não se enquadrem naquela classificação ortodoxa do Direito Administrativo, que divide a Administração Pública em direta e indireta, elas estão, sim, na medida em que recebem recursos públicos e prestam serviços de interesse público, estão submetidas aos cânones do artigo 37 da Carta Magna, que são exatamente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

E ademais, como bem disse o Ministro Teori Zavascki, a Constituição é expressa. Numa República, como a nossa, qualquer pessoa pública ou privada, ou qualquer um indivíduo que receba dinheiro público deve prestar contas ao Tribunal de Contas respectivo.

Portanto, entendo que a solução dada para o caso pelo Ministro Fux, *data venia*, é a mais adequada, para permitir que essas instituições subsistam prestando relevante serviço público, que executam atualmente, sobretudo, porque grande parte da saúde, mesmo da educação e da pesquisa, hoje estão nas mãos dessas instituições, ou sob a responsabilidade dessas instituições, razão pela qual, como Sua Excelência o Ministro Luiz Fux, julgo parcialmente procedente a ação, dando também interpretação conforme à Constituição, nos exatos termos dados por Sua Excelência.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADV.(A/S) : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) : SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA

INTDO.(A/S) : ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

ADV.(A/S) : BELISÁRIO DOS SANTOS JR.

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR

ADV.(A/S) : LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e Academia Brasileira de Ciências, o Dr. Rubens Naves; pelos *amici curiae* Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná - SINDSAÚDE/PR, respectivamente, o Dr. Ludimar Rafanhim e o Dr. Ari Marcelo Sólton e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 31.03.2011.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Luiz Fux, julgando parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 19.05.2011.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, julgando parcialmente procedente o pedido formulado para declarar: (i) a inconstitucionalidade dos artigos 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII, VIII; 5º; 6º, cabeça e parágrafo único; 7º, inciso II; 11



a 15; 17; 20 e 22 da Lei nº 9.637/98; (ii) a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93; (iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, cabeça, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo - em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas - estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.04.2015.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes



à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral da República, Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário