

24/06/99

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.923-5 DISTRITO FEDERAL**RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO**

REQUERENTE: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADVOGADOS: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

REQUERENTE: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVOGADOS: RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E OUTROS

REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Ação que tem por objeto a Lei n° 9.637, de 15.05.98, e o inc. XXIV do art. 24 da Lei n° 8.666, de 21.06.93, com a redação dada pela Lei n° 9.648, de 27.05.98, que prevêm e regulam a qualificação de entidades de direito privado como *organizações sociais*.

Sustentam os autores, em resumo, que as normas contidas nos textos impugnados outro objetivo não tiveram senão possibilitar a transferência de atividades desenvolvidas por autarquias e fundações de direito público, dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, para entidades de direito privado, denominadas "organizações sociais", figura inédita no direito brasileiro, com formato de "entidade pública não estatal", mas mantidas com recursos públicos; processando-se a transferência mediante a extinção da entidade pública e a cessão de seu patrimônio, servidores e dotações orçamentárias à entidade privada, independentemente de processo de licitação; permanecendo, portanto,

públicas no que convém, mas privadas no que interessa à maior flexibilidade de gestão.

Após tecerem longas considerações em torno de cada dispositivo das leis indicadas, as quais serão apreciadas no voto deste Relator, passam os Autores a sustentar que, em sendo imposto à Administração Pública, na qual se incluem as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pelo sistema jurídico-constitucional vigente, entre outras injunções, a fiscalização e controle de seus atos pelo Congresso Nacional (art. 49, X); a fiscalização contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, também pelo Congresso e pelo Sistema interno de cada Poder (art. 70); a elaboração de orçamento de receita e despesa (art. 165, § 5º, I); a observância de limite de despesas com pessoal (art. 169, § 1º); a realização de concurso público para admissão de pessoal (art. 37, II); e a aquisição de bens e serviços mediante licitação pública (art. 37, XXI); do mesmo modo, na medida em que uma organização social passa a atuar na prestação de atividades públicas, por via de contrato de gestão com o Poder Público, e de forma vinculada ao Estado, tanto em razão da natureza da atividade como em virtude de sua manutenção, controle e tutela, deverá submeter-se ela aos referidos princípios e preceitos constitucionais, os quais, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, não visam apenas assegurar-lhes condições de eficiência, destinando-se,

"...também e sobretudo, a estabelecer as indispensáveis limitações que embarguem ação desatada ou descomedida dos próprios governantes, para impedir que seja gravosa quer ao interesse público, que lhes assiste curar, quer às garantias pertinentes aos administrados em suas relações com o Poder Público". De resto, esta última é a própria razão inspiradora do Estado de Direito. Então, obviamente, não lhes basta travestir-se de pessoa de direito privado para esquivar-se das contenções armadas em favor do aludido propósito. Donde, desconhecer ou menoscabar estes vetores implicaria ofensa a diretrizes fundamentais do Texto Constitucional. Assim, não seria prestante interpretação que os postergasse. Segue-se que entidades constituídas à sombra do Estado (como auxiliares suas na produção de utilidade coletiva) e que manejam recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas têm que estar submetidas a disposições cautelares, defensivas tanto da lisura e propriedade do dispêndio destes recursos, quanto dos direitos dos administrados a uma atuação impessoal e isonômica, quando das relações que com elas entretenham. Isto só é possível quando existam mecanismos de controle interno e externo, suscitados quer pelos órgãos públicos quer pelos próprios particulares, na defesa de interesses individuais ou da Sociedade."

Afirmam, ainda, que Jorge Miranda costuma chamar de fraude constitucional "a preterição dos limites materiais de primeiro grau, com observância apenas externa das regras constitucionais de competência e de forma"; e que, segundo Clémerson Merlin Clève, referida idéia, "embora vinculada em regra ao poder de reforma constitucional, é pensável também para a atividade legislativa ordinária, quando o Estado, a pretexto de exercer uma competência, desvirtua um comando constitucional, amesquinha um direito fundamental, ignorando o núcleo material protegido pelo dispositivo que o contempla".

Concluem por afirmar que, no caso em tela, a pretexto de criar nova forma de gerenciamento dos serviços públicos nas áreas de ensino, saúde, cultura, pesquisa e desenvolvimento tecnológico e proteção ao meio ambiente, o Poder Legislativo burlou, por meio de lei ordinária, os limites materiais e formais impostos em nossa ordem constitucional, descaracterizado o texto constitucional em seu alicerce conceitual, configurando-se, portanto, em face de verdadeira "mutação constitucional inconstitucional" que tenta submeter o exercício de poderes públicos a regime jurídico diverso daquele que lhe guarda a Constituição, pela via de simples criação, ainda que disfarçada pelo adjetivo "qualificação" de novo tipo jurídico não previsto no texto constitucional de 1988, não apenas fraude à Constituição, mas também desvio de poder legislativo, que, na lição de Caio Tácito, "é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação".

Ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 (ou, alternativamente, dos seus arts. 1º a 7º, 10 a 15, 17, 20, 21 e 22), do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 (redação do art. 1º da Lei nº 9.648/98) e, ainda, dos atos administrativos e de gestão praticados em decorrência dos dispositivos legais impugnados, ajuntaram os autores requerimento de medida cautelar de suspensão imediata da eficácia dos dispositivos legais sob enfoque.

Dada a complexidade da matéria, cuja exposição, pelos autores, ocupou 70 laudas, foram requisitadas informações prévias, prestadas pela Presidência do Congresso Nacional (fls. 151/184) e pela Presidência da República (fls. 186/237).

Submeto, agora, o requerimento de cautelar à apreciação do Plenário.

É o relatório.

* * * * *

dfm