



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.	: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADV.DOS.	: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES
REQTE.	: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.DOS.	: 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*". Afirmam que a lei em causa habilita "*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*". Sustentam que "*a fórmula contemplada pela Lei nº 9.637/98 busca, mais do que incentivar a participação cidadã na gestão do Estado ou assegurar o livre*



ADI 1.923 / DF

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". Daí se tratar, na 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'". Isso mediante um "modelo mal acabado de transferência de responsabilidades públicas a entes privados". Entes que, por não prescindirem da atuação subsidiária do Poder Público, consistem, na verdade, em pessoas estatais, porém despidas da "roupagem" que é própria ao regime de direito público.

4. Nessa mesma toada, 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 é de se 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 9.637/98, todos eles são inconstitucionais porque, embora pagos com



ADI 1.923 / DF

recursos públicos, os salários dos dirigentes e empregados da organização social não passam pelo crivo da lei em sentido formal (inciso X do art. 37 da CF). Também a contratação de pessoal se revela como discricionária e sem a prévia realização de concurso público (inciso II do art. 37 da CF), o que vulnera os princípios da impessoalidade 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 prescrever tarefas de supervisão e controle como funções **privativas** do conselho de administração da organização social, excluiu os controles interno e externo do Poder Público. 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 atuantes na área da saúde humana. É que seria de responsabilidade do Estado a prestação dos serviços de relevância pública de saúde, cabendo às entidades privadas uma atuação apenas complementar, *"somente para ampliar a disponibilidade de serviços na área da saúde"*. 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 transferência integral de patrimônio, recursos e de servidores para*



ADI 1.923 / DF

entidade de direito privado”, sem que haja “qualquer acréscimo à capacidade do Sistema Único de Saúde de prestar serviços à população”. O que configuraria “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 aos serviços públicos de educação (arts. 205 a 214 da CF), de proteção ao meio ambiente (art. 225 da CF) e aos patrimônios 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 alegam 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”*. 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). Mais: ao prescrever 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 disposto nos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 20, 21 e 22 da*



ADI 1.923 / DF

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 a liminar, em acórdão com 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 mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos



ADI 1.923 / DF

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, dei 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.