

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 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

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: O Partido dos Trabalhadores - PT e o Partido Democrático Trabalhista - PDT propõem ação direta em que questionam a constitucionalidade da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre: [i] a qualificação de entidades como organizações sociais, [ii] a criação do Programa Nacional de Publicização, [iii] a extinção dos órgãos e entidades que ela, a lei, menciona e [iv] a absorção de suas atividades por organizações sociais. Questionam ainda a constitucionalidade do inciso XXIV¹ do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

2. Relator do feito à época, o Ministro ILMAR GALVÃO indeferiu o pedido liminar, afirmando que os textos normativos impugnados não transferem a entidades privadas a prestação de serviços públicos, mas apenas possibilitam que o Estado estabeleça parcerias com particulares visando a maior eficiência no desempenho das atividades relacionadas no artigo 1º da Lei n. 9.637/98. O

¹ 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.

Ministro MOREIRA ALVES acompanhou integralmente o relator. Os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e NÉRI DA SILVEIRA acompanharam-no no tocante aos serviços de saúde.

3. O Ministro NELSON JOBIM acompanhou o relator, observando que a Lei n. 9.637/98 criou as organizações sociais "com o objetivo de servir de modelo de parceria entre o Estado e a sociedade na prestação de serviços de natureza social que não sejam exclusivos do Estado", possibilitando "a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta". Pedi vista dos autos para melhor exame.

4. Os requerentes questionam a constitucionalidade de preceitos cuja vigência iniciou-se em 1998. Embora longo seja já o tempo de vigência dos preceitos impugnados, tamanha e de tal ordem a sua inconstitucionalidade, como veremos a seguir, que a concessão da liminar se justifica. Inconstitucionalidade reiteradamente perniciosa e nociva, que torna corrente o *periculum in mora*.

5. Sustentam que os textos normativos impugnados violam os seguintes preceitos da Constituição do Brasil: artigo 5º, XVII e XVIII; artigo 22, XXVII; artigo 23, I, II, III, IV, VI e VII; artigo 37, II e XXI; artigo 40, I, III, 'a' a 'd' e § 4º; artigo 49, X; artigo 70; artigo 71, II, III; artigo 74, I, II, III, IV, § 1º e 2º; artigo 129, I, II, III; artigo 169, § 1º, I, II; artigo 175, *caput*; artigo 194, *caput* e parágrafo único; artigo 196; artigo 197; artigo 199, § 1º; artigo 205; artigo 206, III, IV, VI; artigo 208, I a VII, § 1º e 2º; artigo 211, § 1º; artigo 213, I, II; artigo 215, *caput*; artigo 216, I a V, e 1º; artigo 218, §§ 1º, 2º, 3º e 5º; artigo 225, § 1º, I, II, V e VII, e artigo 209.

6. O artigo 1º da Lei n. 9.637/98 autoriza o Poder Executivo a "qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas finalidades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde", atendidos os requisitos nessa mesma lei previstos.

7. Educação e saúde consubstanciam serviço público, não obstante possam ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão ou permissão. As outras atividades --- atinentes à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à cultura --- não constituem privilégio estatal, ainda que o Estado possa empreendê-las. Deva, em verdade deva empreendê-las, eis que --- mercê do dever-poder que o vincula --- o Estado pode tudo quanto deve fazer; nada mais, nada além disso. Isso pretendo enfatizar: o Estado não pode mais do quanto deva fazer; por isso tenho afirmado que pode tudo quanto deva fazer.

8. Pois o que desejo afirmar é que, independentemente de qualquer dos preceitos introduzidos no nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 9.637/98, agentes econômicos privados estavam já autorizados a, em nome próprio, explorar atividades relacionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

9. Quanto ao ensino e à saúde, repito: consubstanciam serviços públicos. Tanto os serviços de educação, quanto os atinentes à saúde, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, isto é, serviço público que pode ser prestado pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. São,

porém, sem sombra de dúvida, serviço público. O artigo 199² e o artigo 209³ da Constituição do Brasil afirmam que a assistência à saúde e o ensino são livres à iniciativa privada, isso significando que o setor privado pode prestar esses serviços públicos independentemente da outorga de concessão ou permissão pelo Estado. Reporto-me, neste passo, aos votos que proferi nas ADI's 1.007 e 1.266. Daí porque, como observei, agentes econômicos do setor privado estavam já autorizados a, em nome próprio, explorar atividades relacionadas ao ensino e à saúde. Quanto às demais atividades --- relacionadas à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à cultura --- são dever do Estado, nos termos do disposto nos artigos 215, 218 e 225 da Constituição do Brasil. Mas o setor privado pode empreendê-las, de modo que a lei de que se cuida não inova, neste sentido, o ordenamento.

10. São outras as inovações por ela trazidas. Quem prestigiasse a busca da *intenção* ou *vontade do legislador* --- método de interpretação que a nova hermenêutica despreza⁴ --- diria que essa lei, na crista do chamado *neoliberalismo*, instrumenta a redução do tamanho do Estado, na redefinição do seu papel. O legislador teria sido inspirado por uma "vontade de reforma do Estado". Sucede, para azar dos que pretendem substituir o Estado pela sociedade civil [*rectius*, pelo mercado], que essa redução e essa redefinição são incompatíveis com a Constituição do Brasil, cujos artigos 1º, 3º e 170 permanecem íntegros, sem que nenhuma emenda nela introduzida os tenha afetado. E isso de tal sorte que a sua normatividade permanece

² Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

³ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais de educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

⁴ Vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, págs. 120 e ss.

voltada à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos; à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social do trabalho, bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da justiça social.

11. Resta ver, destarte, quais as inovações efetivamente aportadas ao ordenamento de direito positivo infraconstitucional brasileiro pela Lei n. 9.637/98. Em síntese, ela [i] define requisitos para que pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, possam ser qualificadas como "organizações sociais" (arts. 1º a 4º); [ii] trata do que chama de "contrato de gestão", dispondo sobre a sua execução e fiscalização (arts. 5º a 10); [iii] dispõe sobre o "fomento às atividades sociais"(arts. 11 a 15); [iv] cuida da "desqualificação" das organizações sociais (art. 16); e [v] enuncia disposições finais e transitórias (arts. 17 a 25).

12. Os quatro primeiros artigos prestam-se a identificar as "organizações sociais", pessoas jurídicas de direito privado que celebrarão contratos de gestão com o "Poder Público". A definição de contrato de gestão como o "instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social" causa espanto. Pois a de número 9.637 é uma lei que sem sombra de dúvida muito inova a ciência do direito: seu artigo 5º define como contrato não o vínculo, mas seu instrumento... Seja como for, a celebração desse contrato de gestão com o Poder Público habilitará a organização social ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação.

13. Uma das inovações ao ordenamento jurídico aportada pela lei está em que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos móveis e imóveis com dispensa de licitação [art. 12 e parágrafos]. Para recebê-los, a organização social, como observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁵, “não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione)...”.

14. Mas não é só. É facultada ainda ao Poder Executivo a “cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem” [arts. 13 a 15]. Uma coisa nunca vista. Direi neste passo apenas isso, além de me permitir a transcrição de pequeno trecho de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁶:

“Enquanto para travar relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de ‘organização social’. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda a espécie.

⁵ Curso de Direito Administrativo, 19ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, págs. 221-2.

⁶ Ob. cit., pág. 222.

Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio)".

15. A circunstância de o art. 37, XXI, permitir seja excepcionada, nos casos previstos em lei, a exigência de licitação para a seleção dos que poderão celebrar contratos com a Administração, essa circunstância não libera o legislador para, discricionariamente, afastar o certame quando lhe aprouver. Permite-me tornar a dizer que não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. Tenho insistido em que a interpretação do direito é interpretação *do direito*, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta *textos de direito*, isoladamente, mas sim *o direito* --- a Constituição --- no seu todo⁷. Por isso, embora a Constituição autorize o legislador a excepcionar a exigência da licitação, ele o fará, se e quando o fizer, sob as vinculações que a totalidade normativa que a Constituição é impõe, especialmente a vinculação pela igualdade.

16. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais, até porque --- e isso é repetido quase que automaticamente, desde PLATÃO e ARISTÓTELES⁸ --- a igualdade consiste em dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Vale dizer: o direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir

⁷ Meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, p. 127.

⁸ - PLATÃO, Leis, VI 757; ARISTÓTELES, Política, III 9 (1280a) e Ética a Nicômano, V 6 (1131a).

tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais entre si. A questão que fica --- crucial --- está em sabermos, na dicção ainda de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁹, "que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia".

17. Tudo se torna mais claro na medida em que considerarmos o quanto afirma KELSEN¹⁰:

"os homens (assim como as circunstâncias externas) apenas podem ser considerados como iguais, ou, por outras palavras, apenas há homens iguais (ou circunstâncias externas iguais), na medida em que as desigualdades que de facto entre eles existem não sejam tomadas em consideração. Se não há que tomar em conta quaisquer desigualdades sejam elas quais forem, todos são iguais e tudo é igual".

18. E prossegue, adiante¹¹, observando que o princípio "postula não apenas um tratamento igual mas também um tratamento desigual. Por isso, tem de haver uma norma correspondente a este princípio que expressamente defina certas qualidades em relação às quais as desigualdades hão-de ser tidas em conta, afim de que as desigualdades em relação às outras qualidades possam permanecer irrelevantes, a fim de que possam haver de todo em todo, portanto, indivíduos 'iguais'. 'Iguais' são aqueles indivíduos que, em relação às qualidades assim determinadas, não são desiguais. E o poderem, de todo em todo, existir indivíduos 'iguais', é a consequência do facto

⁹ - O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.978, págs. 15/16.

¹⁰ - Ob. cit., pág. 67.

¹¹ - Idem, págs. 70/71.

de que, se não todas, pelo menos certas desigualdades não são consideradas" (grifo no original).

19. Por isso mesmo a lei --- como qualquer outro texto normativo --- pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. Procurando dar resposta à indagação a respeito de quais situações e pessoas podem ser discriminadas sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão toma como fio condutor o seguinte:

"a máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não seja possível encontrar uma razão adequada, que surja da natureza da coisa ou que, de alguma forma, seja compreensível, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada de arbitrária"¹².

20. Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando "não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível"¹³.

21. Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas,

¹² - Cf. ROBERT ALEXY, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1.986, pág. 366.

¹³ - Idem, pág. 370.

tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a "cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem". Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

22. Mas não apenas esses preceitos --- o artigo 1º da Lei n. 9.648/98 e os artigos 11 a 15 da Lei n. 9.637/98 --- são inconstitucionais. Também o são o artigo 5º --- na medida em que coloca sob um indefinido e difuso regime de "parceria" o cumprimento de função [= dever-poder] do Estado --- e o artigo 20, que prevê a criação de um "Programa Nacional de Publicização --- PNP", cujo objetivo, bem ao contrário do que o nome (com sarcasmo?) pretenderia indicar, é a privatização de funções estatais. Dessas funções não se pode demitir o Estado sem agressão ao disposto nos artigos 1º, 3º, 215, 218 e 225 da Constituição do Brasil.

23. Os preceitos veiculados pelos artigos 1º a 4º, 7º a 11 e 16 a 19 tornam-se inócuos na medida em que venham a ser liminarmente suspensos os efeitos dos artigos cuja inconstitucionalidade parece incontestável. O artigo 6º estabelece que o contrato de gestão será "elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social" --- incorporando ao direito a afirmação (pasmem!) de que o contrato, apesar de ser um "instrumento", é um acordo de vontades... E estabelece, em seqüência, que o contrato discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes...

24. Quanto ao disposto nos artigos 21 a 23, tenho-os à primeira vista como dotados de efeitos concretos, o que inviabilizaria a sua apreciação em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Examinarei essa matéria posteriormente, quando cuidarmos do mérito da presente ADI.

Assim, divergindo dos que me antecederam, com as vênias de estilo, concedo a liminar para suspender os efeitos do disposto no artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, e nos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei n. 9.637/98.