

Informativo STF

Brasília, 1º a 3 de agosto de 2007 - Nº 474.

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça.

Download deste Informativo

SUMÁRIO

Plenário

[Lei 9.637/98: Organizações Sociais - 5](#)

[Lei 9.637/98: Organizações Sociais - 6](#)

[ADI e Subsídio Mensal e Vitalício - 3](#)

[ADI e Subsídio Mensal e Vitalício - 4](#)

[ADI e Princípio do Concurso Público](#)

[Emenda Constitucional 19, de 1998 - 9](#)

[Limite de Idade para Concursos e Vício Formal](#)

[Sistema de Ensino Estadual e Vício Formal](#)

[Conselho Nacional de Justiça e Atribuições - 1](#)

[Conselho Nacional de Justiça e Atribuições - 2](#)

[Serventuários da Justiça: Regime Jurídico - 3](#)

[Efeito Vinculante e Obiter Dictum - 2](#)

1ª Turma

[Lei 10.684/2003: Extinção da Punibilidade e Aplicação da Lei Mais Benéfica - 2](#)

[Prisão Preventiva e Falta de Fundamentação](#)

[BACEN: Poder de Fiscalização e Quebra de Sigilo - 1](#)

[BACEN: Poder de Fiscalização e Quebra de Sigilo - 2](#)

2ª Turma

[Clipping do DJ](#)

Transcrições

[Lei 9.637/98: Organizações Sociais \(ADI 1923 MC/DF\)](#)

PLENÁRIO

Lei 9.637/98: Organizações Sociais - 5

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT contra a Lei 9.637/98 — que dispõe sobre a qualificação como organizações sociais de pessoas jurídicas de direito privado, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam, a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências —, e contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.648/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, sem licitação — v. Informativos 156, 421 e 454. Entendeu-se inexistir, à primeira vista, incompatibilidade da norma impugnada com CF. Quanto ao art. 1º da Lei 9.637/98, que autoriza o Poder Executivo a 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, considerou-se que a Constituição Federal não impôs ao Estado o dever de prestar tais

atividades por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impediu que elas fossem desempenhadas por entidades por ele constituídas para isso, como são as organizações sociais.

[ADI 1923 MC/DF, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, 1º. 8. 2007. \(ADI-1923\)](#)

Lei 9.637/98: Organizações Sociais - 6

O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, nesta assentada, também indeferindo a liminar, asseverou que a Lei 9.637/98 institui um programa de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado, transferindo-os para a gestão desburocratizada a cargo de entidades de caráter privado e, portanto, submetendo-os a um regime mais flexível, dinâmico e eficiente. Ressaltou que a busca da eficiência dos resultados, mediante a flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado. Registrou, ademais, que esse modelo de gestão pública tem sido adotado por diversos Estados-membros e que as experiências demonstram que a Reforma da Administração Pública tem avançado de forma promissora. Acompanharam os fundamentos acrescentados pelo Min. Gilmar Mendes os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. O Min. Eros Grau, tendo em conta a força dos fatos e da realidade trazida no voto do Min. Gilmar Mendes, mas sem aderir às razões de mérito deste, reformulou o voto proferido na sessão de 2.2.2007. Vencidos o Min. Joaquim Barbosa, que deferia a cautelar para suspender a eficácia dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei 9.637/98, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.648/98; o Min. Marco Aurélio, que também deferia a cautelar para suspender os efeitos dos artigos 1º, 5º, 11 a 15, 17 e 20 da Lei 9.637/98, bem como do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, na redação do art. 1º da Lei 9.648/98; e o Min. Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar somente com relação ao inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, na redação do art. 1º da Lei 9.648/98. Leia o inteiro teor do voto-vista do Min. Gilmar na seção Transcrições deste Informativo.

[ADI 1923 MC/DF, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, 1º. 8. 2007. \(ADI-1923\)](#)

ADI e Subsídio Mensal e Vitalício - 3

O Tribunal retomou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o art. 29-A, caput e §§ 1º, 2º e 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, incluído pela Emenda Constitucional 35/2006, que confere aos ex-Governadores do Estado que tiverem exercido o cargo em caráter permanente, subsídio mensal e vitalício idêntico ao percebido pelo Chefe do Poder Executivo, e o transfere, ao cônjuge supérstite, reduzindo-o à metade do que seria devido ao titular — v. Informativo 463. O Min. Eros Grau, em voto-vista, abriu divergência, para julgar improcedente o pedido. Reportando-se a precedentes do Tribunal, entendeu tratar-se, na espécie, de pensão especial, que não pertence ao gênero das pensões previdenciárias e dos montepios, e cuja concessão seria corriqueira. Asseverou, no ponto, inexistir, na Constituição Federal, disposição que impeça a atribuição da pensão especial de que se cuida nem a ex-Presidente da República, bem assim a atribuição de pensão como tal, por lei ou emenda à respectiva Constituição estadual, a ex-Governador de Estado. Em seguida, afastou os fundamentos utilizados pela relatora para julgar procedente o pleito. Considerou que, em razão de ex-Governador e sua viúva não serem pessoal do serviço público, e de a pensão especial não consubstanciar remuneração, os preceitos impugnados não violariam o art. 37, XIII, da CF. Afirmou, também, não haver afronta ao princípio da igualdade, visto que diversas seriam as situações dos cidadãos submetidos ao regime geral da previdência e a dos beneficiários da pensão especial, bem como as destes e as dos que exercem cargos públicos de provimento temporário por eleição ou comissionamento. Ademais, não vislumbrou ofensa ao princípio da impessoalidade, por não ter a norma em questão atribuído pensão especial a um determinado ex-Governador, mas à generalidade dos ex-Governadores do Estado. Da mesma forma, rechaçou o fundamento de desrespeito ao princípio da moralidade, haja vista que a concessão de pensões especiais em situações análogas a dos autos seria corriqueira, sem que jamais tal prática tivesse sido concebida como expressiva de desvio de poder ou de finalidade.

[ADI 3853/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1º.8.2007. \(ADI-3853\)](#)

ADI e Subsídio Mensal e Vitalício - 4

Os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso, também acompanharam a relatora para julgar procedente o pedido. Os Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso entenderam que o ato impugnado é arbitrário, porque, não correspondendo ao modelo federal, cria para o ex-Chefes do Poder Executivo estadual um benefício que não possuem os ex-Chefes do Poder Executivo federal e que não tem justificação concreta, já que apanha qualquer pessoa que tenha exercido o referido cargo. O Min. Cezar Peluso não acatou, ademais, nenhum dos precedentes invocados pelo Min. Eros Grau, em razão, sobretudo, de os casos por ele enumerados tratarem de concessões de graça intuitu personae, personalíssimas e singulares, em que considerada a situação concreta de cada contemplado. Por sua vez, o Min. Sepúlveda Pertence retirou o fundamento da vinculação de vencimentos (CF, art. 37, XIII), mas manteve o voto com a relatora. Afirmou que a ausência na Constituição Federal de instituto semelhante não seria, por si só, óbice inafastável à pensão graciosa. Reconheceu, entretanto, que esta seria ato concreto e pessoal que não poderia se transformar em norma geral e abstrata. Após, pediu vista dos autos o Min. Gilmar Mendes. Na sequência, o Tribunal, por maioria, vencido o Min. Eros Grau, deferiu a cautelar para suspender os efeitos da legislação impugnada.

[ADI 3853/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1º.8.2007. \(ADI-3853\)](#)

ADI e Princípio do Concurso Público

Por entender caracterizada a ofensa ao princípio do concurso público (CF, art. 37, II), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Cobrapol - Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Cíveis para declarar a inconstitucionalidade das expressões "servidores do quadro do Estado lotados em Distrito Policial na função de motorista policial", constantes do caput do art. 7º da Lei Complementar 37/2004, do Estado do Piauí, que dispõe sobre o Estatuto da Polícia Civil estadual e permite o aproveitamento daqueles servidores nos cargos de agente de polícia, escrivão de polícia e perito papiloscopista. Asseverou-se que, apesar de o Supremo ter abrandado a orientação de que o aproveitamento de servidores de cargos extintos em outro cargo fere a exigência de prévia aprovação em concurso público, para aceitar essa forma de investidura nas hipóteses em que há similitude entre as atribuições do cargo recém criado com as do extinto, essa similitude não teria ocorrido na espécie. Precedentes citados: ADI 2335/SC (DJU de 19.12.2003); ADI 1591/RS (DJU de 30.6.2000).

[ADI 3582/PI, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º.8.2007. \(ADI-3582\)](#)

Emenda Constitucional 19, de 1998 - 9

Em conclusão de julgamento, o Tribunal deferiu parcialmente medida liminar em ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores - PT, pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, e pelo Partido Socialista do Brasil - PSB, para suspender a vigência do art. 39, caput, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 19/98 ("A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes."), mantida sua redação original, que dispõe sobre a instituição do regime jurídico único dos servidores públicos — v. Informativos 243, 249, 274 e 420. Entendeu-se caracterizada a aparente violação ao § 2º do art. 60 da CF ("A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros."), uma vez que o Plenário da Câmara dos Deputados mantivera, em primeiro turno, a redação original do caput do art. 39, e a comissão especial, incumbida de dar nova redação à proposta de emenda constitucional, suprimira o dispositivo, colocando, em seu lugar, a norma relativa ao § 2º, que havia sido aprovada em primeiro turno. Esclareceu-se que a decisão terá efeitos ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Nelson Jobim, que indeferiam a liminar.

[ADI 2135 MC/DF, rel. orig. Min. Néri da Silveira, rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, 2.8.2006. \(ADI-2135\)](#)

Limite de Idade para Concursos e Vício Formal

Por entender usurpada a iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo para instauração

do processo legislativo em tema concernente ao provimento de cargos de servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, c), de observância obrigatória pelos Estados-membros, o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 9.717/92, de origem parlamentar, que veda o estabelecimento de limite máximo de idade para inscrição de candidatos nos concursos públicos realizados por órgãos da Administração Direta e Indireta do Estado.

[ADI 776/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2.8.2007. \(ADI-776\)](#)

Sistema de Ensino Estadual e Vício Formal

Por entender usurpada a iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo para instauração do processo legislativo em tema concernente à definição do regime jurídico dos servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, c), de observância obrigatória pelos Estados-membros, o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina para declarar a inconstitucionalidade do inciso III do art. 26; do art. 27 e seus incisos e parágrafos, e do parágrafo único do art. 85, todos da Lei Complementar estadual 170/98, de origem parlamentar, os quais dispõem sobre jornada de trabalho, distribuição de carga horária, lotação dos profissionais da educação e uso dos espaços físicos e recursos humanos e materiais do Estado e de seus Municípios na organização do Sistema de Ensino. O Tribunal não conheceu da ação direta relativamente ao art. 88 do mesmo diploma legal, que fixou prazo de 60 dias para que o Chefe do Poder Executivo remetesse à Assembléia Legislativa projeto de lei compatibilizando o Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público estadual às disposições da lei impugnada, tendo em conta que o artigo em questão tivera exaurido o seu intento com a publicação da Lei Complementar estadual 351/2006.

[ADI 1895/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2.8.2007. \(ADI-1895\)](#)

Conselho Nacional de Justiça e Atribuições - 1

O Tribunal iniciou julgamento de questão de ordem suscitada pelo Min. Sepúlveda Pertence em dois mandados de segurança, dos quais relator, impetrados contra o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que julgara improcedente Procedimento de Controle Administrativo - PCA, formulado com o objetivo de trancar procedimento disciplinar instaurado, contra o impetrante, juiz federal, no TRF da 3ª Região, para apurar supostas ilegalidades no processamento e julgamento de habeas corpus. O Min. Sepúlveda Pertence, relator, resolveu a questão de ordem no sentido de referendar a decisão de indeferimento da liminar e não conhecer da segurança. Saliou, inicialmente, a necessidade de se proceder a uma redução teleológica da alínea r do inciso I do art. 102 da CF, aditada pela EC 45/2004, que conferiu ao Supremo a competência originária para processar e julgar as ações contra o CNJ, de modo a não converter a Corte, por meio do mandado de segurança, em verdadeira instância ordinária de revisão de toda e qualquer decisão do Conselho. Asseverou, no ponto, ser preciso distinguir as deliberações do CNJ que implicam intervenção na órbita da competência ordinária confiada, em princípio, aos juízos ou tribunais submetidos ao seu controle das que traduzem a recusa de intervir. Esclareceu, quanto às primeiras, as positivas, não haver dúvida de que o CNJ se torna responsável pela eventual lesão ou ameaça de lesão a direito consequentes, submetidas ao controle jurisdicional do Supremo, como, por exemplo, as que avoquem processos disciplinares em curso nos tribunais, apliquem sanções administrativas, desconstituam ou revejam decisões deles ou lhes ordene providências, mas que, diversamente, quanto às segundas, as negativas, o Conselho não substitui por ato seu o ato ou a omissão dos tribunais, objeto da reclamação, que, por conseguinte, remanescem na esfera de competência ordinária destes.

[MS 26710 OO/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2.8.2007. \(MS-26710\)](#)

[MS 26749 OO/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2.8.2007. \(MS-26749\)](#)

Conselho Nacional de Justiça e Atribuições - 2

O relator considerou que, no caso, o CNJ, ao recusar o pedido do interessado de ordenar ao TRF que não instaurasse o processo disciplinar cogitado, nada decidira a respeito de sua instauração ou não, deixando à deliberação do órgão judicial reclamado. Ressaltou que nem mesmo a motivação da decisão negativa do CNJ vincularia o tribunal federal, que estaria livre para acolher qualquer das alegações do interessado, seja mediante decisão administrativa de não instaurar o processo disciplinar, seja, a fortiori, no exercício do

controle jurisdicional de deliberação administrativa em sentido contrário, o qual, mediante mandado de segurança, é de sua competência originária (LOMAN, art. 21, VI). Desse modo, afirmou que a ameaça de abertura do processo disciplinar, contra a qual se insurge o impetrante, continuaria imputável exclusivamente ao tribunal a que está subordinado, e que careceria o Supremo de competência originária para conhecer do pedido de mandado de segurança. Após, pediu vista dos autos o Min. Cezar Peluso.

[MS 26710 QO/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2.8.2007. \(MS-26710\)](#)

[MS 26749 QO/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2.8.2007. \(MS-26749\)](#)

Serventuários da Justiça: Regime Jurídico - 3

Por vislumbrar violação aos artigos 236, § 3º e 37, II, ambos da CF, que exigem, respectivamente, concurso público para ingresso na atividade notarial e de registro, bem como para a investidura em cargo ou emprego público, o Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Governador do Estado do Espírito Santo para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 do ADCT da Constituição estadual, que assegura, aos atuais escreventes juramentados lotados nos serviços privatizados por força do art. 236 da CF, o direito de optar, no prazo de até 120 dias, pelo regime jurídico dos servidores públicos civis do Poder Judiciário — v. Informativos 135 e 421. Julgou-se prejudicada ação relativamente aos artigos 33 e 34 do referido ADCT, em face da declaração de sua inconstitucionalidade no julgamento da ADI 417/ES (DJU de 8.5.98).

[ADI 423/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 2.8.2007. \(ADI-423\)](#)

Efeito Vinculante e Obiter Dictum - 2

O Tribunal, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que indeferira pedido de medida liminar em reclamação ajuizada pela União, na qual se sustentava que julgado do STJ — em que se entendera que a isenção concedida pela LC 70/91 às sociedades prestadoras de serviço não pode ser revogada por lei ordinária — teria ofendido a autoridade da decisão proferida por esta Corte nos autos da ADC 1/DF (DJU de 6.6.95). Alegava-se, na espécie, que a decisão proferida pelo STF na citada ADC, cujo efeito é vinculante, teria considerado a LC 70/91 como materialmente ordinária, e apenas formalmente complementar, estando legitimada, portanto, a sua revogação por meio da Lei 9.430/96 — v. Informativo 335. Reportando-se à parte dispositiva e à ementa do acórdão proferido na referida ação declaratória, entendeu-se que o Tribunal, no julgamento da ADC 1/DF, não decidira no sentido de que a LC 70/91 seria materialmente lei ordinária ou apenas formalmente complementar, e que a afirmação de que a mencionada lei complementar seria materialmente ordinária, constante dos votos do relator e do Min. Carlos Velloso, proferidos naquele julgado, caracterizara-se como obiter dictum, que não integra o dispositivo da decisão, nem se sujeita ao efeito vinculante. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello que, salientando que a referida afirmação constituía premissa essencial que conduzia à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão naquele julgamento, proviam o recurso, por entender que o alcance do efeito vinculante da decisão não está limitado a sua parte dispositiva, devendo abranger, também, os chamados “fundamentos determinantes”.

[Rcl 2475 AgR/MG, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 2.8.2007. \(Rcl-2475\)](#)

PRIMEIRA TURMA

Lei 10.684/2003: Extinção da Punibilidade e Aplicação da Lei Mais Benéfica - 2

Em conclusão de julgamento, a Turma concedeu, de ofício, habeas corpus para declarar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, e, em consequência, julgou prejudicado writ no qual condenado pela suposta prática do crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias pretendia a suspensão da pretensão punitiva do Estado, pela adesão da empresa ao REFIS em data anterior ao veto ao § 2º do art. 5º da Lei 10.684/2003, que permitia o parcelamento de débitos referentes a contribuições descontadas dos segurados e não repassadas ao INSS — v. Informativo 407. Reconheceu-se, na espécie, a prescrição retroativa com relação aos fatos ocorridos até 4 anos antes do

recebimento da denúncia, questão esta sequer ventilada pela defesa, e afastou-se, por conseguinte, o trânsito em julgado da condenação imposta ao paciente. Considerou-se o fato de haver sido aplicada ao paciente a pena de 2 anos, acrescida de metade em razão da continuidade delitiva, bem como a interposição de apelação somente pela defesa, hipótese em que a prescrição regula-se pela pena aplicada (CP, art. 110, § 1º). No ponto, ressaltou-se que caberia a Corte de origem, quando do julgamento do citado recurso, reduzir o acréscimo imposto na sentença pela continuidade delitiva, o que não ocorrera. Todavia, entendeu-se não ser o caso de determinar-se o retorno dos autos para nova dosimetria, uma vez que, removido o trânsito em julgado, inevitável o reconhecimento da prescrição intercorrente relativamente aos demais fatos imputados ao paciente. Assim, concluiu-se que a prescrição ocorrera antes mesmo da inclusão do habeas corpus em mesa para julgamento. [HC 85661/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 3.8.2007. \(HC-85661\)](#)

Prisão Preventiva e Falta de Fundamentação

Por falta de motivação idônea, a Turma deferiu habeas corpus para revogar a prisão preventiva decretada contra pronunciado pela suposta prática de homicídio simples, a fim de determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso. No caso, a custódia fundamentara-se na necessidade de resguardo da ordem pública, em razão do alegado envolvimento do paciente em homicídios anteriores, bem como na gravidade das penas cominadas aos crimes a ele imputados, a indicar a possibilidade de sua fuga do distrito da culpa. Inicialmente, salientou-se que ao mesmo tempo em que o tribunal estadual assentara inexistir embasamento para a prisão cautelar do paciente pelo seu suposto envolvimento em outros homicídios, utilizara-se de tais fatos para justificar a sua segregação em outra ação penal. Desta maneira, rejeitou-se o argumento de que o paciente representaria ameaça à ordem pública tão-somente por aqueles fatos que, anteriormente, foram reconhecidos na origem como insubsistentes para alicerçar a primeira custódia preventiva, destacando aquela Corte, inclusive, que a liberdade do paciente em nada havia prejudicado o curso da ação penal. Asseverou-se, no ponto, que a ameaça à ordem pública só pode ser aferida no contexto dos fatos. Ademais, considerou-se que o decreto impugnado não apontara circunstâncias concretas a justificar a adoção da excepcional prisão preventiva, valendo-se, da presunção de que, em liberdade, o paciente subtrair-se-ia à aplicação da lei penal, tendo em conta a pena prevista para o delito de homicídio.

[HC 90936/RS, rel. Min. Carlos Britto, 3.8.2007. \(HC-90936\)](#)

BACEN: Poder de Fiscalização e Quebra de Sigilo - 1

A Turma, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto pelo Banco Central do Brasil - BACEN em que sustentada a ofensa ao art. 5º, X, da CF, sob a alegação de que o sigilo bancário não estaria inserido na "cláusula de reserva de jurisdição", não se revestindo, pois, de caráter absoluto. Aduziu a referida autarquia que obstar suas atividades fiscalizadoras em nome do sigilo bancário implicaria sobrepor o interesse privado ao público e acobertar práticas ilícitas. Entendeu-se que o BACEN, ao articular a transgressão ao citado dispositivo constitucional, pretendia ver proclamada não a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, mas a possibilidade de ter-se a colocação, em segundo plano, sob tal ângulo, do sigilo de dados. Assim, o preceito regedor da espécie, tendo em conta o sistema da Constituição, seria o do art. 5º, XII. Asseverou-se que a regra é o sigilo de dados, somente podendo ocorrer o seu afastamento por ordem judicial e, mesmo assim, objetivando a investigação criminal com instrução processual penal. Considerou-se, por fim, que o BACEN confundira o poder de fiscalização com o de afastar sigilo de dados. A Min. Cármen Lúcia, com ressalvas quanto à fundamentação, desproveu o recurso por reputar que, no caso, não estaria vedada à aludida autarquia a autorização judicial.

[RE 461366/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 3.8.2007. \(RE-461366\)](#)

BACEN: Poder de Fiscalização e Quebra de Sigilo - 2

Vencidos os Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence que davam provimento ao recurso. Este asseverou que a espécie envolveria a incidência da Lei 4.595/64, recebida pela CF/88 como lei complementar do sistema financeiro nacional, em que prevista uma série de proibições específicas aos diretores de instituições financeiras, e que não encontrava no citado art. 5º, XII, da CF, relação com o sigilo bancário, incluindo-o, com reserva, na

proteção à privacidade, sem levá-lo, contudo, ao ponto da chamada “reserva da primeira palavra ao Judiciário”. O primeiro, por sua vez, reputando equivocada a premissa do acórdão impugnado no sentido de que não se confundiria o cidadão com o dirigente de banco, aduziu que subtrair do BACEN esse poder de polícia para saber de movimentação bancária de contas de dirigentes de instituições financeiras seria empobrecer a funcionalidade da Constituição e fragilizar o sistema por ela concebido, inclusive no plano da moralidade.

[RE 461366/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 3.8.2007. \(RE-461366\)](#)

SEGUNDA TURMA

Não houve sessão da Segunda Turma.

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	1º.8.2007	2.8.2007	19
1ª Turma	—	3.8.2007	170
2ª Turma	—	—	—

CLIPPING DO DJ

3 de agosto de 2007

ADI N. 80-PE

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ICMS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: EXAME INCIDENTAL DA CONSTITUCIONALIDADE DE OUTRA LEI. CONVÊNIO ICMS 66/88.

I. - O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade não prescindiria do exame incidental da constitucionalidade do convênio ICMS-66/1988. Ademais, após iniciado o julgamento da ação direta sobreveio mais de uma lei complementar referentemente ao ICMS. Caso de não conhecimento da ação.

II. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

ADI N. 1.454-DF

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 1.442, DE 10.05.1996, E SUAS SUCESSIVAS REEDIÇÕES. CRIAÇÃO DO CADASTRO INFORMATIVO DE CRÉDITOS NÃO QUITADOS DO SETOR PÚBLICO FEDERAL - CADIN. ARTIGOS 6º E 7º. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º RECONHECIDA, POR MAIORIA, NA SESSÃO PLENÁRIA DE 15.06.2000. MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DO ART. 7º A PARTIR DA REEDIÇÃO DO ATO IMPUGNADO SOB O NÚMERO 1.863-52, DE 26.08.1999, MANTIDA NO ATO DE CONVERSÃO NA LEI 10.522, DE 19.07.2002. DECLARAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO, QUANTO AO ART. 7º, NA SESSÃO PLENÁRIA DE 20.06.2007.

1. A criação de cadastro no âmbito da Administração Pública Federal e a simples obrigatoriedade de sua prévia consulta por parte dos órgãos e entidades que a integram não representam, por si só, impedimento à celebração dos atos previstos no art. 6º do ato normativo impugnado.

2. A alteração substancial do art. 7º promovida quando da edição da Medida Provisória 1.863-52, de 26.08.1999, depois confirmada na sua conversão na Lei 10.522, de 19.07.2002, tornou a presente ação direta prejudicada, nessa parte, por perda superveniente de objeto.

3. Ação direta parcialmente prejudicada cujo pedido, no que persiste, se julga improcedente.

* noticiado no Informativo 472

ADI N. 1.719-DF

RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU.

O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada.

Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade.

Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei.

* noticiado no Informativo 472

ADI N. 2.240-BA

RELATOR: MIN. EROS GRAU

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO — APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.

1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo.
2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos.
3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada — embora ainda não jurídica — não pode ser desconsiderada.
4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal.
5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional.
6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo.
7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção — apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.
8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.
9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação.
10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município.
11. Princípio da continuidade do Estado.
12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade
13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

* noticiado no Informativo 466

ADI N. 3.168-DF

RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. LEI 10.259/2001, ART. 10. DISPENSABILIDADE DE ADVOGADO NAS CAUSAS CÍVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DE ADVOGADO NAS CAUSAS CRIMINAIS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI 9.099/1995. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Precedentes.

Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º da Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/1995.

Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação subsidiária do art. 68, III, da Lei 9.099/1995.

Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal.

* noticiado no Informativo 430

ADI N. 3.489-SC

RELATOR: MIN. EROS GRAU

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.294, DE 22 DE JUNHO DE 2.002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE ANEXO A LOCALIDADE DE VILA ARLETE, DESMEMBRADA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS, AO MUNICÍPIO DE MONTE CARLO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO — APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.

1. A localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos, foi efetivamente integrada ao Município de Monte Carlo.

2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Monte Carlo, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos.

3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada — embora ainda não jurídica — não pode ser desconsiderada.

4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal.

5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional.

6. O desmembramento e integração da localidade de Vila Arlete objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo.

7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção — apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação.

10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município.

11. Princípio da continuidade do Estado.

12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luis Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade

13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina.

* noticiado no Informativo 466

ADI N. 3.175-AP

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Servidor público. Jornada de trabalho. Enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem. 2. Princípio da separação de poderes. 3. Vício de iniciativa. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo. 4. Precedentes. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

* noticiado no Informativo 467

ADI N. 3.679-DF

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. L. Distrital 3.787, de 02 de fevereiro de 2006, que cria, no âmbito do Distrito Federal, o sistema de MOTO-SERVICE - transporte remunerado de passageiros com uso de motocicletas: inconstitucionalidade declarada por usurpação da competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI). Precedentes: ADIn 2606, Pl., Maurício Corrêa, DJ 7.2.03; ADIn 3.136, 1.08.06, Lewandowski; ADIn 3.135, 0.08.06, Gilmar.

* noticiado no Informativo 472

MED. CAUT. EM ADI N. 3.684-DF

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

EMENTA: COMPETÊNCIA CRIMINAL. Justiça do Trabalho. Ações penais. Processo e julgamento. Jurisdição penal genérica. Inexistência. Interpretação conforme ao art. 114, incs. I, IV e IX, da CF, acrescidos pela EC nº 45/2004. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida com efeito ex tunc. O disposto no art. 114, incs. I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais.

* noticiado no Informativo 454

MED. CAUT. EM ADI N. 3.831-DF

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÃO N. 15, DE 4 DE DEZEMBRO DE 2006, DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - AFRONTA AO ART. 37, INC. XI, § 12, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. A Resolução n. 15, de 4 de dezembro de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, cuida dos percentuais definidores do teto remuneratório dos membros e servidores do Ministério Público.

2. A Resolução altera outras normas de igual natureza, anteriormente vigentes, possibilitando a) ser ultrapassado o limite máximo para a remuneração dos membros e servidores públicos do Ministério Público dos Estados até agora fixado e b) estabelecer-se novo padrão remuneratório para aqueles agentes públicos.

3. Descumprimento dos termos estabelecidos no art. 37, inc. XI, da Constituição da República pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por contrariar o limite remuneratório máximo definido constitucionalmente para os membros do Ministério Público dos Estados Federados.

4. Necessidade de saber o cidadão brasileiro a quem paga e, principalmente, quanto paga a cada qual dos agentes que compõem os quadros do Estado.

5. Possível inconstitucionalidade formal, pois a norma expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Público cuida também da alteração de percentuais a serem aproveitados na definição dos valores remuneratórios dos membros e servidores do Ministério Público dos

Estados, o que estaria a contrariar o princípio da legalidade específica para a definição dos valores a serem pagos a título de remuneração ou subsídio dos agentes públicos, previsto no art. 37, inc. X, da Constituição da República.

6. Possível não-observância dos limites de competência do Conselho Nacional do Ministério Público, que atuou sob o argumento de estar cumprindo os ditames do art. 130-A, § 2º, da Constituição da República.

7. Suspensão, a partir de agora, da eficácia da Resolução n. 15, de 4 de dezembro de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, mantendo-se a observância estrita do quanto disposto no art. 37, inc. XI e seu § 12, no art. 39, § 4º, e no art. 130-A, § 2º, todos da Constituição da República.

8. Medida cautelar deferida.

* noticiado no Informativo 452

AP N. 348-SC

RELATOR: MIN. EROS GRAU

EMENTA: AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.

A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação.

2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.

Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.

Ação Penal que se julga improcedente.

AG. REG. NA Rcl N. 2.600-SE

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Julgamento. Sentença de mérito. Oponibilidade erga omnes e força vinculante. Efeito ex tunc. Ofensa à sua autoridade.

Caracterização. Acórdão em sentido contrário, em ação rescisória. Prolação durante a vigência e nos termos de liminar expedida na ação direta de inconstitucionalidade.

Irrelevância. Eficácia retroativa da decisão de mérito da ADI. Aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Liminar concedida em reclamação, para suspender os efeitos do acórdão impugnado. Agravo improvido. Voto vencido. Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito ex tunc, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade.

* noticiado no Informativo 440

MS N. 25.270-DF

RELATOR: MIN. CARLOS BRITTO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO DE REVISÃO INTERPOSTOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (INCISO III DO ART. 288 DO RI/TCU). ACÓRDÃOS ANTIGOS DA CORTE DE CONTAS QUE NÃO CONSUBSTANCIAM "DOCUMENTOS NOVOS", DE MODO A POSSIBILITAR A IMPUGNAÇÃO RECURSAL. JULGAMENTO EM LISTA OU "POR RELAÇÃO". POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLITUDE DE DEFESA.

Acórdãos antigos do Tribunal de Contas da União não se qualificam como "documento novo",

a viabilizar o manejo do recurso de revisão, cujas hipóteses de admissibilidade são estritas. É que decisões pretéritas da própria Corte Federal de Contas, por serem públicas, não se amoldam à noção conferida por este Supremo Tribunal Federal à expressão “documento novo”, a designar aquele particularizado documento que, muito embora já existente quando da tramitação do feito, ou era ignorado pela parte ou dele essa mesma parte não pôde fazer uso.

O julgamento de recurso em lista ou “por relação” ajusta-se aos ditames do Regimento Interno do TCU e não ofende à garantia constitucional da ampla defesa, pois não obsta a que o interessado formule pedido de sustentação oral ou apresente os respectivos memoriais. Mandado de segurança indeferido.

HC N. 85.552-SP

RELATOR: MIN. CARLOS BRITTO

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENA. PERDA DOS DIAS REMIDOS NOS TERMOS DO ART. 127 DA LEP. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA. PRECEDENTES.

A figura da remição é um benefício contabilizado à medida que o apenado trabalha. Essa contabilização deve operar no subjetivismo dele, apenado, como um estímulo para persistir enquadrado em boa conduta. É dizer: à medida passo que visualiza os dias que lhe são contabilizados favoravelmente, o apenado vai-se convencendo de que não vale a pena delinquir, sob o risco de perder tudo que já acumulou.

O reconhecimento da remição da pena constitui expectativa de direito condicionada ao preenchimento dos outros requisitos legais. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 452.994 fixou o entendimento de que a falta grave acarreta a perda dos dias remidos, inexistindo ofensa ao direito adquirido e à coisa julgada.

Habeas corpus indeferido.

* noticiado no Informativo 394

HC N. 86.606-MS

RELATORA: MIN. CÂRMEN LÚCIA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva.
2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos.

A adoção do princípio do ne bis in idem pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes.

3. Habeas corpus concedido.

* noticiado no Informativo 468

HC N. 91.003-BA

RELATORA: MIN. CÂRMEN LÚCIA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DOLOSO PRATICADO POR CIVIL CONTRA A VIDA DE MILITAR DA AERONÁUTICA EM SERVIÇO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL: ART. 9º, INC. III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL MILITAR: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser constitucional o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de militar em serviço pela justiça castrense, sem a submissão destes crimes ao Tribunal do Júri, nos termos do o art. 9º, inc. III, “d”, do Código Penal Militar.

2. Habeas corpus denegado.

* noticiado no Informativo 468

HC N. 84.137-RS

RELATOR: MIN CARLOS VELLOSO

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRORROGAÇÃO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. DISPENSA OU INEXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI

8.666/93. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO: ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO: IMPOSSIBILIDADE.

I. - Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP.

II. - Conduta descrita na denúncia que se ajusta, em tese, ao tipo do art. 89 da Lei 8.666/93.

III. - A alegação de falta de justa causa para a ação penal implica o exame do conjunto probatório, o que não se admite em habeas corpus.

IV. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime.

V. - A alegação de que não há nos autos prova suficiente para a condenação importaria o reexame do conjunto probatório, o que não se admite em habeas corpus.

VI. - H.C. indeferido.

* noticiado no Informativo 405

RE N. 341.776-CE

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

EMENTA: Recurso extraordinário. 1. Responsabilidade civil do Estado. 2. Morte. Vítima que exercia atividade policial irregular, desvinculada do serviço público. 3. Nexos de causalidade não configurado. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

* noticiado no Informativo 463

Acórdãos Publicados: 738

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Lei 9.637/98: Organizações Sociais (Transcrições)

ADI 1923 MC/DF*

RELATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. EROS GRAU

VOTO-VISTA: MIN. GILMAR MENDES

A presente ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, contra a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e também contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação conferida pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

A Lei nº 9.637/1998 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. O art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93 trata da 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.

O Relator, Ministro Ilmar Galvão, votou pelo indeferimento da medida cautelar, no que foi acompanhado pelo Ministro Nelson Jobim, em voto-vista. Também votaram pelo indeferimento da liminar os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira e Sepúlveda Pertence, ainda que apenas em relação ao art. 1º da lei, quanto à possibilidade de o Estado firmar contratos de gestão com as denominadas organizações sociais para prestação de serviços públicos na área de saúde.

O Ministro Eros Grau abriu a divergência. Em voto-vista proferido em 2 de fevereiro deste

ano (2007), Eros Grau entendeu que a lei impugnada padece de “inconstitucionalidade chapada”, acentuando a violação à regra da licitação e ao princípio da igualdade. Está consignado, em seu voto, o seguinte:

“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 ‘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 ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação.

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 Mello, ‘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)...’.

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.”

Prossegue o Ministro Eros Grau em seu voto:

“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’.

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, 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.

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.”

Eros Grau então concluiu pela concessão da liminar para suspender a vigência do art. 1º da Lei nº 9.648/98, e dos arts. 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98.

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o voto de Eros Grau, com exceção dos fundamentos atinentes ao art. 1º da lei, objeto de voto de seu antecessor, o Ministro Moreira Alves.

O Ministro Ricardo Lewandowski votou no sentido de se deferir a medida cautelar apenas em relação ao art. 1º da Lei nº 9.648/98.

Pedi vista dos autos para analisar melhor o tema que, neste momento, circunscreve-se à medida cautelar. Ressalto que tal análise não abrange o art. 1º da Lei nº 9.637/98, objeto de voto proferido por meu antecessor, o Ministro Néri da Silveira.

Passo a essa análise, mas não posso deixar de lembrar, antes disso, que o julgamento desta medida cautelar iniciou-se em 24 de junho de 1999. Estamos, portanto, há exatos 8 anos imersos nesse juízo que, há muito, deixou de ser meramente cautelar. A densidade dos votos aqui proferidos o comprova.

As normas questionadas datam do ano de 1998, estando em vigor, portanto, há quase 10 anos. Estamos, como se vê, diante de um típico caso de periculum in mora inverso.

Ademais, não consigo vislumbrar a presença das inconstitucionalidades apontadas pelo requerente, pois tenho em mente as razões que demonstrarei a seguir.

I – As Organizações Sociais no contexto da Reforma do Estado no Brasil

As Organizações Sociais inserem-se num contexto de Reforma do Estado brasileiro, iniciada na década de noventa e que ainda está sendo implementada.

A Declaração de Madrid, aprovada em 14 de outubro de 1998 pelo Conselho Diretor do Centro Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento – CLAD, composto pelas máximas autoridades governamentais responsáveis pela modernização da Administração Pública e da Reforma do Estado em 25 países membros, descreve o contexto em que se insere a Reforma do Estado brasileiro, ou seja, a Reforma Gerencial dos Estados latino-americanos.

A Reforma do Estado, segundo essa declaração, tornou-se o tema central da agenda política mundial. Não se trata de uma resposta neoliberal à crise do Estado intervencionista; ou seja, a reforma não visa à redução drástica do tamanho do Estado e não prima pela predominância do mercado. Ao contrário, ela parte da constatação de que a solução para a crise do Estado não estaria no desmantelamento do aparelho estatal, mas em sua reconstrução. A Reforma Gerencial do Estado pressupõe uma modificação estrutural do aparelho estatal, não podendo ser confundida com mera implementação de novas formas de gestão. Como consta da declaração, “trata-se de construir um Estado para enfrentar os novos desafios da sociedade pós-industrial, um Estado para o século XXI, que, além de garantir o cumprimento dos contratos econômicos, deve ser forte o suficiente para assegurar os direitos sociais e a competitividade de cada país no cenário internacional. Busca-se, desse modo, uma terceira via entre o *laissez faire* neoliberal e o antigo modelo social-burocrático de intervenção estatal”.

A Reforma Gerencial do Estado não faz parte apenas da pauta político-administrativa brasileira, mas tem sido implementada em diversos países, principalmente no contexto latino-americano, com vistas a tornar a gestão pública mais ágil e flexível frente aos novos desafios de nossa sociedade complexa. Conforme a declaração de Madrid, “o modelo gerencial – de Reforma do Estado – tem como inspiração as transformações organizacionais ocorridas no setor privado, as quais têm alterado a forma burocrática-piramidal de administração, flexibilizando a gestão, diminuindo os níveis hierárquicos e, por conseguinte, aumentando a autonomia de decisão dos gerentes – daí o nome gerencial. Com estas mudanças, saiu-se de uma estrutura baseada em normas centralizadas para outra ancorada na responsabilização dos administradores, avaliados pelos resultados efetivamente produzidos. Este novo modelo busca responder mais rapidamente às grandes mudanças ambientais que acontecem na economia e na sociedade contemporâneas. (...) Em suma – afirma a declaração – ‘o governo não pode ser uma empresa, mas pode se tornar mais empresarial’, isto é, pode ser mais ágil e flexível frente às gigantescas mudanças ambientais que atingem a todas as organizações.”

No Brasil, a redefinição do papel do Estado e sua reconstrução têm importância decisiva em razão de sua incapacidade para absorver e administrar com eficiência todo o imenso peso das demandas que lhe são dirigidas, sobretudo na área social. O esgotamento do modelo estatal intervencionista, a patente ineficácia e ineficiência de uma administração pública burocrática baseada em um vetusto modelo weberiano, assim como a crise fiscal, todos observados em grande escala na segunda metade da década de oitenta, tornaram imperiosa a reconstrução do Estado brasileiro nos moldes já referidos de um Estado gerencial, capaz de resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas.

Trata-se, portanto, de uma redefinição do papel do Estado, que deixa de ser agente interventor e produtor direto de bens e serviços para se concentrar na função de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social.

Assim, a Reforma do Estado brasileiro envolveu, num primeiro momento ou numa primeira geração de reformas, alguns programas e metas, voltadas primordialmente para o mercado, tais como a abertura comercial, o ajuste fiscal, a estabilização econômica, a reforma da previdência social e a privatização de empresas estatais, criação de agências reguladoras, quase todas já implementadas, ainda que parcialmente, na década de noventa.

Uma vez eliminado o perigo hiperinflacionário e efetivada a estabilização da economia, o desafio atual está na formulação e efetivação de políticas públicas voltadas para o social, primordialmente nas áreas de saúde, moradia e educação. Constatada, no entanto, a incapacidade do aparato estatal para dar conta de todas as demandas sociais, o foco passou a ser a Reforma do Aparelho do Estado.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995)– contém os programas e metas para uma reforma destinada à

transição de “um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão”.

Dentre esses programas e metas, assume especial importância o programa de publicização, que constitui a “descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica”. Assim consta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:

“A reforma do Estado envolve múltiplos aspectos. O ajuste fiscal devolve ao Estado a capacidade de definir e implementar políticas públicas. Através da liberalização comercial, o Estado abandona a estratégia protecionista da substituição de importações. O programa de privatizações reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais. Através desse programa transfere-se para o setor privado a tarefa da produção que, em princípio, este realiza de forma mais eficiente. Finalmente, através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão de obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade.”

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, eficiência. As Organizações Sociais correspondem à implementação do Programa Nacional de Publicização-PNP e, dessa forma, constituem estratégia central da Reforma do Estado brasileiro.

II – As Organizações Sociais no contexto do Programa Nacional de Publicização-PNP da Reforma do Aparelho do Estado: a transferência ao setor público não-estatal da prestação de serviços não-exclusivos do Estado

O Projeto das Organizações Sociais, no âmbito do Programa Nacional de Publicização-PNP, foi traçado inicialmente pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que previu a elaboração de um projeto de lei que permitisse “a ‘publicização’ dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal”. Assim, segundo o Plano Diretor, “o Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do Poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal”.

Os contornos jurídicos das Organizações Sociais foram delimitados no referido Plano Diretor, da seguinte forma:

“Entende-se por ‘organizações sociais’ as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária. As organizações sociais terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas as condições descritas em lei específica como, por exemplo, a forma de composição de seus conselhos de administração, prevenindo-se, deste modo, a privatização ou a feudalização dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários, podendo obter outros ingressos através da prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc. As entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa, e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se através das

organizações sociais uma maior participação social, na medida em que elas são objeto de um controle direto da sociedade através de seus conselhos de administração recrutado no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor mas significativa dos custos dos serviços prestados. A transformação dos serviços não-exclusivos estatais em organizações sociais se dará de forma voluntária, a partir da iniciativa dos respectivos ministros, através de um Programa Nacional de Publicização. Terão prioridade os hospitais, as universidades e escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus. A operacionalização do programa será feita por um Conselho Nacional de Publicização, de caráter ministerial.”

As Organizações Sociais, portanto, traduzem um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade para a consecução de interesses públicos comuns, com ampla participação da comunidade. De produtor direto de bens e serviços públicos o Estado passa a constituir o fomentador das atividades publicizadas, exercendo, ainda, um controle estratégico de resultados dessas atividades. O contrato de gestão constitui o instrumento de fixação e controle de metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados à sociedade. Ademais, as Organizações Sociais podem assimilar características de gestão “cada vez mais próximas das praticadas no setor privado, o que deverá representar, entre outras vantagens: a contratação de pessoal nas condições de mercado; a adoção de normas próprias para compras e contratos; e ampla flexibilidade na execução do seu orçamento”.

Decorrente do projeto traçado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), o Programa Nacional de Publicização-PNP foi então criado pela Lei nº 9.637/1998.

III – A Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/1998)

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, questionada na presente ação direta, cria o Programa Nacional de Publicização e prescreve as normas para a qualificação de entidades como organizações sociais.

Em seu primeiro artigo, a referida lei dispõe 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”.

A implementação de uma organização social pressupõe duas ações complementares: a) a publicização de atividades executadas por entidades estatais, as quais serão extintas; e b) a absorção dessas atividades por entidades privadas, que serão qualificadas como organização social (OS), por meio de contrato de gestão.

III.1 – O processo de publicização

A Lei nº 9.637/98, em seu art. 20, dispõe sobre a criação do 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 em seu 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. Assim, a publicização se refere às atividades (não-exclusivas de Estado) e não às entidades. No processo de publicização, determinadas entidades estatais são extintas e suas atividades são publicizadas, ou seja, são absorvidas por entidades privadas qualificadas como OS, de acordo com os critérios especificados na lei e mediante contrato de gestão.

A própria Lei nº 9.637/98 tratou de extinguir entidades estatais, autorizando o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais as pessoas jurídicas de direito privado indicadas em seu Anexo I, permitindo, ainda, a absorção das atividades desempenhadas pelas entidades extintas por essas novas entidades qualificadas como OS:

“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."

ANEXO I

(Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)

ÓRGÃO E ENTIDADE EXTINTOS

Laboratório Nacional de Luz Síncrotron

ENTIDADE AUTORIZADA A SER QUALIFICADA

Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLus

REGISTRO CARTORIAL

Primeiro Ofício de Registro de Títulos e Documentos da Cidade de Campinas - SP, nº de ordem 169367, averbado na inscrição nº 10.814, Livro A-36, Fls 01.

ÓRGÃO E ENTIDADE EXTINTOS

Fundação Roquette Pinto

ENTIDADE AUTORIZADA A SER QUALIFICADA

Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ACERP

REGISTRO CARTORIAL

Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Av. Pres. Roosevelt, 126, Rio de Janeiro - RJ, apontado sob o nº de ordem 624205 do protocolo do Livro A nº 54, registrado sob o nº de ordem 161374 do Livro A nº 39 do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

A Lei nº 9.637/98 estabelece, ainda, que as extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais devem observar os seguintes preceitos (art. 22):

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".

Cabe ao Poder Executivo qualificar pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações Sociais, para o exercício de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. O art. 2º da Lei nº 9.637/98 estabelece os requisitos específicos para que as entidades privadas habilitem-se à qualificação como organização social:

“I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
 - b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
 - c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
 - d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
 - e) composição e atribuições da diretoria;
 - f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
 - g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
 - h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
 - i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;
- 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.”

Segundo a lei, as entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (art. 11). De acordo com o art. 22, § 1º, a absorção, pelas organizações sociais, das atividades das entidades extintas, efetivar-se-á mediante celebração de contrato de gestão.

III.2 – O contrato de gestão

No conceito estabelecido pela Lei nº 9.637/98 (art. 5º), o contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público (por intermédio de seus Ministérios) e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades publicizadas.

O contrato de gestão, dessa forma, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social (art. 6º).

A principal função do contrato de gestão é a fixação de metas, assim como a definição dos mecanismos de avaliação de desempenho e controle de resultados das atividades da organização social. Assim, deverá o contrato de gestão conter: I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; 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 (art. 7º).

Assim, dispõe a lei que a organização social apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro (art. 8º, § 1º). Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação (art. 8º, § 2º).

Dispõe a lei, ainda, que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

Quanto aos mecanismos de controle sobre a utilização desses recursos e bens públicos pela organização social, a lei prescreve o seguinte:

“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.

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 seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.”

Como se vê, a lei, ao contrário do que afirmam os requerentes, submete as Organizações Sociais a amplos mecanismos de controle interno e externo, este exercido pelo Tribunal de Contas. Ademais, não subtrai, como alegam os requerentes, qualquer função constitucional atribuída ao Ministério Público; ao contrário, a redação do art. 10 é clara ao prever que, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização deverão representar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Não se pode descartar, outrossim, na hipótese de enriquecimento ilícito ou outros atos que impliquem danos ao erário e violação a princípios da administração pública, a responsabilização político-administrativa dos executores do contrato de gestão, com base na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

A lei também prevê que o Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão (art. 16). A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art. 16, § 2º).

Ademais, deve-se enfatizar que o contrato de gestão constitui um instrumento de fixação e controle de metas de desempenho na prestação dos serviços. E, assim sendo, baseia-se em regras mais flexíveis quanto aos atos e processos, dando ênfase ao controle dos resultados. Por isso, compras e alienações submetem-se a outros procedimentos que não os de licitação com base na Lei nº 8.666/93, voltada para as entidades de direito público. Lembre-se, nesse ponto, que a própria Constituição autoriza a lei a criar exceções à regra da licitação (art. 37, inciso XXI). Nesse sentido, por exemplo, a Petrobrás, por ser empresa pública que realiza atividade econômica de risco, num âmbito de competição com outras empresas privadas do setor, não se submete à Lei nº 8.666/93, mas a um Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo Decreto nº 2.745/98, do Presidente da República, o qual possui lastro legal no art. 67 da Lei nº 9.478/97.

Não vislumbro, portanto, qualquer das inconstitucionalidades apontadas pelos requerentes.

IV. A implementação do modelo de Organizações Sociais pelos Estados-membros

Desde o advento da Lei nº 9.637/98, que estabelece o modelo de Organizações Sociais a ser adotado no plano federal, diversos Estados da Federação implementaram seus próprios sistemas de gestão pública por meio de organizações sociais.

No Estado de São Paulo, por exemplo, foi editado o Decreto nº 43.493, de 29 de setembro de 1998, que dispõe sobre a qualificação das organizações sociais da área da cultura. É

sabido que, hoje, o Museu da Pinacoteca de São Paulo funciona segundo o sistema das Organizações Sociais, mediante contrato de gestão firmado com a Secretaria de Estado da Cultura. Há notícia também de que, atualmente, seguem esse modelo o Memorial da Imigração, o Conservatório Musical de Tatuí, o MIS, o Museu de Arte Sacra, o Museu da Casa Brasileira e o Paço das Artes.

Também no Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 846, de 1998, regulamentou a parceria do Estado com entidades filantrópicas, qualificadas como Organizações Sociais, para prestação de serviços na área de saúde, mediante contrato de gestão firmado com a Secretaria de Estado da Saúde. Até o ano de 2005, já existiam 16 (dezesseis) serviços de saúde sob contrato de gestão, abrangendo atividades de internação, de atendimento ambulatorial, de atendimento de urgência e emergência, e a realização de atividades de apoio diagnóstico e terapêutico para pacientes externos aos hospitais. Entre o ano de 1999 e 2003, o número de internações cresceu significativamente, de 29.167 para 166.399 (número de saídas); assim também o volume de atividade ambulatorial, de 225.291, para 1.110.547 (número de consultas); e de atividade de urgência/emergência, de 1.001.773 para 1.459.793 (número de pessoas atendidas); o que comprova o sucesso desse novo sistema de gestão.

Em Goiás, a Lei nº 15.503, de 28 de dezembro de 2005, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

Em Minas Gerais, tem-se conhecimento do programa "Choque de Gestão Pública", implementado pelo atual governo, o qual possui como uma de suas principais metas a publicização de atividades e serviços não-exclusivos do Estado, que ficarão a cargo de entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais.

Em Santa Catarina, a Lei nº 12.929, de 4 de fevereiro de 2004, instituiu o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, regulamentado pelo Decreto nº 3.294, de 15 de julho de 2005.

Na Bahia, instituiu-se o Programa Estadual de Organizações Sociais, por meio da Lei nº 8.647, de 29 de julho de 2003, regulamentada pelo Decreto nº 8.890, de 21 de janeiro de 2004.

Cito também as Leis de Sergipe (Lei nº 5.217/2003), Pernambuco (Lei nº 11.743/2000), Distrito Federal (Lei nº 2.415/1999), Espírito Santo (Lei Complementar nº 158/1999).

V. A experiência da Associação das Pioneiras Sociais (APS) – A Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor

Além da vasta legislação estadual atualmente existente sobre o tema das Organizações Sociais, o que comprova a larga aceitação e o sucesso desse novo modelo de gestão de serviços públicos, talvez um dos argumentos mais contundentes para afastar a alegada necessidade de concessão de medida cautelar nesta ação esteja na exemplar experiência da Associação das Pioneiras Sociais (APS), instituição gestora da Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor.

Como todos sabem, a Rede Sarah de Hospitais localizados nas cidades de Brasília, Salvador, São Luís e Belo Horizonte tem prestado serviços à população, na área de saúde do aparelho locomotor, de incomensurável valia. É de conhecimento geral que, hoje, a Rede Sarah de Hospitais constitui um exemplo, e uma referência nacional e internacional, de administração moderna e eficiente de serviços públicos na área de saúde, prestados à população de forma democrática e transparente.

A Associação das Pioneiras Sociais (APS) foi instituída, como Serviço Social Autônomo, de interesse coletivo e de utilidade pública, pela Lei nº 8.246, de 1991, com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público (art. 1º).

Como ressalta Sabo Paes, a referida lei teve expresso propósito de testar um modelo novo de organização da assistência médico-hospitalar. Para tanto, utilizou-se, como parâmetro e referência, a experiência da Fundação das Pioneiras Sociais, fundação de direito privado, instituída em 1960, sediada no Distrito Federal e mantida pelo Poder Público para o atendimento à saúde. A lei extinguiu a Fundação das Pioneiras Sociais, cujo patrimônio foi incorporado ao da União pelo Ministério da Saúde e logo posto à administração do então criado Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais.

O contrato de gestão foi assinado no final do ano de 1991 entre os Ministérios da Saúde, Fazenda e Administração Federal, de um lado, e a Associação das Pioneiras Sociais (APS), de outro. Desde então, como ressalta Sabo Paes, a APS tem perseguido com determinação a implantação de elevados padrões éticos de comportamento funcional e administrativo

instituídos pela Lei nº 8.246/91, de acordo com as decisões do Tribunal de Contas da União. A APS tem conseguido implementar as metas operacionais explicitadas no contrato de gestão após todos esses anos de existência.

Assim, como afirma Sabo Paes, “o caráter autônomo da gestão desse serviço de saúde, que oferece a todas as camadas da população a assistência médica gratuita e de qualidade, fez da APS a primeira instituição pública não estatal brasileira atuando como uma rede de hospitais públicos que prestam serviços de ortopedia e de reabilitação por meio de quatro unidades hospitalares localizadas em Brasília, Salvador, São Luís e Belo Horizonte, e tem o seu programa de trabalho plurianual calcado nos seguintes objetivos gerais: 1) prestar serviço médico qualificado e público na área da medicina do aparelho locomotor; 2) formar recursos humanos e promover a produção de conhecimento científico; 3) gerar informações nas áreas de epidemiologia, gestão hospitalar, controle de qualidade e de custos dos serviços prestados; 4) exercer ação educacional e preventiva visando à redução das causas das patologias atendidas pela Rede; 5) construir e implantar novas unidades hospitalares, expandindo o modelo gerencial e os serviços da Rede para outras regiões do país; e desenvolver tecnologia nas áreas de construção hospitalar, de equipamentos hospitalares e de reabilitação”.

O modelo de contrato de gestão estabelecido pela lei impugnada – Lei nº 9.637/98 – baseou-se amplamente nesse sistema de gestão instituído pela Lei nº 8.246/91.

VI. Considerações finais

Enfim, o modelo de gestão pública por meio de Organizações Sociais, instituído pela Lei nº 9.637/98, tem sido implementado ao longo de todo o país e as experiências bem demonstram que a Reforma da Administração Pública no Brasil tem avançado numa perspectiva promissora. Após uma história de burocracias, de ênfases nos atos e nos processos – que, reconheça-se, ainda não foi totalmente superada –, a Administração Pública no Brasil adentrou o século XXI com vistas aos resultados, à eficiência e, acima de tudo, à satisfação do cidadão.

A Lei nº 9.637/98 instituiu um programa de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado – como o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde –, transferindo-os para a gestão desburocratizada a cargo de entidades de caráter privado e, portanto, submetendo-os a um regime mais flexível, mais dinâmico, enfim, mais eficiente.

Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado 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, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado.

O fato é que o Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do direito desde a perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado. O Estado tem se valido cada vez mais de mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado.

Nesse sentido, extraio das lições de Günther Teubner as premissas para se analisar o direito a partir de novos enfoques superadores da velha dicotomia público/privado:

“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 idéias 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 ajuda de uma única classificação binária; 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 sua vez, no direito.”

E, adiante, prossegue Teubner, agora tratando especificamente dos regimes de transferência de serviços públicos para entidades do âmbito privado:

“A própria onda de privatizações revela-se sob um aspecto completamente diferente, quando se abre mão da simples dicotomia público/privado em favor de uma policontextualidade mais

sofisticada da sociedade, quando se reconhece que a autonomia privada única do indivíduo livre transforma-se nas diversas autonomias privadas de criações normativas espontâneas. Nesse sentido, privatização não se trata mais, como normalmente se entende, de redefinir a fronteira entre o agir público e o privado, mas de alterar a autonomia de esferas sociais parciais por meio da substituição de seus mecanismos de acoplamento estrutural com outros sistemas sociais. Não se trata mais simplesmente de um processo em que atividades genuinamente políticas, antes dirigidas aos interesses públicos, transformam-se em transações de mercado economicamente voltadas ao lucro. Antes, o que se altera pela privatização de atividades sociais autônomas – pesquisa, educação ou saúde, por exemplo –, que apresentam seus próprios princípios de racionalidade e normatividade, é o seu regime institucional. Em lugar de uma relação bipolar entre economia e política, deve-se apresentar a privatização como uma relação triangular entre esses dois setores e o de atividades sociais. Torna-se, assim, diretamente compreensível que a privatização leva, de fato, a uma impressionante liberação de todas as energias até então bloqueadas pelo antigo regime público. Paralelamente, no entanto, novos bloqueios desencadeados pelo novo regime tornam-se visíveis. Um antigo mismatch, um antigo desequilíbrio entre atividade e regime, é substituído por um novo mismatch.”

Nesse contexto é que se insere o instrumento do contrato de gestão firmado entre o Poder Público e entidades privadas, que passam a ser qualificadas como públicas, ainda que não-estatais, para a prestação de serviços públicos por meio de um regime especial em que se mesclam princípios de direito público e de direito privado.

Sobre o instrumento do contrato de gestão, o Ministro Eros Grau assim se manifestou em seu voto:

“A definição de contrato de gestão como ‘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...”

Nesse ponto, gostaria de lembrar, também com base nas lições de Günther Teubner, que a lei inova sim, mas inova em consonância com o direito privado moderno, no qual o contrato deve ser compreendido não como uma relação entre pessoas, mas entre textos, entre discursos jurídicos, econômicos, tecnológicos etc. Eis as palavras do mestre alemão:

“Quiçá devêssemos ouvir o conselho do talvez maior especialista da reconstrução do direito privado, Jacques Derrida, que nos oferece a seguinte fórmula epigramática: “o laço da obrigação ou a relação de obrigação não existe entre aquele que dá e aquele que recebe, mas entre dois textos (entre dois ‘produtos’ ou ‘criações’). Essas ipsissima verba são uma nova versão da teoria do contrato relacional (relational contracting), que entende o contrato não mais como um mero consenso entre duas partes, mas sim como uma relação social complexa. De fato, gostaria de defender a tese de que o direito contratual deve ser reconstruído de forma relacional, mas não apenas no sentido comunitário, hoje predominante, da palavra, como uma relação cooperativa, simpática, calorosa de inter-humanismo no mercado, mas sim como uma relação fria e impessoal de intertextualidade. Gostaria de desenvolver um argumento estritamente antiindividualista, estritamente antieconômico para as muitas autonomias do direito privado, pelo qual o contrato não aparece mais como transação meramente econômica entre dois agentes, mas como espaço da compatibilidade entre vários projetos discursivos – entre dois mundos contratuais. Ao mesmo tempo, gostaria de desenvolver o argumento normativo de que os direitos de discursos que aparecem nesses contratos como meros fenômenos sociais, apenas de forma rudimentar e sem contornos fixos, necessitam de institucionalização jurídica. Dito de forma mais genérica: gostaria de colocar esses argumentos no contexto maior de um direito privado contemporâneo, que necessita de transformação em um direito constitucional de sistemas de regulação global.”

Esses são os novos pressupostos de análise de um direito privado publicizado e constitucionalizado, e de um direito público submetido a racionalidades próprias dos discursos do direito privado.

Essas razões já me são suficientes para indeferir a medida cautelar. Não vislumbro nenhuma das inconstitucionalidades apontadas pelos requerentes.

Assim, não tenho dúvida de que, neste momento, o Tribunal não deve adotar outra solução

senão a de negar o pedido de medida liminar para então requisitar informações definitivas e, após, abrir vista dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para que se manifestem sobre o mérito da ação. Após o devido trâmite procedimental, então poderemos discutir a fundo todas as questões nesta ação suscitadas.

Relembro, por fim, que meu voto não abrange o artigo 1º da Lei nº 9.637/98, objeto de voto proferido por meu antecessor, o Ministro Néri da Silveira.

Assim sendo, voto pelo indeferimento da medida cautelar nesta ação direta de inconstitucionalidade.

* acórdão pendente de publicação