**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Protocolado nº 84.506/2017**

Ementa: **Constitucional. Administrativo. Ação Direta Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste, que “Dispõe sobre a qualificação de entidade como organização social com o fim de formalização de contrato de gestão de Unidade de Pronto Atendimento Dr. Afonso Ramos”. Violação à regra do da licitação. Ofensa aos princípios da moralidade, impessoalidade, igualdade e razoabilidade. Invasão da competência normativa federal. Normas gerais de licitação e contratação.**

**1.** Dispositivos que, ao instituírem processo seletivo público e específico para a qualificação de entidade como organização social, ofendem a regra da licitação, bem como os princípios da moralidade, impessoalidade, igualdade e razoabilidade (arts. 111 e 117 da Constituição Estadual).

**2.** Lei municipal que inova no ordenamento criando regras para a formalização de contrato de gestão versa sobre normas gerais de licitação e invade a esfera de competência do legislador federal (arts. 1º, 18 e 22, XXVII, da Constituição Federal), violando o princípio federativo.

O **Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inciso IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inciso VI, e no art. 90, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (PGJ nº 84.506/2017, que segue anexo), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º e do art. 2º da Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste, pelos fundamentos expostos a seguir:

**I – DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO**

A Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste, que “dispõe sobre a qualificação de entidade como organização social com o fim de formalização de contrato de gestão da Unidade de Pronto Atendimento Dr. Afonso Ramos, dando outras providências”, assim dispõe no que interessa:

“Art. 1º Fica autorizado o Poder Executivo a qualificar como organização social pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde com o fim de formalização de contrato de gestão da Unidade de Pronto Atendimento Dr. Afonso Ramos.

§ 1º A qualificação como organização social será precedida de processo seletivo público e específico para a transferência de gestão e contratação da unidade indicada no ‘caput’.

§ 2º O processo seletivo de que trata o parágrafo anterior, será precedida de publicação da convocação pública, através do Diário Oficial do Estado e do Município, indicando as condições essenciais para que todas das organizações sociais interessadas possam se apresentar para a qualificação.

§ 3º O Poder Público dará ainda publicidade das fases essenciais do processo de seleção e qualificação das organizações sociais, da realização do contrato e sua execução.

Art. 2º São requisitos específicos que as entidades privadas referidas no artigo anterior se habilitem ao processo seletivo para qualificação como organização social:

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

1. natureza social de seus objetivos;
2. finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
3. previsão expressa de ter a entidade, como órgãos de deliberação superior e de direção, um Conselho de Administração e uma Diretoria, definidos nos termos do Estatuto, assegurado àquele composição e atribuições normativas e de controle básicos previstos nesta lei;
4. previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
5. composição e atribuições da Diretoria da entidade;
6. obrigatoriedade de publicação anual, no Diário oficial do Município, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
7. em caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
8. 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;
9. 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 da entidade, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito do Município, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio do Município, na proporção dos recursos e bens por este alocados;

II – comprovar possuir ter oferecido e prestado efetivamente serviços próprios na área ou atividade específica para a qual pretenda se qualificar há mais de 3 (três) anos.” (*sic*)

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º e o art. 2º da Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste, são verticalmente incompatíveis com nosso ordenamento constitucional, como será demonstrado a seguir.

**II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE**

Os dispositivos acima transcritos do ato normativo impugnado contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição Federal e da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força do art. 29 daquela e do art. 144 desta.

A legislação contestada é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

“Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Art. 117 - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”.

É incompatível também com os seguintes dispositivos da Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;”

**III – OFENSA ÀS REGRAS DO CONCURSO PÚBLICO E DA LICITAÇÃO, E AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE, IGUALDADE E RAZOABILIDADE**

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º e o art. 2º da Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste, instituem processo seletivo público e específico para a qualificação de entidade como organização social incompatível com as regras da licitação, ofendendo, por isso, os princípios da moralidade, impessoalidade, igualdade e razoabilidade.

**A instituição do processo seletivo tem que se dar entre as entidades qualificadas. Não é razoável a instituição de processo seletivo para a qualificação, que constitui direito das entidades que preencherem os requisitos exigidos em lei. A qualificação da entidade que preenche os requisitos é ato administrativo vinculado**.

Os preceitos normativos ora objurgados, ao instituírem processo seletivo para a qualificação, restringem o direito à qualificação das entidades, bem como acabam por atingir a regra da licitação, afrontando, ainda, os princípios da moralidade, da impessoalidade e da igualdade.

A qualificação das organizações sociais perante a União é tratada na Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e essa norma federal já teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da ADI 1923, Relator  Min. Ayres Britto, Relator p/ Acórdão:  Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, DJe-254, assim decidiu:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEGUINTES). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

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

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

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

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

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

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

 7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

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

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

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

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

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

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

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

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.

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

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

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

20. **Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.”**
(ADI 1923, Relator(a):  Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão:  Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17-12-2015)

Em linhas gerais, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a relação entre o Poder Público e as Organizações Sociais, para os efeitos da Lei nº 9.637/98, deve observância aos princípios insculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Por força de sua autonomia, a qual decorre da condição de integrante da Federação, os Municípios foram dotados, a par de outras, da capacidade de auto-administração ou administração própria, para manter e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local (art. 30, V da CF).

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo” (Cf. Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 1996, 8.ª edição, p.405).

Dessas formas de prestação de serviços públicos, cabe mencionar a descentralizada, principalmente a delegação a particulares através do regime de concessão, ante seu estreito relacionamento com a matéria disciplinada no ato normativo em comento. Segundo Marçal Justen Filho, “a concessão de serviço público se caracteriza como uma modalidade de transferência da prestação de serviço público, através da qual o titular da competência para prestá-lo atribui a outrem seu desempenho” (Cf. “Concessões de Serviços Públicos - Comentários às Leis n.º 8.987 e 9.074, de 1995”, Editora Dialética, São Paulo, 1997, p. 65)

Na ordem jurídica em vigor, a concessão ou permissão de serviços públicos a particulares deve necessariamente ser precedida de licitação (CF, art. 175, “caput”), que “é o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público. ” (Cf. Carlos Ari Sundfeld, Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros, São Paulo, 1995, 2.ª edição, p. 15) A licitação “é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Seu fundamento, bem assim o dos concursos públicos, encontra-se no princípio republicano. Dele decorre, na abolição de quaisquer privilégios, a garantia formal da igualdade de oportunidade de acesso de todos, não só às contratações que pretenda a Administração avençar, mas também aos cargos e funções públicas. Daí porque a escolha do licitante com o qual a Administração há de contratar deve ser, na República, a melhor escolha ou a escolha do melhor contratante.” (Cf. Eros Roberto Grau, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, Malheiros, São Paulo, 1998, 4.ª edição, p. 135)

Não é por outro motivo, aliás, que o Estatuto das Licitações (Lei n.º 8.666/96), no seu art. 3º, *caput*, prevê que “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

E o inciso I, § 1º, do artigo supracitado veda aos agentes públicos: “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”. Em simetria com a Lei Maior e o Estatuto Federal de Licitações, a Constituição do Estado, no seu art. 117, “caput”, além de resguardar no processo de licitação pública a igualdade de condições a todos os concorrentes, também consagra o princípio da razoabilidade, ao dispor que este processo “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que a razoabilidade serve de baliza à discricionariedade do legislador que, ao elaborar a lei, não pode prever restrições irrazoáveis, não necessárias à garantia de cumprimento das obrigações, em detrimento dos interessados em licitar. Isto equivale a dizer que, se for feita um exigência que não tenha qualquer relação com o objeto da licitação, ela será inconstitucional (Cf. “Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos”, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, 2.ª edição, p. 25).

Nessa ordem de idéias, o jurista Carlos Ari Sundfeld (ob. cit., p. 102) adverte que, na especificação do objeto, é vedado incluir características excessivas ou irrelevantes para o adequado atendimento da necessidade pública motivadora da licitação. Do contrário, sem nenhum proveito para a Administração, seria diminuída a competitividade, essencial ao certame, e excluídos possíveis licitantes, em afronta à isonomia.

Daí que a estipulação de qualquer cláusula ou condição que não guarde nenhuma relação de congruência lógica ou jurídica com o objeto da licitação, além de incompatível com o princípio da razoabilidade, só pode ser encarada como inaceitável tentativa de esvaziamento desse instituto, cuja existência só se justifica para garantir a igualdade de participação entre os licitantes e a preservação do interesse público.

Feitas essas observações preliminares, tem-se que **os dispositivos impugnados, ao instituírem processo seletivo público e específico para a qualificação de entidade como organização**, afrontam a regra do concurso público e da licitação, bem como os princípios da moralidade, impessoalidade, igualdade e razoabilidade.

Nesse contexto, fica nebulosa a intenção do legislador local – ao estabelecer privilégio à única entidade qualificada, ou seja, detentora do certificado, em detrimento de outras que, mesmo possuindo os requisitos para a qualificação, ficariam alijadas da possibilidade de prestar o serviço público.

Diante dessa particularidade presente na lei municipal em apreço, torna-se flagrante a violação do princípio da impessoalidade, que não é senão manifestação típica do princípio da igualdade (Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 68). Contudo, olvidou-se o legislador de que a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos (Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, Malheiros, São Paulo, 1995, 3.ª ed., p. 10).

Em excelente artigo sobre o princípio da igualdade, Fábio Konder Comparato anota que “a força desse princípio impõe-se não só ao aplicador da lei, na esfera administrativa ou judiciária, mas também ao próprio legislador. Em outras palavras, quando a Constituição consagra a igualdade, ela está proibindo implicitamente, quer a interpretação inigualitária das normas legais, quer a edição de leis que consagrem, de alguma forma, a desigualdade vedada. Ao lado, pois, de uma desigualdade *perante* a lei, pode haver uma desigualdade *da própria* lei, o que é muito mais grave.” (Cf. “Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica”, Editora Revista dos Tribunais, ano 87, v. 750, abril de 1998, pp.11/19)

Esclarece o indigitado jurista que esse vício de inconstitucional desigualdade *da própria* lei pode ocorrer de duas formas. Haverá, de modo absoluto, uma infração ao princípio de igualdade, quando a lei for editada, explícita ou implicitamente, para regular um só caso individual. Diversamente, a desigualdade será relativa, quando a lei determinar, de modo arbitrário, a diferenciação ou a identificação de situações jurídicas, vale dizer, quando tratar desigualmente os iguais ou igualmente os desiguais (ob. e loc. cits.).

Ora, a lei em comento instituiu preferência totalmente arbitrária - e, portanto, sobremaneira ofensiva ao princípio constitucional da isonomia ou igualdade -, adotando critério discriminatório impertinente e desarrazoado, com a finalidade de afastar eventuais interessados em disputar a exploração do serviço em tela.

Na esteira desse raciocínio, torna-se forçoso reconhecer que a lei em exame também é incompatível com o princípio da razoabilidade, que pressupõe a adequação entre meios e fins, porquanto o critério eleito pelo legislador - o qual impõe que a empresa esteja previamente instalada no Município, para poder explorar o serviço -, além de ofensivo à isonomia, não guarda nenhuma relação de pertinência lógica ou jurídica com o regime publicístico instituído por lei, que, em obediência ao princípio licitatório, deve garantir a participação de todos no processo de escolha do melhor contratante.

Na verdade, **o que seria lógico ou razoável seria a instituição de processo seletivo entre as entidades qualificadas e não a instituição de processo seletivo para a qualificação**.

Bem a propósito, cabe esclarecer que a razoabilidade não se confunde com a igualdade. Estudando esse assunto, Suzana de Toledo Barros concluiu que, “não raro, a violação ao princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) vem acompanhada de atentado a outros princípios ou regras constitucionais, mas os fundamentos de cada qual são perfeitamente distinguíveis. É o caso, v.g., de uma restrição desigualitária, em que o legislador, além de impor uma restrição em si mesma desarrazoada, o faz em relação a apenas um grupo de pessoas” (Cf. “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos fundamentais”, Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 73).

É irrefutável, pois, a conclusão de que o legislador municipal desejou excluir eventuais interessados que não possuam o certificado.

No presente caso, portanto, a par da ofensa aos princípios da razoabilidade, impessoalidade ou igualdade, pode-se apontar também, sem maiores dificuldades, a violação dos princípios da licitação e moralidade. Este último pressupõe a honestidade de propósitos e a probidade, ausentes neste caso, na medida em que a norma ora atacada constitui instrumento de privilégio, tendo sido editada, portanto, ao arrepio do interesse coletivo.

Nunca é demais lembrar que “a lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos” (Cf. Eros Roberto Grau, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 [Interpretação e Crítica], RT, São Paulo, 1990, pp 92 a 134; nesse mesmo sentido, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, Elementos de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 1992, 3.ª edição, 1992, p. 300; Geraldo Ataliba, República e Constituição, São Paulo, RT, 1985, p. 5, “apud” Paulo Bonavides, ob. cit., pág. 396).

Na verdade, quem deixa de observar um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica. A construção desta, partindo de vontade constituinte legítima, consagra a utilização consensual de uma competência soberana de primeiro grau (Cf. Paulo Bonavides, ob. e loc. cits.).

No plano do controle abstrato, aliás, entende a doutrina mais recente que todos os dispositivos residentes na Constituição servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos, inclusive os princípios, que são dotados de densidade normativa pequena e alta abstração conceitual (Cf. Clèmerson Merlin Clève, A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, RT, São Paulo, 1995, pp. 33/35).

Ademais, merece menção o § 1º do art. 111 da Constituição Federal, senão vejamos:

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

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

No mesmo sentido, a Constituição do Estado de São Paulo:

“Artigo 220 - As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

(...)

§ 4º - A participação do setor privado no sistema único de saúde efetivar-se-á segundo suas diretrizes, mediante convênio ou contrato de direito público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

Tais preceitos estabelecem que a participação de particulares no Sistema Único de Saúde deve ser feita via contrato administrativo ou convênio, ou seja, é sujeita à regra de licitação.

Assim, percebe-se que é permitido que os serviços relativos à saúde sejam prestados por particular, ao lado do Estado. Entretanto, tal participação se dá de forma complementar, nos termos do § 1º do art. 111 da Constituição Federal.

Diante da opção do constituinte assentada nos dispositivos supra referidos, não cabe ao legislador local editar lei que regulamente a contratação por convênios de maneira ofensiva à regra da licitação e aos princípios que norteiam a Administração Pública. Não é livre a contratação com os particulares, mas, sim, sujeita às regras que disciplinam a contratação pelo regime de direito público.

Em conclusão, os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º e o art. 2º da Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste, são materialmente inconstitucionais, incompatibilizando-se com os arts. 111 e 117, “caput”, da Constituição do Estado de São Paulo, que são de observância obrigatória pelos Municípios, por força do art. 144 dessa mesma Carta, impondo-se, por conseguinte, a sua exclusão do ordenamento constitucional em vigor.

**IV – INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO**

Legislar a respeito de normas gerais de licitação e contratação insere-se na competência privativa do legislador federal, nos termos do art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal.

Note-se: não se trata de invocar parâmetro contido na Constituição da República para fins de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. A impugnada lei viola o disposto no art. 144 da Constituição Paulista, que tem a seguinte redação:

“Art. 144. Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”

Um dos princípios constitucionais estabelecidos é o denominado **princípio federativo,** que está assentado nos arts. 1º e 18 da Constituição da República, bem como no art. 1º da Constituição Paulista.

Como é cediço, a Constituição da República estabelece a repartição constitucional de competências entre as diversas esferas da federação brasileira. E a repartição de competências entre os entes federados é o corolário mais evidente do princípio federativo.

Referindo-se aos princípios fundamentais da Constituição, que revelam as opções políticas essenciais do Estado, José Afonso da Silva aponta que entre eles podem ser inseridos, entre outros, “os princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito (art. 1º)” (Curso de direito constitucional positivo, 13. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 96, g.n.).

Um dos aspectos de maior relevo, e que representa a dimensão e alcance do princípio do pacto federativo, adotado pelo Constituinte em 1988, é justamente o que se assenta nos critérios adotados pela Constituição Federal para a repartição de competências entre os entes federativos, bem como a fixação da autonomia e dos respectivos limites, dos Estados, Distrito Federal, e Municípios, em relação à União.

Anota a propósito Fernanda Dias Menezes de Almeida que “avulta, portanto, sob esse ângulo, a importância da repartição de competências, já que a decisão tomada a respeito é que condiciona a feição do Estado Federal, determinando maior ou menor grau de descentralização.” Daí a afirmação de doutrinadores no sentido de que a repartição de competências é “‘a chave da estrutura do poder federal’, ‘o elemento essencial da construção federal’, ‘a grande questão do federalismo’, ‘o problema típico do Estado Federal” (Competências na Constituição Federal de 1988, 4. ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 19/20).

Não pairaria qualquer dúvida a respeito da inconstitucionalidade de proposta de emenda constitucional ou de lei que sugerisse, por exemplo, a extinção da própria Federação: a Constituição veda proposta de emenda “tendente a abolir”, entre outros, “a forma federativa de Estado” (art. 60, § 4º, I, da CR/88).

A preservação do princípio federativo tem contado com a anuência do C. Supremo Tribunal Federal, como destacado em julgado relatado pelo Min. Celso de Mello:

"(...) a idéia de Federação — que tem, na autonomia dos Estados-membros, um de seus *cornerstones* — revela-se elemento cujo sentido de fundamentalidade a torna imune, em sede de revisão constitucional, à própria ação reformadora do Congresso Nacional, por representar categoria política inalcançável, até mesmo, pelo exercício do poder constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, I)." (HC 80.511, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 21-8-01, DJ de 14-9-01).

Por essa linha de raciocínio, pode-se também afirmar que a lei municipal que regula matéria cuja competência é do legislador federal e do estadual está, ao desrespeitar a repartição constitucional de competências, a violar o princípio federativo.

A prescrição de que os Municípios devem observar os princípios constitucionais estabelecidos não se encontra apenas no art. 144 da Constituição Paulista. O art. 29, *caput*, da Constituição Federal prevê que “*O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado, e os seguintes preceitos (g.n.).”*

Relevante anotar que quando do julgamento da ADI 130.227.0/0-00 em 21.08.07, rel. des. Renato Nalini, esse E. Tribunal de Justiça acolheu a tese no sentido da possibilidade de declaração de **inconstitucionalidade de lei municipal** por **violação do princípio da repartição de competências** estabelecido pela Constituição Federal. É relevante trazer excerto de voto do i. Desembargador Walter de Almeida Guilherme, imprescindível para a elucidação da questão:

“ Ora, um dos princípios da Constituição Federal – e de capital importância – é o princípio federativo, que se expressa, no Título I, denominado ‘Dos Princípios Fundamentais’, logo no art.1º: ‘A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...’.

Sendo a organização federativa do Estado brasileiro um princípio fundamental da República do Brasil, e constituindo elemento essencial dessa forma de estado a distribuição de competência legislativa dos entes federados, inescapável a conclusão de ser essa discriminação de competência um princípio estabelecido na Constituição Federal.

Assim, quando o referido art. 144 ordena que os Municípios, ao se organizarem, devem atender os princípios da Constituição Federal, fica claro que se estes editam lei municipal fora dos parâmetros de sua competência legislativa, invadindo a esfera de competência legislativa da União, não estão obedecendo ao princípio federativo, e, pois, afrontando estão o art. 144 da Constituição do Estado (...) (trecho do voto do i. des. Walter de Almeida Guilherme, no julgamento da ADI 130.227.0/0-00).

(...)”

Quanto à competência legislativa da União em relação às normas gerais de licitação e contratos, assim decidiu o STF:

“O art. 22, XXVII, da CF dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação. A Lei federal 8.666/1993 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela CF, já exercida pela Lei federal 8.666/1993, que não contém essa exigência.” [RE 547.063](http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=568633&codigoClasse=437&numero=547063&siglaRecurso=&classe=RE), rel. min. Menezes Direito, j. 7-10-2008, 1ª T, DJE de 12-12-2008.

“Ação direta de inconstitucionalidade: Lei distrital 3.705, de 21-11-2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão de obra: inconstitucionalidade declarada. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre direito do trabalho e inspeção do trabalho (CF, art. 21, XXIV, e art. 22, I).” [ADI 3.670](http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?SEQ=454062&PROCESSO=3670&CLASSE=ADI&cod_classe=504&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=&EMENTA=2276), rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 2-4-2007, P, DJ de 18-5-2007.

Assim, os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º e o art. 2º da Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste, ao disporem que a qualificação como organização social será antecedida de processo seletivo, invadem matéria da competência legislativa privativa da União.

**V – DO PEDIDO LIMINAR**

À saciedade demonstrado o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, soma-se a ele o *periculum in mora*.

A atual tessitura dos preceitos legais do Município de Santa Bárbara D’Oeste apontados como violadores de princípios e regras da Constituição do Estado de São Paulo é sinal, *de per si*, para suspensão de sua eficácia até final julgamento desta ação, de maneira a se evitar novas contratações com organizações sociais de maneira inconstitucional.

À luz deste perfil, requer-se a concessão de liminar para suspensão da eficácia, até final e definitivo julgamento, dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º e do art. 2º da Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste.

**VI – DO Pedido**

Posto isso, requer-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º e do art. 2º da Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste.

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Santa Bárbara D’Oeste, bem como citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre os atos normativos impugnados, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 23 de novembro de 2017.

 **Gianpaolo Poggio Smanio**

 **Procurador-Geral de Justiça**

ms/mam

**Protocolado nº 84.506/2017**

**Assunto:** Inconstitucionalidade do processo seletivo instituído pelos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º e pelo art. 2º da Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste.

1. Promova-se a distribuição de ação direta de inconstitucionalidade, instruída com o protocolado incluso, em face dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º e do art. 2º da Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D’Oeste.
2. Oficie-se ao interessado, informando-lhe a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 23 de novembro de 2017.

 **Gianpaolo Poggio Smanio**

 **Procurador-Geral de Justiça**

ms/mam