

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acolho o bem lançado relatório do e. Min. Dias Toffoli, no entanto, divirjo do seu voto.

Preliminarmente, conheço da ação direta por compreender que a ofensa alegada é direta à Constituição. Justamente por não ter o art. 230 da Lei n. 8.112/90 previsto expressamente a dispensa licitatória que ora se reputa inconstitucional é que a previsão do art. 3º e do seu parágrafo único do Decreto s/n de 7º de outubro de 2013 goza de autonomia normativa. Tanto que foi editado no exercício da competência do art. 84, *caput*, VI, "a", da CRFB (regulamento de organização), e não do inciso IV.

Ainda que haja discussão referente à efetiva autonomia desses atos, o exercício dessa competência com essa pretensão desafia o controle de constitucionalidade abstrato:

EMENTA Referendo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020. Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Ato normativo que inova no ordenamento jurídico. Densidade normativa a justificar o controle abstrato de constitucionalidade. Cabimento. Artigo 208, inciso III, da Constituição Federal e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Educação inclusiva como paradigma constitucional. Inobservância. Medida cautelar deferida referendada. 1. O Decreto nº 10.502/2020 inova no ordenamento jurídico. Seu texto não se limita a pormenorizar os termos da lei regulamentada (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), promovendo a introdução de uma nova política educacional nacional, com o estabelecimento de institutos, serviços e obrigações que, até então, não estavam inseridos na disciplina educacional do país, sendo dotado de densidade normativa a justificar o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADI nº 3.239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ o ac. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2 /2019; ADI nº 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, DJe de 21/9/2011; ADI nº 2.155/PR-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ de 1º/6/2001. 2. A Constituição estabeleceu a garantia de atendimento especializado às pessoas com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, inciso III). O Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com

Deficiência - primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal e internalizado por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009 - veio reforçar o direito das pessoas com deficiência à educação livre de discriminação e com base na igualdade de oportunidades, pelo que determina a obrigação dos estados partes de assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis. Precedente: ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 11/11/16. 3. O paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. Subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos. 4. A Política Nacional de Educação Especial questionada contraria o paradigma da educação inclusiva, por claramente retirar a ênfase da matrícula no ensino regular, passando a apresentar esse último como mera alternativa dentro do sistema de educação especial. Desse modo, o Decreto nº 10.502/2020 pode vir a fundamentar políticas públicas que fragilizam o imperativo da inclusão de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na rede regular de ensino. 5. Medida cautelar referendada.

(ADI 6590 MC-Ref, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 11-02-2021 PUBLIC 12-02-2021, g.n)

A natureza formalmente secundária do ato normativo não afasta, em si, o controle abstrato, devendo-se verificar a autonomia da norma que veicula.

E justamente por pretender inovar autonomamente na ordem jurídica é que não há necessidade de impugnação de complexo normativo que não lhe serve, no caso, de efetivo fundamento de validade.

O art. 230, § 3º, da Lei n. 8.112/90, embora preveja a possibilidade de celebrar o convênio de que trata o Decreto impugnado, não expressamente prevê a dispensa de licitação. Tampouco o Decreto n.º 4.978/2004, mencionado pelo e. relator.

E é essa dispensa exatamente o vício de inconstitucionalidade que se lhe imputa. Eis o texto impugnado:

Art. 3º Fica o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão autorizado a celebrar convênios, na forma do inciso I do § 3º do art.

230 da Lei nº 8.112, de 1990, em nome da União, para a prestação de serviços de assistência à saúde pela GEAP - Autogestão em Saúde.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, as autarquias e fundações poderão aderir, na condição de patrocinadoras, ao convênio com a GEAP - Autogestão em Saúde firmado pela União.

A norma permite a celebração de convênio especificamente com a GEAP – autogestão em saúde. No entanto, o art. 37, XXI, da CRFB, dispõe: “*XXI - 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.*”

Segundo a Constituição, permitem-se apenas exceções legais à exigência de licitação, o qual não existe no caso do convênio autorizado pelo decreto.

No julgamento do MS 25855, decidiu este Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GEAP – FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO DE ADESÃO POR ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO PATROCINADORES. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: IMPRESCINDIBILIDADE DE LICITAÇÃO (ART. 1º, INC. II, DO DECRETO N. 4.978/2004). 1. A natureza jurídica contratual do vínculo negocial que a GEAP mantém com a Administração Federal, cujo núcleo é a obrigação de prestar serviço de assistência à saúde visando a uma contraprestação pecuniária, impõe regular procedimento licitatório, observados os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal e Lei 8.666/1993. 2. O modelo de gestão da GEAP não se caracteriza como de autogestão para os fins previstos no art. 1º, I, do Decreto 4.978/2004: impossibilidade de firmar convênios com órgãos e entidades da Administração Pública, que não sejam seus patrocinadores, sem licitação. 3. Não há violação a direito líquido e certo no acórdão do Tribunal de Contas da União que vedou aos órgãos e às entidades da Administração Pública Federal, excetuados os patrocinadores originários da GEAP, a celebração de novos convênios para a prestação de serviços de assistência à saúde para os respectivos servidores. 4. Mandado de segurança denegado.

(MS 25855, Relator(a): AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, DJe-183 DIVULG 19-09-2014 PUBLIC 22-09-2014 EMENT VOL-02744-01 PP-00001)

Entendo que, apesar das alterações estatutárias, subsistem os fundamentos grifados, como ressaltou o Conselho Federal da OAB em sua sustentação oral e em seus memoriais:

“Destaque-se que os fundamentos que levaram o plenário desse Supremo Tribunal Federal a denegar a segurança no MS nº 25.855/DF e, assim, reconhecer a ilegalidade dos convênios firmados pela GEAP, não são afetados pelo fato de a entidade GEAP ter modificado seus atos constitutivos, **notadamente porque ela continua sendo uma entidade privada**. Não existe permissão constitucional ou legal para que seus ajustes com o Poder Público deixem de observar a regra da licitação.

O que se verifica, portanto, é que o referido Decreto exorbitou de sua atividade legislativa excepcional para inovar autonomamente no cenário normativo. Criou uma reserva de mercado a ser exercida por uma entidade privada, sem respeitar o necessário processo legislativo ordinário para a edição de leis que, de acordo com a Carta Maior, é imprescindível para a criação ou instituição de entidade estatal que intervém no cenário econômico.”

A regra da licitação traduz o princípio republicano na gestão pública, devendo suas exceções serem interpretadas restritivamente.

Ante o exposto, dirijo do e. relator e voto pela procedência do pedido da presente ADI e declaração de inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto s/n de 7º de outubro de 2013.

É como voto.