ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 43 – Julho/Agosto/Setembro de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – ADI 1923

Marcelo José das Neves

Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes UCAM. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Uni-Rio. Pós-graduado em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/RJ. Articulista e Especialista em Direito Administrativo.

I - Introdução

Como bem aponta o Ministro Fux[1], o neoconstitucionalismo[2], inaugurado pela Carta de 1988 com princípios e valores inseridos pela vez primeira com tamanha expressividade na Constituição, tem instado o Supremo Tribunal Federal - STF - a pronunciar-se em diversos casos difíceis, segundo um novo panorama jurisdicional constitucional.

Dentro deste quadro, selecionamos para análise o voto-vista do próprio Ministro Luiz Fux, proferido no exercício de 2011, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI – 1923. O julgamento desta ADI foi, afinal, concluído mui recentemente, em 16/05/2015, tendo prevalecido o voto do Ministro Luiz Fux.

Dita ADI se ateve ao exame de constitucionalidade da Lei nº 8.637/98 - marco regulatório das Organizações Sociais (OS) -, diploma de destaque por atingir diretamente a prestação de inúmeras atividades essenciais à população, tais como educação, cultura, saúde, ciência e tecnologia, e meio-ambiente.

---

[1] FUX, Luiz. Jurisdição Constitucional. Democracia e Direitos Fundamentais. Edição Especial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.09.

[2] Na lição de Luis Roberto Barroso, neoconstitucionalismo denota "um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a **centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética**; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a **força normativa da Constituição**, a **expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional** (*In*, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)

O quadro argumentativo delineado na ADI 1923 pelo voto-vista do Ministro Luiz Fux foi escolhido como objeto de análise por reverberar, de maneira muito clara, a preocupação existente com os limites da legitimidade democrática do modelo brasileiro de jurisdição constitucional, o que restou demonstrado com o sopesamento, expresso no próprio voto, entre a função contramajoritária da jurisdição constitucional e a deferência às opções políticas manifestadas no jogo democrático.

II. O Terceiro Setor na estrutura da Administração Pública brasileira

A ADI 1923, como visto, questionou a constitucionalidade da Lei nº 8.637/98, marco regulatório das Organizações Sociais.

A referida lei tem grande relevo no ordenamento jurídico brasileiro por envolver *tema sensível*, isto é, a prestação de inúmeras atividades essenciais à população e não menos indispensáveis ao desenvolvimento sócio-econômico sustentável, como, *v.g*., a educação, saúde, meio ambiente e a ciência e tecnologia.

Antes de adentrar na análise propriamente dita do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux sobre o tema em destaque, qual seja o exame da constitucionalidade da lei regedora das Organizações Sociais (Lei nº 8.637/98), mister esclarecer as formas de prestação dos serviços públicos previstos no ordenamento jurídico pátrio, bem como o que se entende por terceiro setor na órbita do Direito Administrativo, o que será enfrentado no tópico a seguir.

Convém, de início, diferenciar serviço público centralizado do descentralizado, sendo aquele o prestado diretamente pela Administração Direta (União, Estados e Municípios), e este último o repassado à Administração Indireta (Autarquia, Fundação, Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista), ao Mercado Privado e também ao Terceiro Setor. Ressalte-se que não há um entendimento conceitual uníssono, por parte da doutrina, do que seja propriamente o Terceiro Setor. Lado outro, pode-se afirmar que esta expressão, tomada em seu sentido *lato*, é utilizada para identificar as funções da sociedade que não pertencem propriamente às atividades estatais, e nem às atividades de mercado, correspondentes, no caso brasileiro, ao primeiro e segundo setores, respectivamente. De igual forma, as Organizações Sociais (Terceiro Setor, no sentido estrito), os Serviços Sociais Autônomos (SESI, SESC, SENAI) e as Organizações da Sociedade de Interesse Público (OSCIPs), compõem, induvidosamente, o Terceiro Setor em seu sentido mais aberto.

No tocante à descentralização dos serviços públicos, insta esclarecer que ela pode ser realizada por outorga ou por delegação.

A outorga caracteriza a transferência da titularidade e execução da prestação de serviços públicos e atividades, através de lei, sendo que dita titularidade não pode sair das mãos da Administração, isto é, a outorga só pode ser dada à Administração Direta, e a parte da Administração Indireta constituída pelas Pessoas Jurídicas de Direito Público (Autarquia e Fundação Pública), e, não, às Sociedades de Economia Mista e às Empresas Públicas.

Por outro lado, na delegação transfere-se só a execução dos serviços ou atividades, também por meio de lei. Esta transferência é feita para a Administração Indireta (autarquia, fundações públicas, empresa pública, sociedade de economia, agências reguladoras). Esse tipo de transferência pode ainda ser realizada para particulares por meio de contrato, conforme previsão do art. 175 da CRFB/88, como

exemplificam as concessionárias e permissionárias de serviço público. Pode-se mesmo delegar por ato administrativo a particular; por meio de autorização.

Ao lado da Administração Pública Direta (primeiro setor) e da Indireta (que integra o segundo setor, isto é, o mercado, juntamente com as empresas privadas), tem-se o terceiro setor, acima já referenciado, que, repise-se, é integrado por entes de colaboração, que estão fora da Administração Pública, sendo também chamados de entes paraestatais, aí incluídos os Serviços Sociais Autônomos (SISTEMA "S"), Entidades de Apoio (muito encontradas junto às Universidades), as Organizações Sociais (OS) – objeto de nossa análise -, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Agora sim, traçadas estas considerações iniciais, passamos a nos deter na análise do ordenamento das Organizações Sociais, que foi questionado pela ADI 1923.

Com respaldo na Lei nº 9.637/98 – que, máxime, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Plubicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais -, pode-se asserir que as Organizações Sociais são constituídas como Pessoa Jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, encontrando-se fora dos limites da Administração Pública.

As Organizações Sociais advêm, por regra, da extinção de estruturas da própria Administração, e recebe a respectiva cessão de servidores, bem como dotação orçamentária e bens públicos, vinculando-se à Administração por meio do estabelecimento de um contrato de gestão.

A finalidade das Organizações Sociais é exercer a colaboração com a Administração Pública, com o Estado, para a realização de serviços públicos sociais, nas áreas de educação, cultura, saúde, ciência e tecnologia, lazer e desporto, e meio ambiente.

Sobre o exato conceito de colaboração, de se acolher a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[3], que, ao tratar do princípio da *consensualidade*, um dos mais relevantes nas reformas da administração pública brasileira, assim pontificou sobre o tema, *verbis*:

> *"Quanto ao princípio da consensualidade, sua aplicação leva á substituição sempre que possível, da imperatividade pelo consenso nas relações Estado-sociedade e à criação de atrativos para que os entes da sociedade civil atuem em diversas formas de parceria com o Estado.*
> *Com efeito, a administração pública admite ser exercida tanto pela via da subordinação quanto da coordenação.*
> *Administração pública subordinativa é unilateral, hierarquizada e linear, já tendo esgotadas as suas formas de atuação coercitivas no campo da gestão dos interesses públicos.*
> *Por outro lado, a administração pública coordenativa é multilateral, equiordinada e radial, apresentando manifestações consensuais novas e em plena expansão. (...) As formas de participação que se logram pela consensualidade são cada vez mais importantes nas democracias contemporâneas, uma vez que contribuem para aprimorar a governabilidade; (...) Assim é que a ascensão da sociedade civil, que, como já se apresentou, vem como um resultado da densificação da consciência de seus interesses e*

[3] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 25-27.

de ser ela própria a origem e destinatária do poder público, está produzindo uma rica tipologia contemporânea da consensualidade envolvendo as atividades do Estado na produção das normas (a regulatória, através de fontes alternativas, fontes consensuais, e de fontes externas); na administração pública (formas alternativas, associativas e consensuais) e na solução dos conflitos (órgãos e formas alternativas de composição).
*Expandem-se e diversificam-se, em consequência**, as formas coordenadas de atuação consensual, tanto pela via da cooperação, que se processa entre entes públicos, como da colaboração, que se dá entre entes públicos e particulares.**" (grifo nosso)*

A atuação do poder público, no caso do estabelecimento de colaboração com as Organizações Sociais, dá-se de forma indireta, com o uso do instrumental jurídico para incentivar os particulares a executarem os serviços públicos sociais imanentes ao campo de atuação dessas entidades, máxime por meio do emprego de fomento, isto é, pelo incentivo e estímulo à participação, com a cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública, sem embargo da celebração de um contrato de gestão, que cristaliza o controle a ser exercido pela Administração Pública, agora sob o ângulo do resultado.

Com efeito, como preconiza o art. 174 da Constituição Republicana, o Estado, como agente normativo e regulamentador da atividade econômica, pode e deve exercer a sua função de estímulo à ação dos sujeitos econômicos, e os contratos de gestão ajustados com as Organizações Sociais tipificam o exercício desse desiderato, que podem contemplar, inclusive, o fomento ao desenvolvimento nacional sustentável nas respectivas áreas de atuação, que são imanentes às OS, isto é, meio ambiente, educação, cultura, saúde, ciência e tecnologia, lazer e desporto.

III – O Terceiro Setor na jurisdição constitucional e a legitimidade democrática do STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923

Pela via do ajuizamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923, por parte do Partido dos Trabalhadores – PT e do Partido Democrático Trabalhista - PDT, restou questionada, ainda em 1998, a referida Lei nº 9.637/98, principalmente frente a possibilidade de contratação dos serviços destas entidades pela Administração Pública por meio de Dispensa de Licitação, o que se tornou possível ante a inclusão do inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93[4], com a redação conferida pela Lei nº 9.648/98.

De igual modo, os autores da ação alegaram que diversos dispositivos do marco regulatório das OS afrontavam ao que disposto nos artigos 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º e 2º; 129; 169, § 1º; 175, *caput*; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º e 2º; 211, § 1º; 213; 215, caput; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º e 5º; 225, § 1º, e 209, todos da CRFB/88. Afirmaram que os dispositivos impugnados visavam transferir atividades desenvolvidas por autarquias e fundações públicas para entidades de direito privado, independente de processo licitatório. Sustentavam, também, que a transferência de tais atividades para organizações sociais feririam a

[4] Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Constituição no que determina a fiscalização contábil, financeira, orçamentária pelo Congresso Nacional; a elaboração de orçamento; a observância de limite para despesas de pessoal; a realização de concurso público; e a aquisição de bens mediante processo licitatório.

A tese discutida na ADI 1923 foi resumida pelo próprio STF, *verbis*:

> *"ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. REPASSES DE RECURSOS PÚBLICOS A ENTIDADES PRIVADAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 22, 23, 37, 40, 49, 70, 71, 74, §§ 1º E 2º, 129, 169, § 1º, 175, CAPUT, 194, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, §§ 1º E 2º, 209, 211, § 1º, 213, 215, CAPUT, 216, 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º, E 225, § 1º, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 9.637/98. LEI Nº 8.666/93, NA REDAÇÃO DA LEI Nº 9.648/98, ART. 1º.* ***Saber se é constitucional o ato normativo impugnado que permite a entes privados denominados organizações sociais a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. (g.n)***

Houve o indeferimento da medida cautelar em razão da descaracterização do *periculum in mora*, o que se deu no ano de 2007, *verbis*:

> *MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao fumus boni iuris. O periculum in mora não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida. (ADI 1923 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-01 PP-00078 RTJ VOL-00204-02 PP-00575)*

O mérito propriamente dito da ADI 1923 só veio a ser cindido em 2011, de início, com a apresentação do voto do Relator, Ministro Ayres Brito, pela procedência

parcial da ADI para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9637/98: a) a expressão "*quanto à conveniência e a oportunidade de sua qualificação como organização social*", contido no inciso II, do artigo 2º; b) a expressão "*com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*", contida no parágrafo 2º, do artigo 14; c) os artigos 18, 19, 20, 21 e 22, com a modulação de efeitos, uma vez que essa norma já vigorava há mais de 12 anos e ainda pelo fato do STF ter negado o pedido de liminar. Nesse período, lembrou o Ministro Ayres Brito, várias entidades públicas federais, estaduais e municipais foram extintas, "*repassando-se para organizações sociais a prestação das respectivas atividades*". Assim, por razões de segurança jurídica, entendeu o Ministro que "*não é de se exigir a desconstituição da situação de fato que adquiriu contornos de consolidação*", e preconizou que as organizações sociais que absorveram atividades de entidades públicas extintas até a data do julgamento deveriam continuar prestando os respectivos serviços, "*sem prejuízos da obrigatoriedade de o poder público, ao final dos contratos de gestão vigentes, instaurar processo público e objetivo, não necessariamente licitação, nos termos da Lei 8666, para as novas avenças*."

Depois de pouco mais de um mês e meio do voto do Ministro Ayres Brito, foi proferido o voto-vista pelo Ministro Luiz Fux, que representou uma reafirmação da opção política manifestada no jogo democrático, com a clara preocupação de exercer a **função contramajoritária da jurisdição constitucional**, segregando-a, porém, de uma *juristocracia*[5], decidindo pela procedência parcial do pedido, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93. Dito voto, afinal, prevaleceu no exame da ADI 1923, e tornou-se o voto condutor do julgamento, que restou concluído mui recentemente, em 16/05/2015[6].

Sobre a citada **função contramajoritária** da jurisdição constitucional, presente no voto do Ministro Luiz Fux, Conrado Hübner Mendes[7] traz à baila o pensamento de Dwork, *in expressis verbis*:

> *"Para Dwork, a democracia, na sua versão mais genuína, não é apena um regime de indivíduos que se juntam para tomar decisões coletivas, processar seus interesses individuais e convertê-los em políticas públicas por intermédio*

[5] Sobre este conceito, o Ministro Luiz Fux – *in* "Jurisdição Constitucional – Democracia e Direitos Fundamentais. Edição Especial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, nota de rodapé a fls. 101" - faz alusão à obra de Ran Hirschl, "*Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitucionalism*". Cambridge, MA: *Harvard University Press*, 2004.

[6] Cabe mencionar que um dia antes da conclusão do julgamento, em 15/05/2015, o Ministro Marco Aurélio proferiu o seu voto, julgando parcialmente procedente o pedido formulado para declarar: (i) a inconstitucionalidade dos artigos 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII, VIII; 5º; 6º, cabeça e parágrafo único; 7º, inciso II; 11 a 15; 17; 20 e 22 da Lei nº 9.637/98; (ii) a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93; (iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, cabeça, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo - em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas - estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma. Dito voto, encontra-se disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289576&caixaBusca=N>

[7] MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011. Série Direito Desenvolvimento Justiça; Produção Científica. p. 17-18.

da regra da maioria. Democracia é também isso, mas, antes, precisa conquistar a filiação moral de seus membros na comunidade política. (...) Democracia, assim, para que mereça o lugar de epítome da justiça política, não pode se restringir à satisfação do bem-estar geral (policy), mas deve respeitar os direitos individuais (princípios). As decisões sobre a primeira dimensão se legitimam pelo critério de "quem" e ""como" se decide: um parlamento representativo por meio do método puramente estatístico da regra da maioria, que promove a igualdade formal – "um homem, um voto" (legitamação ex ante). As decisões sobre a segunda, no entanto, legitimam-se apenas por seu conteúdo, pela resposta certa, independentemente de quem decida (legitimação ex post). Se ao tribunal couber essa missão, não há que se questionar a sua falta de legitimidade por não ter sido eleito, pois esta não seria a forma de se mensurar a legitimidade do "fórum do princípio".

No julgamento da ADI 1923, verdadeiramente, subjazia à solução da controvérsia o risco de substituição das escolhas políticas do legislador quanto aos diversos modelos de intervenção estatal nos domínios econômico e social, risco que o voto de vista do Ministro Luiz Fux, com muita propriedade, revelou, ao ressaltar que o caráter pluralista da Constituição de 1988 alberga tanto a intervenção direta quanto indireta, pelo fomento e pela regulação, nos setores tocados pelas Organizações Sociais, como anteriormente destacado.

Assim, muito embora as Organizações Sociais não integrem o conceito constitucional de Administração Pública, devem se submeter, por força do repasse a elas dirigido de recursos, bens e servidores públicos, ao núcleo essencial dos princípios da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da publicidade (caput do art. 37 da CRFB/88), isto é, devem observar um feixe mínimo dos matizes do regime jurídico de direito público, sem sufocar a agilidade inerente às formas do regime de direito privado, a que faz parte por essência, tendo sido esta a pedra de toque para a declaração da constitucionalidade sufragada no voto, isto é, uma interpretação conforme a Constituição, e, não, um veto puro.

O voto-vista do Ministro Luiz Fux apresenta uma leitura sistemática do que se poderia denominar de perfil constitucional do Terceiro Setor, norteado pela análise de cada um dos tópicos em que o regime legal das Organizações Sociais é reputado em suposta desarmonia com a Constituição Republicana, desmontando, um a um, cada um dos argumentos dos autores da referida ADI, como, por exemplo, destaca-se a questão afeta à Dispensa de Licitação, entendida como em plena sintonia com a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual este certame 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, caracterizando-as como colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais, conforme escólio, anteriormente demonstrado, do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto[8].

Todo o desenrolar do voto está caracterizado pelo emprego do direito administrativo contemporâneo, que, nas últimas duas décadas, vem sofrendo forte mutação, com a adoção de novo referencial, que passou do controle da vontade ao

[8] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar , 2000. p. 25-27.

do resultado, o que tão claramente pode ser caracterizado pela adoção dos modernos conceitos de legitimidade e *responsividade*[9] do administrador, administração pública de resultados, função regulatória das licitações, intervenção direta através de fomento, colaboração entre público e o privado, administração pública dialógica, entre tantos outros.

Como se sabe, a mutação do Direito Administrativo vem sendo construída na esteira da evolução natural do Estado, na inelutável exigência de sua intervenção de maneira especializada e eficaz em setores-chave da vida econômica, em suma, uma decorrência do novo Estado de tipo intervencionista, principalmente por meio de um maior destaque dado às estruturas de regulação.

Com efeito, o modelo piramidal de Administração Pública - em que figura o governo no topo da pirâmide, de onde os agentes eleitos exercem controle político sobre as diferentes estruturas administrativas – ruiu, passando para uma configuração policêntrica, de modo a dar conta da regulação de setores sensíveis da vida social, neles incluídos certos setores da economia, como destaca Gustavo Binenbojm[10], *verbis*:

> *"A responsabilidade política do chefe de governo junto ao povo (em sistemas presidencialistas), ou ao parlamento (em sistemas parlamentaristas), num regime em que ele é também o chefe supremo da Administração, convolou-se em condição necessária da controlabilidade (accountability) social da atuação da burocracia. Pode-se mesmo dizer que esse era o contraponto democrático da chamada crise da lei e da notável expansão das margens decisórias da Administração na definição das políticas públicas. Pode-se dizer, assim, que este era um* ***modelo piramidal de Administração Pública,*** *figurando o governo no topo da pirâmide, de onde os agentes eleitos exerceriam controle político sobre as diferentes estruturas administrativas.*
> *Tal modelo entra em crise com a importação, para diversos países da Europa continetal e para o Brasil, da figura da independent regulatory agency (agência reguladora independente). Se, até bem pouco tempo, a institucionalização de autoridades administrativas com acentuado grau de autonomia em relação ao Poder Executivo Central revelava-se fenômeno restrito e peculiar à estrutura organizacional do Reino Unido e dos Estados Unidos da América, fato é que, desde a década de 70 do século passado, o fenômeno adquiriu tom universal, espraiando-se, com maior ou menor vigor, por diferentes países. Com efeito, este tipo de estrutura institucional só se proliferaria na Europa ocidental sob o influxo dos projetos de governança comunitária promovidos pela União Européia, com o nome de autoridade administrativa independente, enquanto só chegaria no Brasil nos anos*

[9] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 83. "*Princípio da responsividade* – Se responder pela ilegalidade é dever tão antigo quanto o próprio Direito, responder pela *ilegitimidade* é tão recente quanto a consolidação histórica *da democracia* na cultura ocidental. O *princípio da responsividade* vem, por isso, complementar *o princípio da responsabilidade* e ampliar-lhe os efeitos, além da legalidade estrita, para inspirar e fundar ações sancionatórias do Direito Administrativo, voltadas à preservação *do princípio democrático* e da *legitimidade*, que dele decorre.Na verdade, tomada em seu sentido mais dilatado, a *responsividade*, tal como surgiu nos estudos sobre participação política, é *princípio instrumental* da democracia, uma vez que se destina a salvaguardar a *legitimidade*, ou seja, a conciliar a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade pública."

[10] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 240.

noventa, a reboque dos processos de privatização e reforma do Estado. (...) Passa-se, assim de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica."

E nesse novo cenário, neste novo quadro do direito administrativo constitucional, o voto-vista do Ministro Fux legitima-se por seu potencial de enriquecer a qualidade argumentativa da democracia, por propiciar uma interlocução institucional, dialógica entre os três poderes, caminhando a revisão judicial, pela via do controle de constitucionalidade, para muito além de um mero contrapeso.

Resta bastante evidente, pelo conteúdo do voto-vista do Ministro Luiz Fux, que a interpretação constitucional que prevaleceu em seu pronunciamento, ao privilegiar a dogmática constitucional contemporânea, e, não, a dogmática formalista, reforça o sentimento constitucional[11], que, que segundo visão de Luis Roberto Barroso[12], seria o resultado último do "estranhamento[13] da Lei Maior na vivência diária do cidadão", viabilizadora da efetividade da Constituição.

Afinal, como enfatiza Pablo Lucas Verdú[14] a interpretação constitucional, como elemento de integração sentida do povo na comunidade nacional, *"não só importa aos operadores jurídico-constitucionais específicos, como o Tribunal Constitucional, a judicatura ordinária, as autoridades administrativas ou os partidos políticos, entre outros. Interessa, outrossim, aos cidadãos, quando estes possuem uma mínima preocupação cívico-política ante a norma básica do ordenamento jurídico, sentindo a Constituição como sua, compreendendo sua comum integração na comunidade nacional*".

O julgamento da ADI 1923 foi finalizado, como anteriormente destacado, em 16/05/2015, prevalecendo o voto do Ministro Luiz Fux aqui analisado – voto condutor -, constando da decisão final de julgamento:

"***Decisão:*** *O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido,* ***apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, 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 Constituição Federal,*** *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 Constituição Federal****; (****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***

[11] Na definição empregada no voto do Ministro Celso de Mello (Relator) , na ADI nº 1.442, sentimento constitucional equivaleria a um "valor ético-jurídico (...), cuja prevalência, no âmbito da coletividade, revela-se fator capaz de atribuir, ao Estatuto Político, o necessário e indispensável coeficiente de legitimidade social."

[12] O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, 2.ª edição, Renovar, 1993, p. 41.

[13] Estranhamento ou Ostranenie (остранение) pode ser entendida como processo de de singularização, cujo efeito criado pela seria nos distanciar (ou estranhar) em relação ao modo comum como apreendemos o objeto – no caso, a Constituição - o que nos permitiria entrar numa dimensão nova de significância, para muito alé da ordinária.

[14] Verdú, Pablo Lucas. O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. 2006: Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 111.

***forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal**; (**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 Constituição Federal, 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 Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas**, **nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski.** Plenário, 16.04.2015."* (g.n)

O voto condutor do Ministro Luiz Fux, como visto, foi acompanhado pela maioria. Na última sessão de julgamento, o Ministro Teori Zavascki fez remissão ao julgamento do RE 789874, oportunidade na qual o STF reforçou o entendimento de que os serviços sociais autônomos possuem natureza jurídica de direito privado, não estando sujeitos à regra do concurso público, prevista pelo inciso II do artigo 37 da Constituição Republicana, mas ressaltou a necessidade de controle, *verbis*:

> *"As entidades sociais e as do Sistema S são financiados de alguma forma por recursos públicos".*

Por seu turno, também na derradeira sessão de julgamento, a Ministra Cármen Lúcia considerou que o particular pode prestar os serviços sociais em questão, porém com a observação dos princípios e regras da Administração Pública, para que haja "ganho ao usuário do serviço público". Na mesma esteira, o Ministro Gilmar Mendes gizou a ideia de controle pelos Tribunais de Contas e de fiscalização pelo Ministério Público, tendo em vista que os recursos continuam sendo públicos, *in expressis verbis*:

> *"Deve-se buscar um novo modelo de administração que possa se revelar mais eficiente do que o tradicional, mas sob os controles do Estado".*

Já o Ministro Celso de Mello, também nesta última sessão do dia 16/05/2015, destacou a **ineficácia do perfil burocrático da administração pública** e a necessidade de **redefinição do papel estatal**, de modo a viabilizar a realização de políticas públicas em áreas em que se mostra ausente o próprio Estado. Afinal, o Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, salientou que as Organizações Sociais podem colaborar com a flexibilidade e agilidade na prestação de serviço público, sem embargo de estarem submetidas aos princípios constitucionais, *verbis*:

> . *"Em uma República, qualquer empresa, pública ou privada, e qualquer indivíduo deve prestar contas. A solução dada para o caso é a mais adequada: permitir que essas instituições subsistam"*.

IV – Conclusão

Depreende-se, máxime, da análise do voto-vista anteriormente exposto, engendrado pelo Ministro Luiz Fux no ano de 2011, que a aplicação das normas constitucionais não pode estar hoje jungida unicamente aos métodos usuais de interpretação, posto que revelam-se, no mais das vezes, ineficientes para balizar o ambiente de incerteza e a enorme complexidade das relações jurídicas na atualidade, o que é ainda mais catalisado pelo perfil da Constituição Republicana de 1988, que, além de regras com conteúdo restrito, contempla uma ampla matriz axiológica.

Exsurge também da tessitura do posicionamento do Min. Luiz Fux, cristalizada no seu voto-vista na ADI 1923, a clara deferência às opções políticas manifestadas no jogo democrático, com o manejo do Direito Administrativo Contemporâneo em aguda sintonia com o neoconstitucionalismo inaugurado com a Carta de 1988, com destaque para a maior interação deliberativa entre os poderes, na medida em que a produção de sua interpretação está orientada por critérios objetivos que se harmonizam com a divisão de competências, tudo de modo franquear maior legitimidade à atuação da Corte Constitucional na produção da revisão judicial aplicada.

V - Referências Bibliográficas

- BARROSO, LUIS ROBERTO. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, 2.ª ed., Editora Renovar, 1993.

- BARROSO, LUIS ROBERTO. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Portal Direito do Estado. <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em abr. 2015.

- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- FUX, Luiz. Jurisdição Constitucional. Democracia e Direitos Fundamentais. Edição Especial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

- MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais,Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

- VERDÚ, Pablo Lucas. O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NEVES, Marcelo José das. AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – ADI 1923. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 43, julho/agosto/setembro de 2015. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-43-JULHO-2015-MARCELO-NEVES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.