

SUMÁRIO

DOCTRINA

Artigos

- A Princiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Flávio Amaral Garcia*. 9
- Revisão Parlamentar no controle de Constitucionalidade, Constitucionalismo Popular e Humildade Institucional. *Marianna Montebello Willeman*. 29
- A natureza jurídica dos Atos Concessivos de aposentadoria, reforma e pensão. *André Gonzalez Cruz*. 53
- As Organizações Sociais como realidade pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/1998. *Viviane de Azevedo da Silva*. 115
- Função Social do Patrimônio Público. *Élcio Arruda*. 127
- O Setor Portuário e o novo Marco Regulatório. *Marcos Pinto Correia Gomes*. 159
- O retorno da polêmica do foro por Prerrogativa de Função nas ações por ato de Improbidade Administrativa. *Ricardo Benetti Fernandes Moça*. 209

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Acórdãos na Íntegra

Supremo Tribunal Federal

- Ministro aposentado do TCU - Férias não gozadas por necessidade de serviço motivada por exclusivo interesse do Poder Público – Exercício, no caso, por Ministro do TCU, de funções inerentes à administração superior da Corte de Contas – Superveniência de sua aposentadoria – Deliberação do TCU que impõe limitação do pagamento de férias não usufruídas por imperiosa necessidade do serviço ao período máximo de 02 (dois) meses – Inaplicabilidade ao caso dessa restrição de Ordem Temporal. 255

Supremo Tribunal Federal

- ADI - Lei Federal nº 9.755/98 – Autorização para que o Tribunal de Contas da União crie sítio eletrônico denominado Contas Públicas para a divulgação de dados tributários e financeiros dos Entes Federados – Violação do Princípio Federativo – Não ocorrência – Prestígio do Princípio da Publicidade. 267

As Organizações Sociais como realidade pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/1998

Viviane de Azevedo da Silva

Resumo: O presente artigo tem por objeto demonstrar a realidade pública criada a partir da promulgação da Lei nº 9.637/98, que instituiu as Organizações Sociais no ordenamento jurídico pátrio, e o reflexo dessa realidade conformada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/98, proposta há quinze anos, pendente de julgamento, à luz das teorias de hermenêutica constitucional propugnadas por Hermann Heller e Peter Häberle.

Palavras-chave: Organizações Sociais. Ordenamento jurídico pátrio. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Sumário: **1** A reforma administrativa do Estado e o projeto das Organizações Sociais – **2** A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/1998 – **3** O tempo como fator de conformação da realidade no julgamento da ADI nº 1.923/1998 – **4** Conclusão – Referências

1 A reforma administrativa do Estado e o projeto das Organizações Sociais

A prosperidade vivida após a Segunda Guerra Mundial, não apenas pelos países capitalistas desenvolvidos, mas também pelos socialistas e parte do Terceiro Mundo, entrou em declínio em meados nos anos 1970, o que desestabilizou a economia mundial.

No cenário nacional, entre os anos 30 e 60 deste século, o país viveu um período de grande crescimento econômico e social, movido pela intervenção estatal na exploração de atividades econômicas. Essa prosperidade fomentou uma proliferação de pessoas jurídicas públicas, gerando um crescimento distorcido da máquina estatal, que entrou em crise nos anos 1970, em razão de seu dispendioso e ineficiente gigantismo. Conforme levantado por Rita Tourinho,¹ no ano de 1981, apenas na esfera federal já existiam 530 (quinhentas e trinta) pessoas jurídicas públicas.

É inegável, no entanto, a ampliação da intervenção estatal a partir da Constituição de 1937, quando o Estado passou a atuar intensamente na exploração de atividades econômicas através de empresas públicas e sociedades de economia mista criadas para tal fim. Porém o avanço e o agigantamento do Estado Econômico brasileiro se deram a partir da década de 1990. No ano de 1991, recenseamento oficial constatou a existência de 530 (quinhentos e trinta) pessoas jurídicas públicas, apenas no âmbito federal. Como era previsto, fomos também atingidos pelo esgotamento financeiro, ineficiência administrativa e, acrescente-se, alto índice de corrupção que levou a falência estatal, exaurindo o modelo até então adotado.

Diante da necessidade de reduzir os crescentes gastos públicos gerados com a expansão da intervenção econômica e social do Estado, bem como de ofertar serviços com maior eficiência e qualidade, o Brasil foi obrigado a repensar o modelo de sua inchada, ineficiente e dispendiosa máquina burocrática, na busca por soluções mais econômicas. Nesse contexto, buscou-se uma proposta de reforma administrativa, a partir do reconhecimento de que o modelo intervencionista

adotado desviava o Estado de funções precípuas, conforme destacado pelo então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado:²

Nos últimos anos, assistimos em todo o mundo a um debate acalorado, ainda longe de ser concluído, sobre o papel que o Estado deve desempenhar na vida contemporânea e o grau de intervenção que deve ter na economia. No Brasil, o tema adquire relevância particular, tendo em vista que o Estado, em razão do modelo de desenvolvimento adotado, desviou-se de suas funções precípuas para atuar com grande ênfase na esfera produtiva. Essa maciça interferência do Estado no mercado acarretou distorções crescentes, que se tornaram insustentáveis na década de 90.

A exemplo das práticas adotadas por países desenvolvidos como Grã-Bretanha e Estados Unidos, na década de 1990 o Brasil empenhou-se em soluções para corte de custos, como redução de pessoal e privatizações. Nesse contexto, fora idealizado um Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, concebido pelo então Ministério da Administração Pública Federal e Reforma do Estado, o qual teve por estratégia central o Projeto de Organizações Sociais, conforme esclarecido por seu idealizador, o então Ministro Bresser-Pereira:³

A idéia, em termos de reforma, é transformar os serviços sociais e científicos prestados diretamente pelo Estado em entidades de serviço quase-estatais ou públicas não-estatais de um tipo especial, que farão parte do orçamento do Estado mas não do aparelho do Estado, e portanto não empregarão servidores públicos estatutários. Proponho chamar tais instituições de “Organizações Sociais”.

Tal projeto partiu da constatação da existência, no seio da sociedade civil organizada, de instituições sem fins lucrativos, destinadas e vocacionadas ao desenvolvimento de atividades próprias do Estado. Destarte, embora pela dicotomia clássica do direito essas instituições sejam classificadas como pessoas jurídicas de direito privado, por seus fins de natureza eminentemente pública, estão compreendidas no setor público não estatal, o denominado Terceiro Setor.

Tais instituições nascem da organização da própria sociedade para atendimento do interesse público, sendo despidas de propriedade, ou seja, não são de propriedade privada nem de propriedade pública, pertencem à sociedade, conforme bem pontuado no referido projeto de reforma:⁴

Uma distinção importante entre esses setores está relacionada às formas de propriedade. Ainda que vulgarmente se considerem apenas duas formas, a propriedade estatal e a propriedade privada, existe no capitalismo contemporâneo uma terceira forma, intermediária, extremamente relevante: a propriedade pública não-estatal, constituída por organizações sem fins lucrativos que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público.

Assim, considerando a capacidade que essas instituições desenvolvem na execução de serviços públicos, vislumbrou-se o fomento delas, por intermédio de uma parceria entre Estado e sociedade, em busca do aumento de eficiência na prestação dos serviços ofertados à população, a um custo menor. Para tanto, vislumbrou-se a transferência da produção de serviços públicos não exclusivos a tais instituições, previamente qualificadas como Organizações Sociais, por meio de um programa de publicização, conforme previsto no Projeto de Organizações Sociais, idealizado pelo então

Ministério da Administração e Reforma do Estado:⁵

Por meio de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal, o denominado terceiro setor, a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle.

Desse modo, o Estado abandona o papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais, como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade.

Para instrumentalizar essa parceria, foi concebido o “contrato de gestão”, que objetiva a transferência da produção de serviços públicos não exclusivos às Organizações Sociais, como o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde, mediante o estabelecimento de metas a serem perseguidas pela instituição contratada e rigoroso controle de resultados pela Administração Pública contratante.

O projeto previu, ainda, que, na execução do contrato de gestão, as Organizações Sociais, compreendidas como verdadeiras instituições públicas, por serem destinadas ao desempenho de atividades de interesse público, estão obrigadas à observância dos princípios norteadores da Administração Pública como da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da economicidade. Essa observância, contudo, não importa em sujeição ao sistema normativo próprio da Administração Pública, tendo em vista que tais instituições ostentam natureza jurídica de direito privado.

Com a celebração do contrato de gestão, as entidades qualificadas como Organização Social pelo Poder Público absorvem os serviços públicos que estejam sendo executados no âmbito estatal, visando lograr maior autonomia e flexibilidade na execução destes, mediante mecanismos de controle interno, externo e social.

Como mecanismo de controle social foi previsto no referido projeto o estabelecimento de um conselho de administração de deliberação máxima, no âmbito da estrutura organizacional da instituição, composto em sua maioria por membros representantes da Administração Pública, assim como da sociedade civil, com poderes de participação na formulação e na avaliação do desempenho da organização social.⁶

[...] lograr um maior foco o cidadão-usuário e um maior controle social direto desses serviços por parte da sociedade, por meio dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação, quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social.

Também foi previsto um rigoroso sistema de controle físico-financeiro pelo órgão ou entidade supervisora da área, por intermédio de comissão de avaliação, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, cabendo a esta dar ciência de qualquer irregularidade verificada na utilização de recursos públicos ao Tribunal de Contas da União e, se for o caso, ao Ministério Público.

O projeto fora concretizado por intermédio da Medida Provisória nº 1.591, de 09 de outubro de 1997, convertida, em 15 de maio de 1998, na Lei nº 9.637, que instituiu e regulamentou o modelo jurídico-normativo das Organizações Sociais no âmbito da União Federal e criou o Plano Nacional de Publicização, entre outros dispositivos.

A referida Lei previu a formação de parcerias entre a sociedade civil organizada e a Administração Pública, buscando reduzir as disfunções operacionais do Estado e maximizar os resultados esperados, com a implementação das políticas de governo.

No entanto, como prevê a transferência de serviços públicos não exclusivos para o setor “público não estatal”, especialmente para entidades qualificadas como Organizações Sociais, que absorvem as atividades próprias da Administração Pública, a Lei nº 9.637/98 foi alvo de severas críticas quanto a sua constitucionalidade, mormente por versar sobre transferência de atividade-fim do Estado a entidades de interesses sociais, regidas pelo direito privado, entre outras questões.

2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/1998

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.637/98, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 1.923), em 1º.12.1998, insurgindo-se contra a absorção das atividades do Estado por Organizações Sociais, bem como contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com Organizações Sociais, por dispensa de licitação.

Distribuída no mesmo ano da promulgação da Lei nº 9.637/98, ou seja, em 1998, o julgamento do pleito liminar da ADI nº 1.923/98 só foi concluído apenas nove anos após a entrada em vigor da respectiva Lei, tendo sido negado por maioria (5 x 4).

A questão central da ADI nº 1.923/98 versa sobre a constitucionalidade da transferência dos serviços públicos para instituições de direito privado, em face da obrigação constitucional de prestação estatal direta, entendida pelos autores como uma suposta exoneração do Estado do dever que lhe cabe.

Assim, como resta cediço de forma expressa no texto constitucional que o Estado não é exclusivo na prestação de serviços alcançados pela nova ordem legal, a análise da Suprema Corte debruça-se na questão atinente à absorção de atividades pelo inovador modelo proposto.

Em sessão plenária do STF realizada no dia 31.03.2011 para início do julgamento do mérito da referida ADI, o então Relator Ministro Ayres Britto proferiu voto parcialmente procedente, tendo considerado inconstitucional apenas algumas expressões de dispositivos da Lei nº 9.637/98 de caráter discricionário, a fim de conferir maior alcance dos princípios regentes da Administração Pública nas relações com as Organizações Sociais.

No entanto, após fazer um apanhado sobre os preceitos constitucionais relativos ao regime dos serviços públicos, consignou a possibilidade de prestação não estatal. Ressaltou que os serviços prestados tanto pelo setor público — diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização — quanto os prestados pela iniciativa privada possuiriam natureza pública, uma vez

que o serviço não se despublicizaria pelo fato do transpasse de sua prestação ao setor privado.

Após o voto do Relator Ministro Ayres Britto, a sessão de julgamento foi suspensa, em razão do pedido de vistas pleiteado pelo Ministro Luiz Fux, tendo sido reiniciada em 19.05.2011 e novamente suspensa por pedido de vistas do Ministro Marco Aurélio de Mello, ainda sem data para reinício.

O especial cuidado demonstrado no julgamento da ADI nº 1.923/98 decorre, claramente, da realidade pública que foi se constituindo com a vigência da Lei que instituiu as Organizações Sociais, promulgada há quinze anos.

3 O tempo como fator de conformação da realidade no julgamento da ADI nº 1.923/1998

Embora a ADI nº 1.923/98 tenha sido proposta pelo Partido dos Trabalhadores em 1998, ocasião em que se opunha fortemente às medidas de reforma do Estado que visavam a redução da máquina pública, no ano de 2003 o referido Partido assume o Poder Executivo, ou seja, cinco anos após a propositura da referida ADI, encontrando uma realidade consolidada acerca das exitosas parcerias que já vinham produzindo, iniciadas no Estado de São Paulo e difundidas por toda a Federação.

Essa mudança de compreensão acerca do novo modelo de gestão resta claramente demonstrada no curso da ADI, diante das informações prestadas pela própria Presidência da República nos autos, ao sustentar que as Organizações Sociais, por sua natureza social, não poderiam ser consideradas uma forma de privatização, conforme citado no voto do então Ministro Relator Ilmar Galvão.

Segundo as informações da Presidência da República que, no ponto, se apóiam em lições de Paulo Eduardo Garrido Modesto, as entidades da espécie não configuram um novo tipo de pessoa jurídica privada, nem entes criados por lei e encartados na estrutura da administração pública, mas pessoas estruturadas sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos, não gozando de qualquer espécie de prerrogativa de direito público nem podendo ser consideradas uma forma de privatização de entes públicos, uma vez que sua criação não implica uma transação de natureza econômica, mas uma finalidade de natureza social, de interesse público, não podendo objetivar o lucro nem qualquer outro proveito de natureza empresarial, podendo ser descritas como entes privados que colaboram com a Administração, como já o eram as entidades declaradas de utilidade pública.

O tempo de vigência da Lei nº 9.637/98 e o vagaroso julgamento da ADI nº 1.923/98 foram criando uma realidade pública concreta e aplicada, que vem produzindo materiais para a teoria da interpretação constitucional, a qual, como ciência da experiência, não pode se afastar dessa realidade social conformada.

Segundo a teoria de Hermann Heller, a Constituição do Estado coincide com sua organização, que, por sua vez, reflete a realidade social, ou seja, a situação política real vivida pelo Estado. É a Constituição política como realidade social. Para ilustrar essa assertiva, Heller, citando Lassalle, enfatizou:⁷

Dessa constituição “real” que todo país possui em todo tempo, disse Lassalle na sua conhecida

conferência *Über Verfassungswesen* (1862), que não é uma constituição escrita ou folha de papel, mas as relações reais de poder que se dão em um país.

Assim, embora seja desejável que a organização de uma constituição perdure-se no tempo, de forma a refletir a realidade futura, uma constituição não deve afastar-se dessa realidade, tendo em vista que sua força depende da integração das reais relações vividas, que estão em constante modificação. Nesse sentido, propugnou Heller:⁸

A Constituição permanece através da mudança de tempos e pessoas graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana que com ela concorda. Esta probabilidade baseia-se, de uma parte, em uma mera normalidade de fato, conforme a Constituição.

Da análise dos votos proferidos no julgamento da medida cautelar da ADI nº 1.923/98, observa-se que foi devidamente constatado pelos julgadores a existência de uma normalidade produzida pela norma infraconstitucional que, embora esteja tendo sua constitucionalidade questionada, gerou uma realidade pública experimentada e valorada socialmente, que revela a força das reais relações de poder sobre a Constituição, influenciando em seu julgamento.

Assim, conforme se extrai do longo voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes em 1º.08.2007, na decisão que indeferiu a medida cautelar requerida nos autos da ADI nº 1.923/98, a experiência refletida de forma exitosa do novo modelo de gestão influenciou de forma contundente para afastar a concessão de medida cautelar, conforme a seguir transcrito:

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

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

Nesse contexto, verifica-se que na avaliação preliminar da constitucionalidade da Lei nº 9.637/98, o eminente Ministro levou em consideração os aspectos empíricos de realidade conformada para fundamentar seu voto. É a teoria da constituição no sentido da realidade, a qual exige olhar atento dos julgadores para evolução do direito em face das relações reais de poder que se estabelecem na organização da sociedade.

Na sessão plenária que concluiu o julgamento da liminar pleiteada na ADI nº 1.923/98, realizada no dia 1º.08.2007, o Ministro Eros Grau reconsiderou seu voto proferido anteriormente, para negar a liminar, levando em consideração exatamente os dados sobre a conformação da realidade que devem ser observados pelos julgadores:

Votei, na última sessão, em que examinamos a matéria, pela concessão liminar. Mas, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, gostaria de fazer algumas considerações que me parecem importante.

Tenho insistido — disse isso mais de uma vez aqui, talvez de modo até impertinente — em que não se interpreta apenas os textos normativos, mas os textos e a realidade.

O Ministro Gilmar Mendes traz novos e substanciais dados da realidade dos quais eu não tinha conhecimento quando votei. Aliás, só ao final do meu voto o Ministro Sepúlveda Pertence fez uma observação, referindo-se a existência do Hospital Sarah. Eu não tinha conhecimento desses dados de realidade trazidos naquele momento. [...]

De qualquer modo, gostaria de insistir no seguinte: além desta realidade, do Hospital Sarah, há inúmeras outras instituições de saúde; há instituições — fiquei sabendo posteriormente —, no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, que são organizações sociais. Tomei conhecimento até de algumas coisas ditas com agressividade, na imprensa, por um zoólogo ou físico... Mas isso não importa. Naquele momento em que votei, talvez pudesse me valer da velha expressão: “o que não está nos autos não está no mundo”. Mas a verdade é que isso não pode ser tomado ao pé da letra e agora tenho conhecimento de circunstâncias que estão no mundo da vida e devem ser consideradas. Como já disse, nós não interpretamos apenas os textos, mas os textos e a realidade. [...]

Nessas circunstâncias, reservando-me para o voto que devo proferir no mérito, diante da força dos fatos e da realidade reconsidero minha decisão anterior para negar a liminar.

Da análise do pronunciamento supracitado, observa-se claramente que o tempo revelou uma realidade empírica, produzindo fatos que contribuíram para a formação do convencimento do julgador, levando-o a alterar seu voto, inicialmente proferido de forma contrária. Como mencionado pelo eminente Ministro: “nós não interpretamos apenas os textos, mas os textos e a realidade”. Nesse sentido, pontuou Peter Häberle:⁹

Se se fala que o tempo, a esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) e a realidade colocam problemas constitucionais e fornecem material para uma interpretação constitucional, ampliando suas necessidades e possibilidades, então devem esses conceitos ser considerados apenas como dados provisórios. Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (*Öffentlichkeit*), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes.

Um dos elementos importantes na interpretação constitucional propugnada por Peter Häberle em sua teoria é o processo político, o qual aproxima os julgadores da realidade pública. Para Häberle o processo político “deve ser comparado a um motor que impulsiona o processo”, gerando “o movimento, a inovação, a mudança que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material para interpretação constitucional, criando realidades públicas”.¹⁰ Assim, não pode deixar de ser considerado no momento do julgamento pela Corte Constitucional, o que pode ser observado no voto do Ministro Luiz Fux, proferido no julgamento do mérito:

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

Essa mudança de paradigmas que se revela na produção normativa, visando melhor atender os

objetivos precípuos do Estado, tem de ser avaliada como demandas necessárias, como a redefinição do papel do Estado, sobretudo na área social.

4 Conclusão

Essa necessária conexão estatal com a realidade, que de forma salutar vem sendo observada no julgamento da ADI nº 1.923/98 como elemento de interpretação da Constituição, não significa a perda de sua força normativa, ao romper com alguns paradigmas tradicionais do direito.

Embora reste evidente que os julgadores na interpretação constitucional não devam desconectar-se da realidade, que revelam as reais forças de poder existentes no seio da sociedade, também é certo que deve ser assegurado à Constituição sua força normativa. Assim, conforme sustentado por Konrad Hesse,¹¹ o direito constitucional não é — “no sentido estrito da sociologia ou da Ciência Política — uma ciência da realidade”, nem tampouco é “mera ciência normativa”, mas sim uma ciência composta por esses dois elementos.

No entanto, a relação entre o direito constitucional (elemento normativo) e a prática administrativa (elemento realidade) deve sempre ser apreciada pelos juízes da Corte Constitucional em seus julgamentos, de forma que a interpretação constitucional esteja em atualidade com a realidade em que está inserida. Assim, as transformações sociais vão transmudando os conceitos jurídicos, sem extingui-los, de forma a adaptar-se à realidade conformada, como ressaltou Mânica:¹²

Se as necessidades humanas ampliam-se, a sociedade se transforma, o Estado se redimensiona, o direito positivo muda; o mesmo deve ocorrer com as instituições jurídicas. A situação de hoje não é de todo diferente de cenários sociais pesados, em que guerra, revoluções sociais e científicas colocaram em xeque pensamentos até então tidos como definitivos. A especialidade do momento atual consiste na velocidade em que as transformações sociais e tecnológicas têm ocorrido, especialmente no setor da saúde, o que provoca um descompasso cada vez mais marcante entre o direito e a realidade. Portanto, a superação de ideias e noções não implica necessariamente seu abandono, mas sua adaptação à realidade em que estão inseridas.

Após quinze anos de vigência da lei que inaugurou as Organizações Sociais no ordenamento jurídico pátrio, o país vivencia uma realidade pública gerada com a vigência da norma, difundida por toda a Federação, que confere suma importância ao elemento “realidade”. Para corresponder a essa realidade, o elemento “normativo” constitucional sofre interpretação em consonância com a atualidade, que influencia o julgamento definitivo da ADI nº 1.923/98.

Pelos votos proferidos no âmbito da ADI nº 1.923/98 já é possível extrair que essa realidade conformada no plano prático pelo fator tempo transmudou os conceitos rígidos acerca da clássica divisão do direito entre público e privado, bem como sobre a forma de prestação de serviços públicos, gerando uma nova interpretação ao texto constitucional, sem alterá-lo, nem tampouco reduzi-lo em sua força normativa.

Seguindo a concepção de Peter Häberle, “a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com sua atualização pública”.¹³ Nesse sentido, resta evidente a

necessária atenção que julgadores devem voltar para o desenvolvimento evolutivo da organização da sociedade, na busca por uma integração da realidade no processo de interpretação constitucional.

Referências

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações sociais*. 5. ed. Brasília, DF: 1998. (Série Cadernos MARE da Reforma do Estado, Caderno 2).

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TOURINHO, Rita. Terceiro setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dez./fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-RITA-TOURINHO.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2013.

¹ TOURINHO. Terceiro setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*.

² BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações sociais*, p. 6.

³ *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*, p. 317.

⁴ BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações sociais*, p. 10.

⁵ BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações sociais*, p. 8.

⁶ BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações sociais*, p. 10.

⁷ HELLER. *Teoria do Estado*, p. 295.

⁸ *Ibidem*, p. 296.

⁹ HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, p. 19.

¹⁰ *Ibidem*, p. 26.

¹¹ Hesse. *A força normativa da Constituição*, p. 26.

¹² MÂNICA. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*, p. 20-21.

¹³ Hesse, *op cit.*, p. 41.

Como citar este conteúdo na versão digital:

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

SILVA, Viviane de Azevedo da. As Organizações Sociais como realidade pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/1998. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98870>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

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

SILVA, Viviane de Azevedo da. As Organizações Sociais como realidade pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/1998. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 115-126, out./dez. 2013.