

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONOMICA E REGULAÇÃO**

FABRICIO BERTINI PASQUOT POLIDO

ANTÔNIO DE MOURA BORGES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Antônio de Moura Borges, Fabricio Bertini Pasquot Polido – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-207-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Transformações na ordem social.
3. Transformações na ordem econômica. 4. Regulação. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONOMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

No dia 7 de julho de 2016, por ocasião do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, na Universidade de Brasília- UnB, estiveram reunidos os participantes do Grupo de Trabalho “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”, sob a coordenação dos Professores Dr. Antônio de Moura Borges (UnB) e Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido. Em momento extremamente oportuno para um repensar crítico das questões interdisciplinares de pesquisa envolvendo direito econômico, direito financeiro, direito constitucional e teoria da regulação, os trabalhos foram conduzidos de modo a oferecer a todos perspectiva sistemática sobre os seguintes eixos principais:

- i) macroestrutura da regulação normativa envolvendo as ordens econômica e social, com interfaces constitucionais e globais;
- ii) regulação da atividade econômica e setores de infraestrutura e serviços;
- iii) ordem tributária, financeira e política fiscal; e
- iv) ordem social, educação, ciência e tecnologia.

Os artigos submetidos, desse modo, representaram a possibilidade de discussão mais aprofundada sobre temas nestes eixos principais, que ora são introduzidos aos leitores. No primeiro bloco, o artigo “A RECONFIGURAÇÃO DO PODER NA SOCIEDADE GLOBALIZADA: O PAPEL DOS ATORES ESTATAIS E NÃO ESTATAIS”, de Giovanni Olsson e Eduardo Baldissera Carvalho Salles, analisa o exercício do poder pelos atores estatais e não estatais na sociedade globalizada, tendo como referencial a emergência do projeto filosófico da modernidade e suas premissas teóricas, passando pela globalização como fenômeno histórico e suas principais características e a centralidade do Estado e concorrência de atores não-estatais no quadro das “governanças sem governo”, que estruturam, segundo os autores, uma forma de “novo medievalismo” global. No artigo “LEX MERCATÓRIA: PODER CONFLITUAL OU PODER CONSENSUAL COM A ORDEM JURÍDICA ESTATAL?”, Fabiano Derussi discorre sobre os problemas conceituais da Lex Mercatória como espécie de pluralismo jurídico e de expressão do poder, vislumbrando ali uma vertente de poder conflitual e consensual ante a ordem jurídica estatal. Na sequência,

Taísa Regina Rodrigues e Higor da Silva Biana, em “A REGULAÇÃO DO MERCADO À LUZ DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA”, oferecem uma reflexão sobre os conceitos da Teoria de Justiça de John Rawls e expõem a concepção do mercado como um “fenômeno poliédrico”, determinante para a compreensão de como a regulação do mercado constitui um (ou o) dos principais instrumentos de atuação do Estado na concretização dos objetivos de um projeto de sociedade capitalista. No artigo “A LIBERDADE ECONÔMICA E AS EXTERNALIDADES DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: O TEUTO, OS STAKEHOLDERS, A DIGNIDADE HUMANA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS”, Edison Miguel Rodrigues examina o contexto do negócio de alienação do Laboratório Teuto para a Pfizer e o artificialismo resultante dos números de Ebtida sobre o aumento da produção e consequente redução da qualidade dos medicamento. Nesse sentido, o autor sustenta de que forma a liberdade econômica pode ser colidente com com preocupações de proteção da dignidade humana e do interesse da coletividade (stakeholders) para viabilizar investimentos nas áreas de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação, por meio de políticas públicas. Giovani Clark e Maria Jocelia Nogueira Lima apresentam importante estudo crítico intitulado “PBH ATIVOS S.A.: UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ÀS AVESSAS?”, refletindo os excessos e inconsistências da constituição de empresas controladas pela Administração Pública direta, sob a forma de sociedade anônima, em vários entes federados (São Paulo, Minas Gerais, Município de Belo Horizonte), com o objetivo de realização de operações de cessão de direitos creditórios de natureza tributária ou não tributária, tendo como referencial o caso da “PBH Ativos S.A.” em Belo Horizonte, Minas Gerais. No trabalho “CORRUPÇÃO POLÍTICA E CRIMES ECONÔMICOS E A CONSEQUENTE INEFICIÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS”, Abimael Ortiz Barros e Fernando Gustavo Knoerr abrem espaço para a discussão sobre a criminalidade econômica, especificamente sobre os efeitos dos crimes econômicos e da corrupção na sociedade e Estado Democrático de Direito, buscando analisar se políticas estatais têm capturado a realidade examinada. Em instigante estudo de Marlene Kempfer e Philippe Antônio Azedo Monteiro, intitulado “A REGULAÇÃO ECONÔMICA E O DIREITO DE PROPRIEDADE: NORMAS PROMOCIONAIS DE ACESSO E PERMANÊNCIA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NO MERCADO”, são oferecidos aportes teóricos a sustentar os mecanismos de intervenção do Estado na atividade econômica sob fundamentos e políticas promocionais, capazes de induzir ambientes de estímulo a micro e pequenos empresários, em suas iniciativas de ingresso e manutenção nos mercados. Entre os argumentos, encontram-se o de regularização dos ativos e redução da informalidade, a propósito de medidas adotadas pela Lei Complementar 123/2006, que originou um sistema federativo para inclusão e fomento de micro e pequenos empreendimentos.

No segundo eixo temático dedicado à questões sobre regulação da atividade econômica e setores de infraestrutura e serviços, Gabriel Fliege de Lucena Stuckert, em seu artigo “A REGULAÇÃO À LUZ DO STF”, examina, a partir de pesquisa jurisprudencial associada às orientações do Supremo Tribunal Federal, as possíveis variáveis de análise do tema da regulação segundo a perspectiva dos tribunais brasileiros. O autor concentra sua análise em marcos conceituais sobre a teoria da regulação, os contextos de destaque do tema no Brasil, particularmente durante o processo de privatização e de criação de agências reguladoras no final da década de 1990 e anos 2000. No trabalho “ASPECTOS REGULATÓRIOS DO SETOR ELÉTRICO E OS IMPACTOS DECORRENTES DA IMPLANTAÇÃO DE LINHAS DE TRANSMISSÃO”, Daniel Monteiro sustenta a necessidade de análise dos aspectos regulatórios e dos impactos resultantes da implantação de sistemas de transmissão de energia elétrica, passando pelas estruturas e equipamentos destinados à prestação do serviço público de transmissão e distribuição de energia elétrica, além de restrições públicas relacionadas, como limitações no uso das propriedades e incidência de normas ambientais. Na sequência, no artigo “A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DA ANEEL: LIMITES DE ATUAÇÃO SOB A ÓTICA DO CASO DA RESOLUÇÃO 500/2012”, Larissa Urruth Pereira e Luciana Oliveira de Campos discutem os desdobramentos da Reforma do Estado, na década de 1990, quanto à adoção do modelo regulatório resultante para a gestão e normalização do setor elétrico brasileiro, estruturado, fundamentalmente, sob autarquias em regime especial, com competências normativas e técnicas sobre mercados ‘desestatizados’. Como proposta de estudo, as autoras voltam-se para a Resolução n. 500/2012 da ANEEL, que estabelece os procedimentos para reembolso do custo de combustíveis de empreendimento que utilize carvão mineral nacional. No trabalho “A FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DA ANATEL PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO”, Gustavo Brasil Romão e Silva sustenta a demanda de maior atuação de órgãos públicos na tarefa de assegurar melhor prestação dos serviços de telecomunicações no Brasil, e que seria de competência da ANATEL não apenas o poder de polícia e fiscalização das empresas concessionárias de serviço público de telecomunicações, mas também o poder regulatório estrito, com o que tanto práticas regulares quanto distorcidas deveriam estar sob o controle externo da agência pelo Tribunal de Contas da União. Rayana Pereira Sotão Arraes e Felipe Costa Camarão, no trabalho “PARA QUEM O MERCADO DEVE FUNCIONAR? UMA ANÁLISE DO CASO UBER NO BRASIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS”, debatem a polêmica quanto à necessidade de regulamentação da atividade de transporte individual de passageiros nos serviços oferecidos mundialmente pelo aplicativo Uber, refletindo sobre questões relativas à natureza do serviço, como objetivos de proteção dos consumidores. As autoras posicionam o leitor sobre a perspectiva de (i) legitimidade do cerceamento da liberdade de iniciativa da empresa, em defesa do serviço não regulado. Sobre esse mesmo tema, no artigo “O IMPACTO DA INOVAÇÃO

TECNOLÓGICA NO MERCADO REGULADO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL”, Marcelo Simões dos Reis analisa o contexto de entrada de diversos aplicativos de smartphone que conectam motoristas e usuários no mercado de transporte individual, observando a redução dos custos de transação no setor. Chama a atenção para o fato de que a popularização do Uber tem demonstrado como a tecnologia móvel veio desafiando e ameaçando o modelo tradicional. Em “UMA PROPOSTA DE REGULAÇÃO PARA AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS”, Bruno Henrique Taveira examina o surgimento e normas relativas às incorporações imobiliárias, concentrando-se na origem do instituto, na análise de sua disciplina legislativa no Brasil, com propostas de criação de uma autarquia ou agência reguladora federal para fiscalizar as incorporações imobiliárias no Brasil.

No terceiro eixo temático “ordem tributária, financeira e política fiscal”, Fernanda Adams e Rafael Lima Torres oferecem seu artigo “A ANÁLISE DA POLÍTICA FISCAL BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DAS SOLUÇÕES KEYNESIANAS PARA SUPERAÇÃO DA CRISE ECONÔMICA CAPITALISTA”. O trabalho busca demonstrar de que forma o pensamento keynesiano sobre políticas fiscais e suas soluções, no campo fiscal, são base para repensar o reequilíbrio econômico e diminuição dos efeitos da recessão, tendo em mente a proposta de análise sobre a realidade brasileira e os ajustes fiscais propostos pelo governo, para ao final concluirmos se as medidas propostas convergem com as soluções apresentadas por Keynes e se poderão atuar como anticíclicas, reequilibrando o sistema econômico. Em seguida, em “TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL E INCLUSÃO SOCIAL PELA EDUCAÇÃO: A SUBVENÇÃO EDUCACIONAL PREFERENCIAL DO CHILE”, André Murilo Parente Nogueira e Manuella de Oliveira Soares observam a necessidade de uma tributação que atenda às necessidades do Estado Democrático de Direito, um Estado Extrafiscal, concebido sob uma perspectiva não puramente arrecadatória, mas que destine tributos como meio para consecução da justiça fiscal e distributiva. Em “O RECONHECIMENTO DO REGIME DE COMPETÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE ACORDO COM AS NORMAS BRASILEIRAS DE CONTABILIDADE”, Jeanne Marguerite Molina Moreira e Allyne Marie Molina Moreira debatem os rumos da disciplina da Contabilidade Pública e das Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público, transformadas segundo internacionais. O estudo objetivou analisar a relevância da adoção do regime de competência para o reconhecimento dos créditos tributários na Prefeitura Municipal de Fortaleza.

Por fim, os trabalhos conduziram ao último eixo "ordem social, educação, ciência e tecnologia", com importantes aportes dos participantes do GT. Em seu artigo “A AGENDA DO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DA LEI Nº. 13.019/2014”, Verissimo Nascimento Ramos Dos Santos buscou

demonstrar as principais mudanças introduzidas pela Lei nº. 13.019/2014 e pela Lei n. 13.204/2015, que instituíram o marco regulatório das organizações da sociedade civil. Segundo o autor, o processo de regulação que vinha historicamente esquecido, toma novos rumos a partir da edição da nova lei, com novos instrumentos jurídicos voltados para a contratualização com o Estado, em homenagem à segurança jurídica. Em “A “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” E SEUS LIMITES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO JULGAMENTO DA ADI Nº 1.923/DF”, Alessandra Matos de Araujo sustenta o objetivo de garantia da supremacia da Constituição pelo controle de constitucionalidade das leis, examinando o caso da ADI n. 1.923/DF no exame da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, no domínio das Organizações Sociais e prestação de determinados serviços públicos. Bárbara Dias Cabral oferece o artigo intitulado “O EXERCÍCIO DO DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DE MANAUS”, de modo a explorar a legislação e programas governamentais vigentes referentes à alimentação escolar no município de Manaus e empreender uma resposta ao questionamento sobre os instrumentos de observância e respeito ao direito social à alimentação escolar no município de Manaus. Em “TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO ESTADO GERENCIAL E DAS TEORIAS DO NOVO CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO”, Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes e Danúbia Patrícia De Paiva discutem a necessidade de transformação da ordem social para adequação da administração pública aos parâmetros do Estado Gerencial com fundamento nas teorias sobre o "novo" Centro do Direito Administrativo, e a consecução da eficiência na prestação positiva do direito à saúde.

Prof. Dr. Fabricio Bertini Pasquot Polido (UFMG)

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges (UCB)

**A “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” E SEUS LIMITES NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO JULGAMENTO DA
ADI Nº 1.923/DF.**

**CONSTITUCIONAL INTERPRETATION: LIMITATIONS ON THE EXERCISE OF
JUDICIAL REVIEW IN THE JUDGMENT OF ADI Nº 1.923/DF**

Alessandra Matos de Araujo ¹

Resumo

O controle de constitucionalidade das leis visa garantir a supremacia da Constituição. A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, buscou afastar a atuação de entidades públicas para privilegiar a escolha de entidades privadas, como as Organizações Sociais, para a prestação de determinados serviços públicos. O objetivo do presente artigo é analisar como o princípio da interpretação conforme à constituição, adotado como no julgamento da ADI n. 1.923/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, fortalece o Poder Judiciário na função de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade, sem desprestigiar a função legislativa.

Palavras-chave: Interpretação constitucional, Controle de constitucionalidade, Organizações sociais

Abstract/Resumen/Résumé

The judicial review of the law is to ensure the supremacy of the Constitution. The Law No. 9,637, of May 15, 1998, sought to dispel the work of public authorities to favor the choice of private entities, such as Social Organizations, for the provision of certain public services. This article aims to analyse how “principle of interpretation according to the Constitution”, as adopted as the judgment of ADI n. 1.923 / DF, by Brazilian Federal Supreme Court, strengthens the judiciary in function to know and interpret the law from the angle of its constitutionality without discrediting the legislative function.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitucional interpretation, Judicial review, Social organizations

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo IDP

Introdução

A Constituição Brasileira de 1988 é um sistema aberto de regras e princípios e os contextos linguístico, funcional e sistêmico formam um cenário adequado para sua interpretação. Para corresponder ao pluralismo sócio-político-cultural, a interpretação constitucional deve ser evolutiva e direcionada a valores.

Como nos ensina o Professor Inocêncio Mártires Coelho¹, o tema da interpretação constitucional sempre suscitou as mais variadas controvérsias doutrinárias, que vão desde as questões pertinentes à especificidade dessa interpretação, em face da hermenêutica jurídica geral, até as polêmicas sobre o caráter acentuadamente político com que é interpretada e aplicada a Constituição.

Os preceitos constitucionais são espécies do gênero norma jurídica, com todas as conseqüências teóricas e práticas resultantes dessa qualificação, no entanto, como as normas constitucionais se distinguem das normas infraconstitucionais em geral, há distinções em sua interpretação e aplicação.

Portanto, a Constituição, na qualidade de norma suprema objetivada, atua como veículo para assegurar o respeito aos valores essenciais de uma dada sociedade.

Diante do princípio da supremacia constitucional e as suas implicações na evolução dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, a Constituição só poderá atingir as finalidades que lhe são próprias, se ela for garantida de forma efetiva e eficaz pelas Cortes Constitucionais.

Assim, o objetivo do presente artigo é discutir os limites da interpretação conforme à Constituição no controle de constitucionalidade das leis a partir do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-DF, no voto do Ministro Luiz Fux, que optou pela aplicação do princípio da interpretação conforme à Constituição, a fim de manter a decisão política fixada na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, destinada à implantação de um novo modelo de gestão das atividades elencadas no art. 1º, por meio da realização de uma parceria com a iniciativa privada, por intermédio das Organizações Sociais.

¹COELHO, Inocêncio Mártires. : **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7.

1. A Ação direta inconstitucional e a supremacia constitucional

De acordo com a lição de Canotilho, a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantia de direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos valem como lei: o direito constitucional é direito positivo e, com isso, as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos.² Neste sentido se fala na Constituição como norma (Garcia de Enterría) e na força normativa da Constituição (K. Hesse).

A norma jurídica não é o pressuposto, mas o resultado da interpretação, já que o direito, em sua concreta existência, é aquele declarado pelos juízes e tribunais e que sem o problema suscitado a partir do intérprete as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas.

Conforme os ensinamentos de Karl Larenz, a aplicação ou aplicabilidade das normas aos casos concretos constitui aspecto imanente da própria interpretação jurídica, verdadeira condição de possibilidade do trabalho hermenêutico, uma tarefa que não se pode desenvolver abstratamente, porque exige – para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação – um balançar de olhos entre a norma e o fato, entre o programa normativo e âmbito normativo, entre a possível interpretação e o seu resultado, tal como antevistos pelo intérprete-aplicador. (ver o livro do professor Inocêncio).

Segundo o Professor Inocêncio Mártires Coelho³, a variedade de meios hermenêuticos e do modo, até certo ponto desordenado, como são utilizados pelos seus operadores, o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes da Constituição parece residir, de um lado e paradoxalmente, nessa riqueza de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha de seus instrumentos de trabalho e de resolver os eventuais conflitos entre eles.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1162.

³ COELHO, Inocêncio Mártires. : **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

Dentre os inúmeros métodos existentes, o catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante. Este catálogo que os autores recorrem de forma diversa tornou-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional.

Canotilho entende que a elaboração de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e *práxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (=resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex: princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da base de compromisso cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)⁴.

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é fundamentalmente um princípio que tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação e ganha relevância autônoma quando a utilização de vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma.

2. As organizações sociais e a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998

É importante ressaltar que com o surgimento da Administração Pública gerencial, o Estado deixa de prestar todas as atividades que possam satisfazer o interesse público e passa a prestar algumas funções, mais circunscritas à concepção de regulação, do que à idéia de satisfação.

Desse modo, observa-se uma diminuição do aparelho estatal, pois ao invés de ser como antes, satisfativo, passa a ser regulador e fomentador, o que significa dizer que o Estado deixou de oferecer os serviços antes prestados direta e indiretamente, não pela ausência de interesse público, mas porque transmite o seu desempenho a entidades desvinculadas do aparelho estatal.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1209.

A Constituição Federal de 1988 nada dispõe a respeito das Organizações Sociais, sendo estas uma criação do legislador infraconstitucional, uma vez que foram instituídas, no Ordenamento Jurídico pátrio, pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.637, de 1998:

Art. 1º - O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta Lei.

Lúcia Valle Figueiredo⁵⁵ assim conceitua tais entidades:

As organizações sociais são pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, cujas atividades, no âmbito federal, são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos na Lei nº 9.637/1998.

Verifica-se, com isso, que a pessoa jurídica de direito privado para adquirir a qualificação de Organização Social, precisa preencher os requisitos previstos no art. 1º da Lei nº 9.637.

Além disso, conforme ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁶ deverão ser observados outros requisitos por ele denominados de especiais, que estão expressamente previstos no art. 2º daquele diploma legal, conforme abaixo transcrito:

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

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

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 150.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 62-63.

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

O Código Civil prevê as formas que podem ser assumidas pelas pessoas de direito privado, no entanto, é importante ressaltar que, dentre estas, apenas as Fundações e as Sociedades Civis não almejam lucros. Portanto, para que seja conferido o título de Organização Social a uma pessoa jurídica de direito privado, tem esta necessariamente que ser constituída na forma de Fundação ou de Sociedade Civil, além de preencher os requisitos previstos na legislação específica.

As organizações sociais foram previstas no Plano de Reforma do Estado, que apontava sua criação com a intenção de “publicização” daquilo que os reformistas chamavam de serviços públicos não-estatais. O objetivo, de acordo com a doutrina, era que universidades e hospitais públicos, centro de pesquisa, bibliotecas e museus estatais fossem transformados em entidades de

natureza privada, recebessem qualificação de organização social e celebrassem contratos de gestão com o Poder Público.⁷

Segundo Ronny Charles Lopes de Torres, para os reformistas, a condição de entidades de direito privado permitiria que as Organizações Sociais assimilassem características de gestão mais próximas das praticadas no setor privado, com vantagens claras como a contratação de pessoal nas condições de mercado e a utilização de normas próprias para contratações e execução de seu orçamento⁸.

O modelo jurídico delineado para as Organizações Sociais apresenta vantagens claras sobre outras formas de organizações estatais atualmente responsáveis pela execução de atividades não-exclusivas.

Verifica-se também expressivo ganho de agilidade e qualidade nas aquisições de bens e serviços, uma vez que seu regulamento de compras e contratos não se sujeita ao disposto na Lei nº 8.666 e ao SIASG –Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais⁹.

Acrescente-se ainda que o novo modelo estabelece um controle finalístico, na medida em que a avaliação da gestão de uma Organização Social dar-se-á mediante a avaliação do cumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão, ao passo que nas entidades estatais o que predomina é o controle dos meios, sujeitos aos órgãos de controle interno e externo.

Ocorre que com a publicação da lei acima mencionada, dois partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido dos Trabalhadores (PT), nos termos do art. 131, VIII, da Constituição Federal de 1988, ajuizaram no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, impugnando diversos dispositivos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, diploma que instituiu e regulamentou o modelo jurídico normativo das Organizações Sociais no âmbito da União. Além disso, foi impugnada a hipótese de dispensa de licitação trazida pelo art. 1º da Lei Federal nº 9.648, constante do inciso XXIV do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que afasta a obrigatoriedade de licitação “para a celebração de contratos de prestação de serviços com

⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. **Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação**. Fórum Administrativo, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005.

⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Terceiro Setor entre a liberdade e o controle**. Editora JusPODIVM, 2013, p. 96-97.

⁹ O SIASG é o sistema utilizado para facilitar e agilizar os processos de compra e aquisição de materiais e serviços do Governo Federal.

as Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.”

Alegam os autores que o regime jurídico das Organizações Sociais, instituído pelos diplomas impugnados, ao transferir a responsabilidade do Poder Público para o setor privado, teria incorrido nas seguintes violações à Constituição Federal:

- (i) ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (CF, arts. 23, 196, 197, 199, §1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, §1º, 218 e 225);
- (ii) violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (CF, arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, **caput**);
- (iii) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI e 175);
- (iv) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (CF, art. 37, II e X, e 169);
- (v) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (CF, art. 40, **caput** e §4º), porque segundo a Lei, não caberá no caso de cessão de servidores públicos à OS a incorporação de qualquer vantagem que àqueles venha a ser paga pela entidade privada (art. 14, §1º), motivo pelo qual essas verbas não seriam levadas em conta "para fins de cálculo dos proventos de inatividade", ferindo o direito à integralidade e à paridade dos inativos;
- (vi) insubmissão a controles externos (CF, art. 70, 71 e 74);
- (vii) restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129).

O pedido de concessão de medida cautelar da ADI nº 1.923/DF foi por maioria indeferido, em Sessão Plenária realizada no dia 1º de agosto de 2007, quase nove anos após a sua proposição.

A publicação do acórdão ocorreu em 17/12/2015, com alguns votos divergentes, já que o julgamento foi por maioria, o que demonstra a complexidade da matéria no que concerne à aplicação do princípio da interpretação conforme à Constituição no controle de constitucionalidade das leis, bem como do modelo de OS previsto na legislação.

O voto do Ministro Luiz Fux se inicia com a análise dos serviços elencados no art. 1º da Lei nº 9.637, de 1998. Com efeito, quando a Constituição se refere aos setores de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, constata-se que se trata de serviços públicos não exclusivos.

Sílvia Luís Ferreira da Rocha¹⁰ em relação às atividades arroladas no art. 1º da Lei nº 9.637, de 1998, a serem desempenhadas pelas Organizações Sociais, assim se manifestou: “...a Administração não está autorizada a conceder o título de organização social a pessoa jurídica que exerça atividade socialmente relevante, mas não compreendida no rol descrito no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.637, de 1998.”

Assim, se os serviços elencados no art. 1º da Lei nº 9.637/98 são exercidos pelo Poder Público, assumem elas a natureza de serviços públicos, mas por serem não-exclusivos podem ser prestados diretamente pelos particulares.

3. A ADIN 1.923/DF e a “interpretação conforme a Constituição”

O princípio da interpretação conforme a Constituição não se trata apenas de uma simples regra de interpretação.

No caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição. Segundo Canotilho esta formulação comporta várias dimensões, nos seguintes termos, *in verbis*:

(1) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação da norma afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição mas “*contra legem*” impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a melhor orientada para a Constituição.¹¹

¹⁰ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, (Coleção Temas de Direito Administrativo), p. 92

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1212.

Conforme nos ensina o professor Inocêncio Mártires Coelho¹², o princípio da interpretação conforme a Constituição consubstancia-se essencialmente uma diretriz de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional.

No voto do Ministro Luiz Fux, é importante destacar para fins de análise no presente estudo, a forma pela qual foi conferida a interpretação à Lei n. 9.637/98 em relação ao procedimento de qualificação da entidade privada sem fins lucrativos como organização social; a celebração do próprio contrato de gestão entre a entidade qualificada e o Poder Público; a forma de contratação pela organização social e os critérios para seleção de pessoal.

Em relação à Lei nº 9.637/98, houve discussão na doutrina acerca da discricionariedade ou não da qualificação da entidade privada como organização social pelo Poder Público, tendo em vista a redação do art. 2º, II, da referida Lei.

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

(...)

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

A entidade privada além de cumprir o requisito documental constante do inciso I e suas alíneas, o inciso II do art. 2º, conforme acima mencionado, fixa outro requisito, desta vez inteiramente subjetivo e a cargo da convicção da autoridade governamental, que deverá examinar a conveniência e a oportunidade para fins de aprovação da qualificação da entidade.

Na doutrina, desde a publicação da Lei nº 9.637/98, buscou-se interpretar o ato de qualificação como sendo de natureza discricionária, jamais vinculado, senão vejamos:

Mas o que importa é ter presente que o ato de qualificação, pelo governo respectivo, de uma entidade civil como organização social é discricionário desse mesmo governo, jamais vinculado. Mesmo que preencha todos os requisitos do inc. I deste art. 2º, não

¹² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112.

existe direito líquido em favor da entidade civil, de obter do governo a qualificação como organização social. Será um juízo de conveniência e oportunidade, e não outro, que determinará a qualificação da entidade, se essa adicionalmente cumprir todos os requisitos do inc. I, deste art. 2º.¹³

Assim, o entendimento do Poder Executivo Federal é o de que a legislação confere natureza absolutamente discricionária ao ato de qualificação de entidades como organizações sociais, isso porque os inúmeros requisitos legais para que uma entidade seja qualificada como organização social são devidamente analisados pela autoridade competente, que pode, dentro dos limites da conveniência e da oportunidade, aprovar ou rejeitar a qualificação da entidade, mas sempre analisando a documentação submetida à sua análise.

É importante mencionar a definição de organizações sociais constante no Plano diretor da reforma do aparelho de estado:

Entende-se por “organizações sociais” as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder e, assim, ter direito à dotação orçamentária.

As organizações sociais terão autonomia orçamentária e financeira, respeitadas as condições descritas em lei específica como, por exemplo, a forma de composição de seus conselhos de administração, prevenindo-se, desse modo, a privatização ou feudalização dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários, podendo obter outros ingressos através da prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc.

As entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se, através das organizações sociais, uma maior participação social, na medida em que elas são objeto de um controle direto da sociedade através de seus conselhos de administração recrutados no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente, se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor, mas significativa dos custos dos serviços prestados¹⁴.

No entanto, o voto de vista do Ministro Luiz Fux merece ser transcrito nesse ponto, ao entender que a discricionariedade não pode ser interpretada como arbitrariedade, senão vejamos:

Assim, o fato de o art. 2º, II, da Lei n. 9.637/98 condicionar à discricionariedade do Poder Executivo o deferimento da qualificação não conduz à violação da Constituição. Seria de fato inconstitucional qualquer leitura, feita pelo administrador ou pelos demais

¹³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários às leis das PPPs, dos consórcios públicos e das organizações sociais: Leis n. 11.079/2004, 11.107/2005 e 9.637/98.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.

¹⁴ BRASIL. Presidência da República. **Plano diretor da reforma do aparelho de estado.** Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

intérpretes, que extraísse dessa competência administrativa um permissivo para a prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais.

Contudo, tal dispositivo deve ser interpretado, à luz do texto constitucional, como deferindo o manuseio da discricionariedade com o respeito aos princípios que regem a administração pública, previstos no caput do art. 37 da CF, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dos quais decorre o dever de motivação dos atos administrativos, como elemento da necessária controlabilidade do poder público.

E mais: na realidade, o exercício da competência discricionária, *in casu*, é balizado não só pela incidência direta dos princípios constitucionais, combinado com o controle a ser exercido pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, conforme adiante será afirmado, mas também pela própria sistemática adotada pela Lei n. 9637/98. Com efeito, a referida Lei dispõe, em seu art. 20, sobre a edição de Decreto consubstanciando o Programa Nacional de Desestatização – PNP, "com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I – ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II – ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III – controle social das ações de forma transparente."

Ou seja, é a própria Lei que compele o administrador a fixar, em abstrato, critérios objetivos em ato regulamentar para que exerça, em cada caso concreto, a competência que lhe foi deferida, com isso instituindo uma auto-limitação da Administração Pública: ao densificar em um ato regulamentar abstrato tais critérios, concretizando o que previsto na Lei, as futuras decisões da Administração deverão se reconduzir, fundamentadamente, às diretrizes fixadas.

Diante do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, toda lei é a princípio compatível com a Constituição e assim deve ser considerada até declaração em contrário.

Conforme esclarecimentos prestados pelo Aldino Graef no artigo intitulado "O modelo das OS", eventual processo seletivo conduzido de forma pública, objetiva e impessoal para fins de escolha e qualificação de uma entidade como organização social, deve levar em consideração a inexistência no modelo atualmente em vigor de um processo geral de qualificação de entidades, com a criação de um cadastro de entidades qualificadas. Em segundo lugar, é necessário o atendimento, por parte da entidade interessada na absorção dessa atividade, dos requisitos previstos em lei (artigos 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.637, de 1998)¹⁵.

Além disso, busca-se por meio das organizações sociais uma maior participação da sociedade, já que a lei prevê que nos Conselhos de Administração das entidades deverá haver representantes do poder público, entre 20% e 40% do total de membros, e da sociedade civil.

¹⁵ GRAEF, Aldino. **O modelo das OS**. In: Parcerias Estratégicas. Ed. Esp. Brasília-DF, v. 20, n. 41, p. 227-244, jul-dez 2015.

Além disso, a soma dos representantes públicos e da sociedade civil deverá ser superior a 50% do total da sua composição, segundo o disposto no art. 3º, senão vejamos:

Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I - ser composto por:

a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

II - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;

IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto;

VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

Assim, além de prestarem serviços públicos não-exclusivos, a gestão compartilhada das organizações estatais, entre o poder público e a comunidade beneficiária, por meio dos Conselhos de Administração, diferencia essencialmente as OS de outras entidades privadas sem fins lucrativos, especialmente as Organizações da Sociedade Civil nos termos da Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, antes denominadas ONG's.

Logo, o Poder Executivo Federal deverá considerar as peculiaridades das OS na regulamentação, via decreto presidencial, do processo de seleção e qualificação das entidades, nos termos do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

É imperioso ressaltar que os legisladores do mesmo modo que os juizes estão obrigados a obedecer e cumprir a Constituição e deve-se entender que eles medem e pesam, convenientemente, a validade constitucional dos atos que elaboram. Em virtude disso, toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela. Em consequência dessa presunção, tem-se entendido que os tribunais, antes de fulminar a lei com a declaração de inconstitucionalidade, devem procurar interpretá-la de tal modo que se torne possível harmonizá-la com a Constituição. E somente no caso de se tornar isso de todo impraticável é que se poderá reconhecer a ineficácia do diploma impugnado¹⁶.

Os tribunais, desse modo, não julgarão inválido o ato, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca.

Neste sentido, é imperioso trazer à baila o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 1.923/DF, no voto do Ministro Luiz Fux, conforme abaixo transcrito:

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 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

¹⁶ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 92-93.

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.

No voto, o Ministro Luiz Fux também define claramente os contornos e os limites da interpretação conforme à Constituição, já que ela ser utilizada com prudência e, por isso, não pode ser excessiva, a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição, nem tampouco a contrariar o seu sentido inequívoco, para constitucionalizá-la de qualquer maneira.

O referido voto definiu os contornos da interpretação conforme a Constituição, nos seguintes termos, *in verbis*:

Constata-se, desse modo, que o método de interpretação conforme a Constituição tem um aspecto positivo e um aspecto negativo. Com efeito, visto pela dimensão contrária, é de temer-se que o método venha a engendrar artifícios ou subterfúgios que possam fazer prevalecer incólumes no ordenamento constitucional normas inconstitucionais, afrouxando as cautelas e a vigilância do legislador contra a emissão de semelhantes normas. Além disso, não pode o intérprete se afastar daquele princípio estabelecido pelo Tribunal Constitucional da Áustria de que “a uma lei, em caso de dúvida, nunca se lhe dê uma interpretação que possa fazê-la parecer inconstitucional”, consoante nos adverte Paulo Bonavides.¹⁷

A interpretação conforme a Constituição significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação “em harmonia com a Constituição”, e ao ser assim interpretada, conservar seu sentido e significado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O método de interpretação conforme a Constituição permite aos juízes fazer valer a Constituição, sem contudo anular a lei contestada – nem completamente, nem parcialmente – e sem aguardar que o legislador cumpra suas obrigações constitucionais.

No voto do Ministro Luiz Fux, ao conferir a interpretação conforme a Constituição, restou consignado a necessidade do processo de escolha para fins de qualificação de uma

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 519.

entidade civil como OS ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Federal.

Pelo exposto, o método de interpretação conforme a Constituição é relevante para o controle de constitucionalidade das leis e seu emprego dentro de razoáveis limites representa, em face dos demais instrumentos interpretativos, uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o aparelho judicial para evitar a declaração de nulidade das leis. Por via de semelhante princípio, adotado sem excesso, tal como no julgamento da ADI n. 1.923/DF, no voto do Ministro Luiz Fux, o ato interpretativo não desprestigia a função legislativa nem tampouco enfraquece a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Presidência da República. **Plano diretor da reforma do aparelho de estado**. Brasília: Imprensa Nacional, 1996.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRAEF, Aldino. **O modelo das OS**. In: Parcerias Estratégicas. Ed. Esp. Brasília-DF, v. 20, n. 41, p. 227-244, jul-dez 2015.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. **Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação**. Fórum Administrativo, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários às leis das PPPs, dos consórcios públicos e das organizações sociais: Leis n. 11.079/2004, 11.107/2005 e 9.637/98**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, (Coleção Temas de Direito Administrativo).