

Thiago Donnini: Organizações Sociais voltam à pauta do Supremo

Voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal a ação que discute a constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Organizações Sociais (OS), que disciplina contratos do Poder Público com entidades privadas qualificadas para a gestão de serviços sociais e outras atividades de interesse público. A ADI 1.923/DF tramita no STF desde 1998, ano em que foi promulgada a Lei federal 9.637. Em medida cautelar apreciada em 2007, o Supremo rejeitou a suspensão dos dispositivos impugnados. O julgamento de mérito foi reiniciado em 2011, com votos de Ayres Brito e Luiz Fux, e suspenso após pedido de vista do ministro Marco Aurélio, que devolveu o processo para julgamento em fevereiro deste ano.

Desde a edição da lei, muitos estados e municípios instituíram modelos assemelhados ao que sofre questionamento no STF. Diversas políticas públicas são hoje executadas com suporte em contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais. No plano federal, o modelo foi adotado de forma restritiva, voltando-se sobretudo às ações de fomento à ciência, tecnologia e inovação (CT&I). Mas em estados e municípios, além de algumas experiências pontuais na área de CT&I, serviços de saúde pública importantes estão hoje amparados em contratos com entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais. Há, ainda, experiências na área cultural, especialmente no gerenciamento de museus.

Importa, assim, delimitar o debate que vem sendo travado no STF, sob duas perspectivas: a efetiva controvérsia constitucional da ação e o alcance da decisão de mérito da Suprema Corte — desde que tenhamos um desfecho para o caso, nessa nova retomada do julgamento.

Na ação direta de inconstitucionalidade há, claramente, dois tipos de debate: um de fundo ideológico e outro de repercussão constitucional mais definida. A noção de que essas parcerias com instituições privadas seriam equivalentes à “privatização” dos serviços públicos, parece hoje bastante superada. É pouco crível que os ministros do STF cedam a um posicionamento tão retrógrado e desconectado da realidade. O ponto sensível da ação, ao que tudo indica, reside nos mecanismos de qualificação e celebração dos contratos com as entidades parceiras, considerando o paradigma tradicional das contratações públicas para obras, compras, serviços e alienações — em regra precedida de licitação (artigo 37, XXI, Constituição).

Ocorre que a lei federal de OS não possui caráter impositivo para estados e municípios, pois não é instituidora de “normas gerais” para os efeitos do artigo 22, XXVII, da Constituição. Dessa forma, os entes federativos que decidiram adotar políticas de qualificação e contratação análogas, editaram leis próprias, muitas delas destoantes do modelo federal. Diversas leis estaduais e municipais criaram mecanismos de chamamento público como forma prioritária de seleção dos parceiros privados, o que não foi contemplado pela lei federal. Portanto, uma eventual decisão do STF que confira à Lei 9.637/98 uma “interpretação conforme a Constituição” pode trazer efeitos tão somente para a administração pública federal e de estados e municípios que não tenham adotado um rito pessoal de seleção das entidades.

Por outro lado, uma aproximação demasiada entre os processos de contratação das Organizações Sociais

(em tese, relações voltadas ao fomento institucional) e os contratos administrativos comuns pode se mostrar um equívoco. É que nesse cenário os contratos de gestão com OS tenderão, cada vez mais, a serem vistos como mera relação de prestação de serviços. A premissa de que pode haver um “mercado” de instituições qualificadas como OS já se mostra muito arriscada, especialmente na área da saúde, campo em que as contratações vêm sendo cada vez mais orientadas pela lógica do menor preço — pouco se diferenciando das contratações comuns. Um traço preocupante das experiências estaduais e municipais reside na clara percepção de que o processo de qualificação das entidades deve ser menos relevante do que o rito de celebração dos contratos.

Um bom caminho interpretativo seria aquele que contribuísse para firmar as bases de um regime jurídico próprio para as relações contratuais de fomento social. Naturalmente, esse regime está subordinado a critérios de isonomia e impessoalidade, mas deve contemplar outras dimensões, prioritariamente voltadas ao reconhecimento do perfil institucional das entidades qualificadas como OS — ou seja, o histórico de atuação da entidade em favor do interesse público, o efetivo compromisso com as melhores práticas de governança existentes e, especialmente, com mecanismos de participação e controle social.

Em poucas palavras, importa que a decisão do STF enfatize muito mais a rigidez do processo de qualificação das entidades (ou seja, o momento em que o Poder Público reconhece certos atributos institucionais) do que a fase de celebração do contrato de gestão (consequência do reconhecimento de um perfil institucional). Isso significa, basicamente, assumir que o modelo de Organizações Sociais não pode ser banalizado. Deve ser visto apenas como uma das possibilidades de viabilizar alguns serviços sociais e atividades de interesse público. Longe de ser uma tábua de salvação.

Uma decisão do STF que contribua para conformar um regime jurídico das relações de fomento social seria oportuna, ainda, para uma reflexão crítica sobre a recém instituída “Lei das parcerias voluntárias” (Lei n. 13.019/14). A nova lei resultou de um justo anseio da sociedade civil organizada (um regime jurídico adequado para os convênios com o terceiro setor), mas se apresentou, ao final, como uma bizarra combinação da Lei 8.666/93 com decretos que já disciplinavam convênios em âmbito federal — incluindo, também, uma controversa abrangência nacional, tomando como base o artigo 22, XXVII, da Constituição.

Durante a tramitação da Medida Provisória 658/2014, que alterou a *vacatio legis* da Lei 13.019/14, foram apresentadas mais de 50 propostas de emendas, sendo boa parte com o objetivo de atenuar os graves defeitos do novo regime de parcerias. Nenhuma delas prosperou. A exaustividade e o centralismo representados pela Lei de parcerias indicam que o STF — que examina a Lei de OS há mais de 16 anos, ainda sem conclusão — pode ser instado, em breve, a se pronunciar sobre a constitucionalidade de mais um modelo de contratação com o terceiro setor.