**ESTADO DA BAHIA**
**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**
**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

**Excelentíssimo Conselheiro Presidente do Egrégio Tribunal de Contas do Estado da Bahia**

**TCE/009210/2017**

A PGE, respeitosamente, realiza a devolução de vistas do processo com o objetivo de aclarar o seu posicionamento.

Em sua manifestação oral na Sessão Plenária, a PGE apresentou precedente específico do TCU acerca da possibilidade de contratação de organizações sociais com fundamento na Lei 8.666, que, no nosso entendimento, diversamente da jurisprudência mencionada do TCU referente à contratação de OSCIP's, permite a contratação de organizações sociais de acordo com a Lei 8.666/93, seja em procedimentos licitatórios, seja por meio de dispensa de licitação.

Tendo apresentado, de forma breve, as conclusões do Acórdão, juntamos o inteiro teor do Voto e Acórdão do citado precedente para consulta dos Exmos. Conselheiros em anexo.

Analisando o precedente citado, observa-se que o TCU entendeu que o privilégio da imunidade não desnatura o procedimento licitatório, tendo em vista que, como destacado pelo Relator no âmbito do TCU:

> "licitantes não participam de licitações públicas em condições de absoluta igualdade. Cada um comparece à licitação ostentando suas assimetrias competitivas, incluindo regimes de tributação e previdenciário, perfil de mão de obra, despesas administrativas etc., muitas delas provocadas propositadamente pelo Poder Público como forma de estímulo a setores econômicos prioritários. Ainda assim, a legislação não exige que o órgão licitante adote medidas para equipará-los, salvo nos casos em que a assimetria possa prejudicar o interesse público, como no caso da competição entre empresa estrangeira e nacional."

Como se pode perceber, há, em verdade, estímulo na legislação à contratação de organização social, por meio de dispensa, com o objetivo de ampliar a possibilidade de parceria com tais entidades.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

Em relação à restrição de que tais contratações sejam relacionadas às atividades do contrato de gestão constante no Acórdão do TCU, cabe destacar que a PGE entende que tal limitação, em verdade, na forma mais consentânea com o disposto na legislação, deve ser aplicada apenas no caso da contratação por dispensa de acordo com o art. 24, XXIV, não se aplicando quando se contrata por licitação. Tal entendimento decorre do próprio teor do voto:

> **"Entretanto, não é qualquer serviço que pode ser contratado na forma do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993, mas apenas os que se inserem entre as atividades relacionadas ao contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a entidade, devidamente qualificada na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/1998."**

Ora, se para a licitação fosse exigido o mesmo requisito que o demandado para a realização de dispensa de licitação, qual seja, relação entre as atividades do contrato de gestão e os serviços sob contratação, não faria sentido a possibilidade de realização de licitação.

Os requisitos de correlação, repita-se, entre as atividades do contrato de gestão e os serviços contratados são exigências previstas na legislação apenas para a contratação por dispensa com base no art. 24, XXIV, não sendo aplicável quando a contratação se dá por meio de procedimento licitatório.

Assim, entendemos que é permitida a contratação de organizações sociais em procedimentos licitatórios, mesmo para o caso de prestação de serviços que envolvam terceirização de mão-de-obra.

Além disso, atendendo ao princípio da eventualidade, ainda que na extremada hipótese de se entender que, mesmo no caso de procedimentos licitatórios, seria necessária correlação entre as atividades licitadas e as previstas no contrato de gestão, **tal entendimento não vedaria a possibilidade de contratação de terceirização de mão-de-obra junto a organizações sociais em decorrência da pactuação de contratos de prestação de serviços.**

Isso porque pode haver, no caso concreto, correlação entre as atividades previstas no contrato de gestão e os serviços contratados que envolvam terceirização de mão-de-obra. Por exemplo, uma organização social que administra determinado hospital pode participar de procedimento licitatório para prestação de serviços de saúde, que envolvam mão-de-obra, para outros órgãos da administração pública, dinamizando as contratações realizadas.

A vedação genérica, assim, de impossibilidade de contratação de serviços de "terceirização de mão-de-obra" com organizações sociais, de acordo com o entendimento da PGE, com a devida vênia, não encontra amparo na legislação.

O próprio Relator do TCU destacou que:

> "Ora, se é lícito contratar OS para prestar serviços de natureza mercantil, sem que sua proposta tenha sido submetida à disputa com os demais interessados, quanto mais

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

> legítimo seria como resultado de um procedimento competitivo público, ao final do qual se possa afirmar que a proposta de trabalho da OS é a que apresenta menor custo e/ou é a mais adequada às necessidades da Administração."

Além disso, cumpre destacar que se trata de área sensível e que tal determinação impactaria diversos contratos vigentes, prejudicando a adequada prestação de serviços públicos na área da saúde e assistência social.

Diante do exposto, a PGE manifesta-se, com a devida vênia, pela exclusão de tal determinação constante no item "a.11" do voto da Exma. Conselheira Relatora.

São essas as considerações, postas, muito obrigado.

Salvador, 15 de outubro de 2019

**Ubenilson Colombiano**
Procurador do Estado

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

ANEXO- PRECEDENTE DO TCU

"SUMÁRIO: CONSULTA FORMULADA PELO MINISTRO DA EDUCAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM LICITAÇÕES REALIZADAS SOB A ÉGIDE DA LEI 8.666/1993. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO, DESDE QUE O OBJETO DA LICITAÇÃO CORRESPONDA AOS OBJETIVOS ESTABELECIDOS NO CONTRATO DE GESTÃO.

VOTO

Trata-se de consulta formulada pelo Ministro de Estado da Educação, José Mendonça Bezerra Filho, a respeito da possibilidade de organizações sociais participarem de certames licitatórios, realizados sob a égide da Lei 8.666/1993.

Segundo o consulente, a dúvida decorre do teor do Acórdão 746/2014-Plenário, que se opôs à participação, em licitações promovidas pela Administração Pública Federal, de organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPs, mas silenciou quanto à de organizações sociais - OSs.

O consulente traz aos autos o Parecer 851/2017/CONJUR-MEC/CGU/AGU, contendo entendimento no sentido de que a vedação imposta pelo TCU à participação de OSCIPs em licitações públicas pode ser estendida às OSs, haja vista a similitude da natureza jurídica das duas entidades paraestatais, bem assim o fato de que, tal como as OSCIPs, as OSs gozam de vantagens econômicas, de sorte que sua participação em procedimentos licitatórios configuraria quebra de isonomia.

Não obstante a peça contenha referência à situação concreta, consistente na possibilidade de participação de organização social em licitação que tem por objeto a contratação da instituição que será responsável pela operacionalização das avaliações que compõem Sistema de Avaliação da Educação Básica, no exercício de 2017 (SAEB/2017), verifico que se buscou requerer a Corte manifestação a respeito da participação de organizações sociais em qualquer certame promovido pela Administração Pública, configurando, suficientemente, a abstração exigida pelo art. 265 do Regimento Interno do TCU.

Não se trata, portanto, de examinar o caso concreto, representado pela participação de determinada entidade no certame promovido pelo Inep, mas, sim, de interpretar a legislação aplicada ao contexto conceitual das organizações sociais e o alcance das razões do Acórdão 746/2014-Plenário, para então estabelecer se a natureza jurídica dessas entidades constitui óbice à participação em certames promovidos pela Administração Pública.

No mais, o expediente foi formulado por autoridade legitimada, versa sobre matéria da competência do Tribunal e cumpre os requisitos previstos nos art. 264, §§ 1º e 2º, do RITCU. Por essas razões, conheço da consulta.

Na instrução transcrita no relatório, a Selog aduz que são aplicáveis ao caso, praticamente na íntegra as conclusões do Acórdão 746/2014-Plenário, sobretudo no que tange à impossibilidade de OSCIP participar de processos licitatórios.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

Segundo a unidade instrutiva, tal qual apontado no voto condutor do Acórdão 746/2014-Plenário, com relação às OSCIPs, as OSs também foram instituídas com intuito de *"possibilitar que entidades privadas atuassem em parceria com a Administração de modo à consecução de determinados objetivos de interesse coletivo"*.

Buscando demonstrar proximidade conceitual entre OSCIP e OS, a Selog informa que ambas as entidades paraestatais constituem-se em associações civis, regidas pelo art. 53 do Código Civil; não possuem finalidade lucrativa; prestam serviços de interesse público, com caráter de não exclusividade; passam por processo de qualificação; firmam instrumentos que instituem parceria com o Estado; e contam com proteções estatais que lhes outorgam privilégios que as diferenciam de outras instituições privadas, notadamente isenções fiscais e recebimento de recursos públicos.

Acrescenta a unidade instrutiva que foram outorgados ainda mais privilégios às OSs que às OSCIPs. Assim, se OSCIPs não podem participar de processos licitatórios, conforme consignado no Acórdão 746/2014-Plenário, por razões ainda mais fortes, as OSs também não poderiam.

Do Acórdão 746/2014-Plenário, extraio os dois principais fundamentos para vedação da participação de OSCIP em licitações promovidas pela Administração Pública Federal:

- o Poder Público qualifica entidade privada como OSCIP e, por consequência, concede-lhe benesses fiscais e possibilidade de obter verba pública, no intuito de que essa entidade atue como parceira do Estado e atinja as finalidades públicas elencadas no art. 3º da Lei 9.790/1999, de sorte que a participação desse ente em certames licitatórios destinados ao fornecimento de bens ou prestação de serviços para o Estado, em posição de vantagem, em decorrência dos privilégios concedidos, quebra o princípio da isonomia e desvirtua os objetivos a que se destinaram a qualificação e a concessão dos privilégios; e

- Termo de Parceria é o único meio de OSCIP se relacionar com o Poder Público.

A questão central deste processo versa sobre a aplicabilidade desses fundamentos às Organizações Sociais.

A OSCIP é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, para desempenhar pelo menos uma das finalidades previstas no art. 3º, da Lei 9.790/1999, que venha a ser qualificada como tal perante o Ministério da Justiça.

Uma vez qualificada como OSCIP, a entidade privada se torna apta a celebrar termo de parceria com o Poder Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para fomento e a execução das atividades previstas no art. 3º, da Lei 9.790/1999 (art. 9º da Lei 9.790/1999), através da colaboração público-privada instrumentalizada no termo de parceria. A legislação não prevê outro instrumento para estabelecimento de vínculo entre o Poder Público e a OSCIP que não o termo de parceria.

Os objetivos sociais da OSCIP, previstos no art. 3º da Lei 9.790/1999, **não possuem cunho mercantil**, mas social. São os seguintes: promoção de assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação; promoção gratuita da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas para desenvolvimento, disponibilização e implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas; e estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades acima.

Para favorecer a execução dessas atividades, a legislação conferiu à OSCIP isenção de impostos e de contribuição tributária; e o termo de parceria a agracia com recursos e bens de origem pública (art. 4º, "b", da Lei 9.790/1999).

Nesse contexto, a participação da OSCIP em concorrência promovida pela Administração Pública, para prestação de serviço com cunho evidentemente mercantil, tal qual a *"prestação de serviços técnicos especializados de implantação, operacionalização, desenvolvimento/transposição /adaptação de cursos e materiais didáticos nas versões on-line"*, questão tratada no TC 021.605/2012-2 e que deu origem ao estudo de que trata o Acórdão 746/2014-Plenário, referido pelo consulente, desvirtuaria a qualificação atribuída pelo Ministério da Justiça e o termo de parceria firmado.

Desvirtuaria, também, a isenção de impostos e a alocação de recursos e bens públicos com que foi agraciada, pois, em vez de favorecerem a execução de atividades de relevante interesse social, como se pretendia, acabariam conferindo facilidade para que o ente privado vencesse o certame e viesse a ser contratado pelo Poder Público para prestação de serviços com caráter mercantil.

Por essas razões, esta Corte, acertadamente, firmou o entendimento de que *"é vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, atuando nessa condição, participarem de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal"* (item 9.1 do Acórdão 746/2014-Plenário).

De acordo com a linha de raciocínio aqui adotada, o impedimento à participação em licitações não decorre da percepção de privilégios não "equalizados", conforme aduzido pela unidade instrutiva (item 22 da instrução transcrita no relatório), mas da incompatibilidade entre as obras, compras e serviços de que tratam os arts. 7º a 15 da Lei 8.666/1993, cuja contratação se pretende, com as licitações promovidas sob a égide da Lei das Licitações, e os objetivos institucionais da OSCIP, consignados no termo de parceria, em razão dos quais foram conferidos os privilégios. Decorre, também, da inexistência de previsão legal de celebração de contrato para estabelecimento ou ampliação de vínculo entre a OSCIP e o Poder Público.

Licitantes não participam de licitações públicas em condições de **absoluta igualdade**. Não raro, a legislação confere privilégios a determinados setores, como o faz, por exemplo, com relação a microempresas, empresas de pequeno porte, cooperativas e empreendimentos situados em regiões geográficas que se pretende fomentar, na forma de tratamento tributário, previdenciário e creditício diferenciados, entre outros. No caso das duas primeiras, além de não estipular a equalização de suas propostas, nem medidas compensatórias, o legislador ainda lhes atribuiu prerrogativas na participação em certames licitatórios (art. 44 da Lei 8.666/1993).

Ao criar normas que privilegiam determinado segmento da sociedade, o legislador busca reduzir desigualdade preexistente ou fomentar setor econômico prioritário, com o objetivo de satisfazer, de forma mais eficiente, o interesse público. Tal tratamento diferenciado não ofende a isonomia pretendida pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, mas a cumpre, porquanto privilegia quem merece ser privilegiado.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

Não obstante a similitude entre a natureza jurídica da organização social (OS) e a da organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), há distinções entre esses dois entes paraestatais que conduzem a soluções diversas, no que se refere a participação em licitações promovidas pela Administração Pública.

Organização Social também é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que obtém qualificação, nesse caso do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social. Entretanto, suas atividades são voltadas para as áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º da Lei 9.637/1998). À exceção da proteção e da preservação do meio ambiente, essas áreas têm em comum, além do inquestionável interesse público, o fato de que os serviços correspondentes não são privativos do Poder Público e são executados com frequência por particulares, com intuito lucrativo.

O vínculo de cooperação entre o Poder Público e a OS é estabelecido por meio de contrato de gestão, que discrimina atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, para a atingimento das metas coletivas de interesse comum nele previstas, através da colaboração público-privada.

A partir da qualificação formal como OS da celebração do contrato de gestão, a entidade privada está legitimada a receber recursos orçamentários e a administrar bens públicos e pessoal necessários ao cumprimento do contrato de gestão. Está igualmente habilitada a celebrar contratos administrativos com o Poder Público, para execução de atividades previstas no contrato de gestão, conforme dispõe o art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993:

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

"Serviços", a que se refere o dispositivo, seguem a definição do art. 6º da Lei das Licitações: *"toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais"*.

Os serviços objeto da contratação da OS, na forma do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993, obviamente, não se confundem com os que a OS já está obrigada a prestar por força do contrato de gestão, em troca dos recursos orçamentários e demais benefícios que recebe. Não faria sentido a lei autorizar dispensa de licitação para execução de serviço que o ente privado já está obrigado a prestar. São serviços outros, mas que necessariamente se inserem entre as atividades listadas no ajuste inicial. É o caso de serviço equivalente ao do contrato de gestão, mas prestado a órgão distinto da mesma esfera do governo que a qualificou. Nesse sentido, os seguintes posicionamentos da doutrina, extraídos do voto condutor do Acórdão 421/2004-Plenário, apresentado pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti nos autos do TC 019.027/2003-3, que versava sobre consulta a respeito da possibilidade de estender às entidades pertencentes aos Serviços Sociais Autônomos a prerrogativa dada às OSs pelo art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93.

> *"'O objeto [da contratação na forma do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993] é necessariamente prestação de serviços referente a uma atividade que consta do contrato de gestão. (...) Importa assinalar que o objeto não é o contrato de gestão, mas um serviço, uma atividade, um trabalho. Esse guarda pertinência com o contrato de gestão e com a finalidade da Organização Social'. (FERNANDES, Jorge Ulisses*

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

*Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 522/523)".*

*"'Tal condição implica que a Organização Social contratada possa ter capacidade de vir a prestar um serviço para algum órgão governamental - diverso daquele com quem mantenha o contrato de gestão - mas que seja um serviço que faça parte das atividades contidas no referido contrato. Parece só poder ser assim, pois, com o próprio órgão com o qual celebrou o contrato de gestão pressupõe-se que os serviços contidos no referido contrato não venham ser objeto de nova contratação'. (CITADINI, Antonio Roque. Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. 3ª ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999, p. 215)".*

Assim, diversamente do que ocorre em relação à OSCIP, não existe óbice legal à celebração de contrato administrativo com OS para prestação de serviços. Entretanto, não é qualquer serviço que pode ser contratado na forma do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993, mas apenas os que se inserem entre as atividades relacionadas ao contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a entidade, devidamente qualificada na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/1998.

Assentado o entendimento de que é lícito celebrar contrato administrativo com OS para execução de serviços, passo a demonstrar que tal contrato administrativo pode ser firmado no bojo de processo licitatório, de que participem empresas privadas com finalidade lucrativa.

Obras, serviços compras e alienações são contratados, obrigatoriamente, por meio de processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, conforme determina o art. 37, XXI, da Constituição da Federal, à exceção dos casos especificados na legislação, entre os quais a dispensabilidade de licitação para contratação de OS para execução de atividades contempladas no contrato de gestão (art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993).

Assim, não obstante haja possibilidade de competição entre interessados em prestar o serviço ao Estado, a esfera do governo que qualificou a OS tem a faculdade de contratá-la para executá-lo sem submeter a contratação à competição com demais interessados. Trata-se de faculdade conferida ao administrador a quem caberá analisar o caso concreto para verificar qual a melhor alternativa, à luz do interesse público. Não se trata de livre escolha entre licitar ou não, mas de adotar a solução que melhor atenda ao interesse público, justificadamente, em respeito aos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e motivação.

Ao asseverarem a constitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993, nos autos da ADIN 1.923/DF, os Ministros Ayres Brittto e Luiz Fux assim se manifestaram a respeito da finalidade da dispensa de licitação conferida às organizações sociais:

*"14.* ***As dispensas de licitação instituídas nos arts. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem,*** *à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com*

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

*publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados."* (grifei)

*"51. Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei no 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional.* ***A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas.*** *Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar no 123/06 institui diversos benefícios em prol de microempresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 preveem outros casos de dispensa,21 em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV.*

*52. Ou seja,* ***a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei no 8.666/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais*** *que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, §2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional — a prestação eficiente dos serviços sociais."* (grifei)

Ora, se é lícito contratar OS para prestar serviços de natureza mercantil, sem que sua proposta tenha sido submetida à disputa com os demais interessados, quanto mais legítimo seria como resultado de um procedimento competitivo público, ao final do qual se possa afirmar que a proposta de trabalho da OS é a que apresenta menor custo e/ou é a mais adequada às necessidades da Administração.

A finalidade precípua da concessão de privilégios à OS, de fomentar prestação de serviços sociais à população pelo setor privado ou, nas palavras do STF, de *"indução de determinadas práticas sociais benéficas"*, é atendida esteja ela prestando serviços em cumprimento a contrato de gestão, a contrato administrativo celebrado por meio de dispensa ou a contrato celebrado após ser sagrada vencedora em certame licitatório, desde que os serviços, em todos os casos, estejam inseridos entre as atividades que se pretende fomentar, listadas no contrato de gestão.

Ademais, como mencionado alhures, licitantes não participam de licitações públicas em condições de absoluta igualdade. Cada um comparece à licitação ostentando suas assimetrias competitivas, incluindo regimes de tributação e previdenciário, perfil de mão de obra, despesas administrativas etc., muitas delas provocadas propositadamente pelo Poder Público como forma de estímulo a setores econômicos prioritários. Ainda assim, a legislação não exige que o órgão licitante adote medidas para equipará-los, salvo nos casos em que a assimetria possa prejudicar o interesse público, como no caso da competição entre empresa estrangeira e nacional.

Se o que se pretende com a concessão de privilégios é fomentar a atuação de organizações sociais como parceira do Estado, não há que se estabelecer fatores compensatórios. A distinção que favorece a OS é da sua natureza e, tendo assento legal, não pode ser suprimida por edital.

A suposta posição de vantagem, ostentada pela OS, nos certames licitatórios, em decorrência dos privilégios conferidos, não desvirtua os objetivos da

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

qualificação, do contrato de gestão, nem da própria concessão de privilégios. Pelo contrário, reforça-os e lhes dá sequência. Eles desequiparam a OS dos demais licitantes, para favorecer sua atuação, como parceira do Estado, na prestação dos serviços que se pretendia fomentar por ocasião da sua qualificação, da celebração do contrato de gestão e da concessão de benefícios.

Digo "suposta", porque tal vantagem, embora provável, não é de todo certa. Fato notório que entidades e profissionais que não atuam em ambiente competitivo tendem a ser menos eficientes. Nesse ponto, aliás, reside outra vantagem da participação de OS em licitações, ela é obrigada a se tornar mais eficiente e a adotar a iniciativa privada como parâmetro de preços e de qualidade.

Não se diga que a participação de OS em licitações prejudica a livre iniciativa e o desenvolvimento do mercado de prestadoras de serviços. Permite, em vez disso, que agentes privados participem de certame destinado à contratação de serviço que poderia ter sido atribuído à entidade de forma direta. Não se pode olvidar, além disso, que é lícito à Administração restringir o universo de licitantes sempre que presentes razões de interesse público que assim o justifiquem.

Com essas considerações, a resposta a ser dada ao consulente é a seguinte: não existe vedação legal, explícita ou implícita, à participação de organizações sociais, qualificadas na forma na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/98, em procedimentos licitatórios, promovidos pelo Poder Público, sob a égide da Lei 8.666/1993, desde que o intuito do procedimento licitatório seja a contratação de entidade privada para prestação de serviços que se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social.

Com essas considerações, voto por que seja adotado o acórdão que submeto à deliberação do Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 5 de julho de 2017.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

ACÓRDÃO Nº 1406/2017 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 014.645/2017-3.
2. Grupo II – Classe de Assunto: III – Consulta
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão: Ministério da Educação.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:
VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo Ministro de Estado da Educação, José Mendonça Bezerra Filho, a respeito da possibilidade de organizações sociais participarem de certames licitatórios realizados sob a égide da Lei 8.666/1993;
ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator e com fulcro nos artigos 264, §§ 1º e 2º, e 268 do Regimento Interno do TCU, em:

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

9.1. conhecer da consulta para responder ao consulente que, ao contrário do que ocorre com as organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPs, inexiste vedação legal, explícita ou implícita, à participação de organizações sociais qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/98, em procedimentos licitatórios realizados pelo Poder Público, sob a égide da Lei 8.666/1993, desde que o intuito do procedimento licitatório seja contratação de entidade privada para prestação de serviços que se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social.
9.2. deixar assente que a organização social, que venha a participar de certame licitatório, deve fazer constar, da documentação de habilitação encaminhada à comissão de licitação, cópia do contrato de gestão firmado com o Poder Público, a fim de comprovar cabalmente que os serviços objetos da licitação estão entre as atividades previstas no respectivo contrato de gestão.
9.3. enviar cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, ao Ministro da Educação;
9.4. determinar o arquivamento do presente processo.

10. Ata n° 25/2017 – Plenário.
11. Data da Sessão: 5/7/2017 – Ordinária."

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ

## Quadro de Assinaturas

Este documento foi assinado eletronicamente por:

UBENILSON COLOMBIANO MATOS DOS SANTOS
Representante da Procuradoria - Assinado em 15/10/2019

Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: U5MDI2MJQZ