PARECER JURÍDICO

REQUERENTE: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

ASSUNTO: Possibilidade de se firmar termo de fomento por inexigibilidade de chamamento público. Art. 31, inciso II, da Lei nº 13.019/14 c/c art. 19, inciso IV do Decreto Municipal nº 1.170/2019.

RELATÓRIO:

Pretende a administração pública municipal formalizar **TERMO DE FOMENTO com a SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PEDREGULHO**, com fulcro no **art. 31, inciso II, da Lei nº 13.019/14 c/c art. 19, inciso IV do Decreto Municipal nº 1.170/2019** (inexigibilidade de chamamento público por tratar-se de subvenção). Anexou ao pleito documentos atinentes a situação de regularidade da entidade.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

1. **Natureza do Parecer Jurídico**

Primeiramente, cumpre destacar que o parecer caracteriza-se como ato opinativo. No âmbito jurídico, sobretudo na Administração Pública, o parecer denominado de parecer jurídico, surge, na maioria dos casos, de uma consulta realizada por órgãos ou agentes públicos. A opinião do parecerista exterioriza-se a partir da emissão do respectivo parecer jurídico, do qual, em regra, não vincula o administrador, possuindo este a discricionariedade de seguir a opinião disposta ou não.

Assim, de regra, o parecer consubstancia um opinião técnica, pessoal do emitente, ou seja, reflete apenas um juízo de valor, não vinculando o administrador, que tem a competência decisória, para praticar o ato administrativo de acordo ou não com o sugerido pelo consultor jurídico. Desse modo, o parecer jurídico e o ato próprio

e discricionário praticado pela autoridade competente constituem-se pois como atos diversos.

Assim sendo, tem-se que o parecer jurídico concretiza-se, seja a pedido do administrador ou por exigência legal, para aclarar e nortear o administrador que pode segui-lo ou ignorá-lo, quando da prática de determinado ato administrativo.

É nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

> *Vale ressaltar, ainda, que o parecer jurídico é meramente opinativo e, segundo a jurisprudência do STF, o parecer puramente consultivo não gera responsabilização do parecerista: STF. Plenário. MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 1º.2.2008)*

Assim, feitos estes esclarecimentos, passa-se a análise do mérito do caso em comento.

2. Do mérito

No intuito de regulamentar novas espécies de parcerias que podem ser firmadas entre o poder público e entidades privadas sem fins lucrativos, foi publicada a Lei nº 13.019 de 1º de agosto de 2014 (MRSC). Referidas parcerias foram classificadas como termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação, existindo, para cada uma delas, regras específicas para as entidades que pretendam assumir vínculo com o Poder Público. Tais entidades receberam o nome de Organizações da Sociedade Civil, e devem ser, necessariamente, uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre seus sócios e associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas o seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio de constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva.

Para que referidas parcerias possam ser celebradas, no intuito de se garantir a impessoalidade e a isonomia, a lei prevê, de forma expressa, que sejam precedidas de um procedimento simplificado de escolha, denominado de Chamamento Público.

Referido instrumento visa evitar o favorecimento de particulares em razão de interesses político, familiares ou pessoais, em detrimento da finalidade pública.

Desse modo, a princípio, a realização de chamamento público é requisito indispensável para a celebração dessa parcerias. No entanto, em algumas situações a lei prevê a possibilidade de firmar o certamente diretamente, por meio de dispensa ou inexigibilidade (arts.29 e 31 da Lei nº 13.019/14 e arts. 18 e 19 do Decreto Municipal nº 1.170/19).

Ocorre que, afora os instrumentos previstos no MROSC (Lei nº 13.019/14) – termo de fomento, termo de colaboração e acordo de cooperação - também é possível que uma entidade do terceiro setor relacionar-se com o Poder Público licitamente das seguintes formas:

i) os contratos administrativos;

ii) os contratos de gestão, celebrados com entidades qualificadas como Organizações Sociais (OSs), nos termos da Lei nº 9.637/98;

iii) os termos de parceria, em sentido estrito, celebrados com entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), nos termos da Lei nº 9.790/99;

iv) as subvenções sociais, auxílios e contribuições;

v) recursos oriundos de políticas públicas de incentivo à cultura.

O caso apresentado à essa Procuradoria Jurídica para emissão de parecer, trata-se da possibilidade de se firmar termo de fomento com **a SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PEDREGULHO**, com fulcro no **art. 31, inciso II da Lei nº 13.019/14 c/c art. 19, inciso IV do Decreto Municipal nº 1.170/2019 (inexigibilidade de chamamento público por tratar-se de subvenção)**.

A subvenção social é uma espécie de despesa pública classificada como transferência corrente. Atualmente, seu regime jurídico é composto pela Lei nº 4.320/1964; Lei Complementar nº 101/2000; Lei nº 13.019/2014 e seus consectários Decretos regulamentadores; bem como pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA) vigentes no momento da concessão.

Trata-se de uma modalidade de destinação de recursos que não pressupõe, necessariamente, uma contrapartida direta da entidade na forma de bens ou serviços (*cf.* § 2º do art. 12 da Lei nº 4.320/1964).

Desse modo, a exigência de contrapartida para a realização da parceria é facultativa e deve estar prevista no edital de chamamento público. No caso de solicitação de contrapartida, ela pode ser exigida no formato de bens ou serviços economicamente mensuráveis, não sendo permitida a exigência de contrapartida financeira.

Atualmente, este tema é regulado no âmbito federal pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e, há mais de dez anos, recebe tratamento legal muito diverso, sendo que a cada ano são alteradas as hipóteses para a dispensa, faculdade ou exigência da contrapartida, o que gera muita insegurança jurídica.

A possibilidade de concessão de subvenção sem contrapartida direta da beneficiada justifica-se porque **o objetivo dessa modalidade de fomento é auxiliar a entidade para que ela seja capaz de cobrir suas despesas operacionais e, consequentemente, não precise interromper a prestação de serviços de relevância social**.

À mira dos arts. 16 e 19 da Lei nº 4.320/1964, o autor Regis Fernandes de Oliveira (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2 ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/93605278/v7>) expõe os requisitos para a concessão de subvenção social: De tal arte, a subvenção apenas pode ocorrer nos limites materialmente fixados pela lei, ou seja, nos **serviços de, a) assistência social, b) médica e c) educacional**. Segundo requisito é a **economicidade** da transferência corrente, ou seja, o critério da suplementação é mais econômico do que construir prédio próprio. Terceira exigência é a **proporcionalidade**, ou seja, o valor da receita deve guardar sintonia com o serviço que for prestado ou oferecido à comunidade, "obedecidos padrões mínimos de eficiência" (parágrafo único do art. 16 da Lei 4.320/64). Quarto requisito para concessão da subvenção diz respeito à **análise prévia das condições de**

funcionamento da instituição. Quinta exigência é **que não tenha ela fins lucrativos** (art. 19 da Lei mencionada). (...) A subvenção também só é possível diante da previsão legal. Sem lei não há possibilidade do ato liberatório. De se ressalvar que não é ato de liberalidade, mas depende do atendimento de diversos requisitos que, normalmente, são previstos pela lei ou em decreto regulamentar. Normalmente, a autorização vem inserida na lei orçamentária.

De acordo com Sidnei Di Bacco (BACCO, Sidnei di. *Subvenção social a entidade privada*. Disponível em:<http://www.tdbvia.com.br/arquivos/web/subvencao%20social%20a%20entidade%20privada.pdf>. Acesso em: 11 abril 2017), atento também ao teor do art. 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), **os requisitos para concessão de subvenção social pelos Municípios são**:

Obrigações do Município:

a) existência de **autorização em lei específica**;

b) atendimento de condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias (**LDO**);

c) existência de dotação na lei orçamentária anual (**LOA**) **ou** em seus **créditos adicionais**;

d) **formalização** através de contrato (convênio, acordo, ajuste ou congênere);

e) quando a atuação direta do município não se revelar mais econômica [***economicidade***];

f) fiscalização da aplicação dos recursos repassados.

A subvenção será calculada com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados [*sempre que essa forma de cálculo for possível, segundo dispõe o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 4.320/1964*].

Obrigações da entidade:

a) instituição de caráter assistencial ou cultural sem finalidade lucrativa (**entidade filantrópica**);

b) **prestação de serviços essenciais de assistência social, médica ou educacional**;

c) **prestação de contas dos recursos recebidos**.

De acordo com a doutrinadora Isabela Giglio (GIGLIO, Isabela. *Terceiro Setor*: as subvenções e as novas parcerias com a Administração Pública. Disponível em: <http://www.apaulista.org.br/2016/12/22/terceiro-setor-assubvencoes- e-as-novas-parcerias-com-a-administracaopublica>) a lei nº 13.019 também conferiu novo tratamento aos convênios, assim como às subvenções, que tiveram alguns aspectos modificados.

Ademais, **da leitura do inciso II do art. 31 da Lei nº 13.019/2014 e do art. 19, inciso IV do Decreto Municipal nº 1.170/2019, pode-se concluir que ambos são aplicáveis às subvenções sociais**.

Desse modo, majoritariamente, entende-se que **as subvenções permanecerão seguindo a sua própria disciplina legal (Lei nº 4.320/1964), mas deverão obedecer também os ditames da nova Lei nº 13.019/2014, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 1.170/2019.**

A esse respeito, algumas ponderações merecem ser elaboradas. **Em linhas gerais, o repasse de recursos públicos sob a forma de subvenção social pressupõe**:

(a) a experiência de autorização legislativa e a previsão da subvenção na Lei Orçamentária Anual;

(b) que o repasse configure incentivo às atividades das entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, que desenvolvam programas de iniciativa delas, em que o Município tenha interesse em estimulá-las;

(c) que a subvenção social seja concedida, segundo o entendimento do Tribunal de Contas do estado de São Paulo, como fonte suplementar de recursos a entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, não podendo configurar como elemento primordial para sua subsistência, e desde que prestem serviços essenciais pelo menos em uma das seguintes modalidades: assistência social, médica, educacional e cultural; e

(d) a formalização do repasse por meio de instrumento que defina claramente as regras a serem observadas pelas partes, a fim de orientar a prestação de contas.

A partir da entrada em vigor na nova Lei nº 13.019, os instrumentos que devem formalizar os repasses por meio de subvenção serão o termo de colaboração e o termo de fomento, conforme, inclusive, prevê o artigo 32 da Resolução nº 006/2016 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.(...)

Em síntese, as subvenções deverão seguir a lei federal nº 13.019/2014 e o Decreto Municipal nº 1.170/2019, que consideram inexigível a realização de chamamento nessas hipóteses, mas impõem a sua formalização por meio de termo de colaboração ou de termo de fomento e determina a observância das demais regras impostas às parcerias com organizações da sociedade civil.

CONCLUSÃO:

Sabe-se que é recente a vigência da Lei nº 13.019/2014 para os municípios e escassa a produção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. No entanto, diante das considerações anteriormente tecidas, **conclui-se que a concessão das subvenções sociais é regida pelas normas de direito financeiro (*cf.* Lei nº 4.320/1964, Lei Complementar nº 101/2000, LDO e LOA) e também pelo Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei nº 13.019/2014), regulamentado Decreto Municipal nº 1.170/2019.**

Assim, tem-se que **a concessão da subvenção social, além de autorizada por lei específica, deve ser formalizada por meio de termos de fomento ou colaboração. Além disso, as prestações de contas deverão observar as normas impostas pela Lei nº 13.019/2014**.

Vale lembrar que é **desnecessária a realização de chamamento público para a concessão de subvenções sociais, desde que se observe o disposto no inciso II do art. 31 da Lei nº 13.019/2014 c/c art. 19, inciso IV do Decreto Municipal nº 1.170/2019**

Assim sendo, importante enfatizar e ressaltar que embora haja previsão em lei autorizando a celebração dessa espécie de parceria sem a realização de chamamento público, caso venha a Administração Pública a optar por esse modo de formalização, faz-se necessário que o gestor da parceria, bem como todos os demais responsáveis, se atentem ao perfeito cumprimento de todos os requisitos necessários para que a inexigibilidade ocorra de modo legal, transparente e impessoal.

Isto Exposto, ante ao apresentado, entende-se que a presente inexigibilidade de Chamamento Público, repita-se, **desde que cumpridas todas as exigências legais**, mostra-se de acordo com o ordenamento jurídico.

Por derradeiro, frise-se que que essa análise cinge-se exclusivamente aos contornos jurídicos formais quanto a adoção dos procedimentos legais, observando que os critérios e análise de mérito (oportunidade e conveniência do pedido), bem como a aferição da imparcialidade de modo a evitar direcionamento, constituem análises técnicas específicas da autoridade competente para formalização da parceria.

Este é o parecer.

Rifaina, 03 de maio de 2020.

Dra. Marcela Rodrigues Vilela
Procuradora do Município de Rifaina
OAB/SP Nº 300.429

Marcela Rodrigues Vilela
OAB 300.429
Procuradora do Município de Rifaina.