ASSESSORIA JURÍDICA
Parecer nº 431-AJE/2021
Objeto: TERMO DE FOMENTO – PROJETO "MAMAMIGA"

I – RELATÓRIO.

Trata-se de processo administrativo encaminhado a esta assessoria jurídica, para consulta sobre a viabilidade e modalidade da proposta apresentada pela SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, MEIO AMBIENTE e ASSISTÊNCIA SOCIAL, para execução pela LIGA FEMININA DE COMBATE AO CÂNCER do projeto "Projeto Mamamiga". É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

As parcerias firmadas entre a administração pública e as organizações da sociedade civil são regidas pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, alterado pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, o novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC.

Nos termos da referida lei, a parceria é considerada um conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações advindas de uma relação jurídica formalmente constituída entre a administração pública e a organização da sociedade civil. O inciso III do art. 2º prevê que o objetivo desta relação jurídica é a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, conforme previsto do instrumento celebrado.

Assim, verifica-se que a natureza jurídica desta parceria é contratual, uma relação sinalagmática. Ainda que sob a égide de interesses públicos, o que indica um interesse comum entre ambos, a parceria envolve ainda finalidades recíprocas.

A Lei nº 13.019, de 2014, define ainda no inciso I do art. 2º o que se considera como organização da sociedade civil, a qual firmará a parceria através dos três instrumentos constantes da norma, o termo de colaboração, termo de fomento e o acordo de cooperação. O inciso I, do art. 2º assim prevê:

> Art. 2o Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> I - organização da sociedade civil:
>
> a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei no 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;

Por outro lado, a administração pública compreende a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista prestadoras de serviço público, além de suas subsidiárias, alcançadas pelo disposto no parágrafo 9º do art. 37 da Constituição Federal.

No caso concreto, verifica-se que as partes pactuantes se enquadram nas previsões do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, não estando presente qualquer hipótese que exclua a incidência da lei em apreço. Nesse contexto, parece a esta Assessoria Jurídica que o instrumento jurídico adequado à formalização da avença é o Termo de Fomento, nos termos do art. 2º, VIII, da Lei nº 13.019 de 2014.

Do instrumento jurídico proposto.

A parceria firmada entre organizações da sociedade civil e a administração pública, sob a égide da Lei nº 13.019 de 2014, pode ocorrer por meio de três instrumentos: termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação. Os três instrumentos estão previstos no art. 1º do diploma legal e têm seus conceitos expressamente indicados nos incisos VII, VIII e VIII-A do art. 2º.

Preliminarmente, diferenciam-se os termos de colaboração e de fomento do acordo de cooperação. Enquanto este deve ser utilizado para as parcerias em que não houver a transferência de recursos financeiros, os demais instrumentos possuem viés econômico. Dessa forma, alguns dispositivos relativos a recursos serão inaplicáveis nos casos em que o instrumento for acordo de cooperação.

O termo de colaboração é o instrumento por meio do qual são formalizadas parcerias entre organizações da sociedade civil e administração pública cuja finalidade é a consecução de políticas públicas de autoria da própria administração.

Por outro lado, o termo de fomento é o instrumento indicado para a consecução de políticas públicas de autoria da sociedade civil, seja por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse Social, instrumento instituído pela lei para propositura de políticas públicas pelas organizações da sociedade civil, ou por qualquer outro meio.

Dessa forma, o elemento diferenciador dos termos de colaboração e fomento e o acordo de cooperação é a existência ou não de transferência de recursos financeiros. Após, verificando-se a presença de transferência de recursos, analisa-se a iniciativa da proposta dos autos para que se identifique se o instrumento adequado é o termo de colaboração ou o termo de fomento.

Veja-se, portanto, que a diferenciação jurídica entre ambos os instrumentos está lastreada essencialmente na autoria do projeto. Assim, os projetos desenvolvidos ou criados pela própria Organização da Sociedade Civil - OSC poderão ensejar a celebração de Termos de Fomento. Já os projetos parametrizados pela Administração Pública e executados pela Organização da Sociedade Civil em estrita conformidade àqueles parâmetros constituirão termo de colaboração.

Anote-se, desde logo, outra diferença fundamental entre ambos os instrumentos, já que o Decreto expressamente restringiu o desenvolvimento de atividades para os termos de colaboração. A definição do que se considera projeto ou atividade consta do art. 2º da Lei, que assim os distingue:

> III-A - atividade: conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
> III-B - projeto: conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Fundamentalmente, a atividade distinguir-se-á do projeto pela sua permanência no tempo, e pela necessidade de sua consecução para a satisfação de interesses compartilhados entre administração pública e sociedade civil. Neste caso, tratando-se de ação de execução obrigatória para satisfação de interesse público e social de natureza contínua ou permanente, sua execução dar-se-á por iniciativa da própria Administração Pública, cabendo à Organização da Sociedade Civil eleita para sua execução fazê-lo em estrita observância aos parâmetros pré-estabelecidos pelo ente Município de Teutônia.

Assim, tratando-se de atividade, dúvida inexiste quanto ao instrumento a ser utilizado, excluindo expressamente a legislação a possibilidade de celebração de termo de fomento na hipótese. Tratando-se, por outro lado, de projeto, a diferenciação jurídica aludida apoia-se na autoria como forma de definir a espécie de instrumento a ser utilizado. Assim, havendo já definição clara da administração quanto aos resultados que pretende alcançar, parâmetros consolidados, indicadores e formas de avaliação conhecidos - em regra integrados em programas pré-estabelecidos - o termo de colaboração será o instrumento adequado. No caso, porém, de inexistir resultados ou parâmetros previamente ordenados, deixando-se à iniciativa das próprias organizações - e à sua criatividade e capacidade de inovação - a prerrogativa de apresentar a proposta de trabalho para avaliação da Administração (respeitado o objeto previamente estabelecido), o instrumento adequado é o termo de fomento.

Ademais, outro fator determinante na definição do instrumento mais adequado é a concepção do plano de trabalho. Veja que restou a cargo da Organização da Sociedade Civil a concepção do plano de trabalho, do projeto a ser executado no âmbito das competência do objetivo da entidade.

Ante o exposto, numa análise estritamente técnico-jurídica, opino pela viabilidade jurídica do Termo de Fomento através de processo de dispensa de chamamento público, fundado no artigo 30, inciso VI da Lei Federal 13.019/2014.

Encantado/RS, 23 de julho de 2021.

Juliano André Heisler
OAB/RS 69.978
Heisler Sociedade Individual de Advocacia
OAB/RS 7.929