PARECER JURÍDICO 19/2018

DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES COMPRAS E CONTRATOS
ANÁLISE DA VIABILIDADE JURÍDICA DA PROPOSTA DA ASSOCIAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS DO MUNICÍPIO DE CAIBI/SC E DA POSSIBILIDADE DE INEXIGIBILIDADE DE CHAMAMENTO PÚBLICO

RELATÓRIO

Trata-se de solicitação de análise da viabilidade jurídica da proposta da associação de associação de pais e amigos dos excepcionais do município de Caibi/SC e da possibilidade de inexigibilidade de chamamento público.

Informa que houve proposta para atendimento especializado a pessoas com deficiência intelectual e múltipla nas áreas de saúde, educação e assistência social, oferecendo ainda alimentação, transporte e a manutenção da instituição acima com materiais de expediente, didático-pedagógico, utensílios em geral, energia elétrica, água e telefone.

O valor total do repasse solicitado é de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) conforme cronograma de desembolso anexo à proposta apresentada.

O parecer técnico conclui que apenas uma entidade é capaz de cumprir com o objeto proposto no plano de trabalho apresentado, pois, embora exista outras entidades próximas ao município de Riqueza/SC, verifica-se que não possuem estrutura para atender aos 23 alunos oriundos deste município, tendo, inclusive, conforme parecer técnico, havido contato com a mesma para verificar o interesse em executar o objeto proposto.

Houve justificativa da autoridade para a inexigibilidade, veio a solicitação, é o breve relato. Passa-se ao parecer.

FUNDAMENTAÇÃO

Prefacialmente importante registrar que a regra para a administração pública é a Licitação, constituindo-se a inexigibilidade desta situação excepcional que, por força desta condição, deve ser adotada nos estritos termos e hipóteses preconizadas na lei.

Sob a ótica das contratações públicas a Constituição Federal estabelece em seu artigo 37, XXI, a obrigatoriedade da licitação, presumindo que a prévia licitação produz a melhor contratação.

> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Contudo, a presunção consagrada na constituição é meramente relativa, pois se a vontade constitucional fosse de toda e qualquer contratação ser precedida sempre de licitação a redação do dispositivo anterior seria diversa, não havendo ressalva.

Dessa forma, muito embora a constituição presumir que a melhor contratação é aquela precedida de processo licitatório formal, admite expressamente que essa presunção seja afastada em face de determinadas circunstâncias, quais sejam as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Nesta senda, destacamos que o Art. 25 da Lei 8.666 de 02 de junho de 1993 em seu caput é categórico em afirmar que será inexigível a licitação sempre que for demonstrada a inviabilidade de competição, constituindo seus incisos hipóteses meramente exemplificativas.

O "caput" do artigo 25 indica que a inexigibilidade de licitação é caracterizada pela inviabilidade de competição, hipótese em que o interesse público somente possa ser atendido por um único fornecedor, dada a impossibilidade de fixação de critérios objetivos de julgamento.

Nas lições de Marçal Justen Filho encontramos a definição de objeto singular.

> A doutrina já reconheceu a complexidade do conceito de inexigibilidade. Em obra clássica, SÉRGIO FERRAZ e LUCIA VALLE FIGUEIREDO desenvolveram o conceito de objeto singular, terminologia utilizada apenas acessoriamente pela legislação. Formulavam ponderação que apresentava enorme relevância teórica e prática no sentido de que "Cumpre precisar o conceito de objeto 'singular', apartando-o do 'objeto único'. Este último conduziria a uma impossibilidade fática e lógica de licitar".
> Ou seja, reconheciam que a inexigibilidade de licitação poderia configurar-se em duas situações diversas e inconfundíveis. Uma alternativa se dava nos casos de objeto único, em que a Administração não poderia ser satisfeita senão através de um determinado sujeito. Outra hipótese era

> aquela em que existisse objeto singular, caso em que poderia haver diversos objetos, mas fosse impossível realizar uma seleção segundo os postulados da licitação.
> Por seu turno, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO produziu afirmativa que se tornou clássica, no sentido de que "Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais".
> Como o referido autor apontou a individualidade de um bem, apta a excluir a licitação, poderia caracterizar-se em três situações diversas. A primeira seria a singularidade em sentido absoluto; a segunda, a singularidade em razão de evento externo ao objeto; e a terceira, a singularidade por força da natureza intima do objeto.
> Um bem seria singular em sentido absoluto quando dele existisse apenas uma unidade.
> A singularidade por evento externo decorreria da agregação de um significado especial em relação a certo bem. O exemplo era de uma espada utilizada em determinado acontecimento histórico relevante.
> A singularidade em razão da natureza íntima se configuraria quando o bem fosse produzido a partir de realização artística, técnica ou científica, "caracterizada pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor".
> Nesse último caso, o mestre reiterava a mesma advertência acima já destacada, acerca de que "a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos".

Veja-se, portanto, que segundo o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello trazido pelo mestre Marçal, falar em singularidade não significa concluir que que seja único.

Reiteramos as ponderações visualizadas no parecer técnico de que embora exista outra entidade próxima ao município de Riqueza/SC, verifica-se que não possui estrutura para atender aos 23 alunos oriundos deste município.

Destaca-se que, com o advento da Lei 13.019/2014, que rege as parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil em regime de mutua cooperação, para consecução de finalidades de interesse público e recíproco, disciplinou, através do chamamento público ou inexigibilidade a seleção de organizações da sociedade civil.

Segundo preconizam os artigos 16 e 17, da Lei Federal n. 13.019/2014, a administração pública pode formalizar em favor de entidades consideradas como organizações da sociedade civil, termo de colaboração ou de fomento, distinguindo-se ambos pela iniciativa acerca do projeto de trabalho, senão vejamos:

> Art. 16. **O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho <u>de sua iniciativa</u>**, para

> celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.
> Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.
> Art. 17. **O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho <u>propostos por organizações da sociedade civil</u>** que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Nesse interim, verifica-se que a proposta partiu da organização da sociedade civil pelo que deve ser adotado o termo de fomento para formalizar o repasse financeiro solicitado.

Nos termos do artigo 31, caput, da Lei 13.019/2014, em razão da inviabilidade/inexistência de competição, por tratar-se a APAE de única organização a atender especializado a pessoas com deficiência intelectual e múltipla nas áreas de saúde, educação e assistência social em parceria com o Município, próximo ao seu território, in verbis:

> Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando:
> I - o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos;
> II - a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3º do art. 12 da Lei no 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000.

A caracterização da inviabilidade de competição resta comprovada pela justificativa apresentada pelo Poder Público, de que se trata de única entidade com interesse e condições de atender aos interesses públicos, em obediência ao artigo retro mencionado, portanto não havendo concorrentes, assim, inexiste a competição exigida.

Sob a ótica dos princípios da Administração Pública a Constituição Federal estabelece em seu artigo 37:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

> princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Nesse contexto, é possível perceber que o leque de princípios a serem seguidos é bastante amplo devendo a administração trilhar um caminho no sentido de harmonizar todo esse conjunto de regras que pauta o procedimento administrativo.

Assim, além de se tratar de objeto singular, segundo o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, verifica-se que, muito embora existam entidades semelhantes em outros municípios, não atendem ao princípio da eficiência.

O princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

Ademais, é imperioso observar que Lei Municipal nº 0751, desta data, autoriza a contribuição financeira para a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Caibi/SC:

> **Art. 1º** Fica autorizado o Poder Executivo Municipal a repassar, em forma de contribuição financeira, o valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), para a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Caibi/SC - APAE Caibi, inscrita no CNPJ sob o nº 80.637.333/0001-65, localizada na Rua Salgado Filho, nº 774, Centro, no Município de Caibi/SC.
> **Parágrafo único**. O valor da contribuição de que trata o presente artigo será repassado em parcelas mensais à Entidade.

Atendido, portanto, o requisito do inciso II do Art. 31 da Lei 13.019/2014 verifica-se possível a celebração do termo de fomento por inexigibilidade.

Por fim, verifico, a partir do parecer técnico, que "há identidade e reciprocidade no interesse das partes na realização da parceria, em mútua cooperação, haja vista a necessidade do município de Riqueza/SC suprir atividades concernentes ao âmbito da educação, assistência social e saúde para atendimento especializado a pessoas com deficiência intelectual e múltipla. A proposta analisada atende ao princípio da supremacia do interesse público, e está contida nas diretrizes das atividades de interesse social que deverão ser atendidas pelo poder público municipal ou por entidades membros da sociedade civil organizada".

É visível ainda que "há viabilidade da execução da proposta, inclusive no que se refere aos valores estimados, que são compatíveis com os preços praticados no mercado" e que "o cronograma de desembolso previsto no plano de trabalho, está adequado e permite a sua efetiva fiscalização".

Dessa forma, concluo, também, pela viabilidade jurídica da proposta.

DO TERMO DE FOMENTO

Para celebrar o termo de fomento, é necessário cumprir com os requisitos elencados nos art. 33/34 da Lei 13.019/2014.

Além disso, o termo (conforme dispõe o art. 42 da Lei 13.019/2014) terá como cláusulas essenciais aquelas aplicáveis ao caso e ali descritas:

> Art. 42. As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais
> I - a descrição do objeto pactuado;
> II - as obrigações das partes;
> III - quando for o caso, o valor total e o cronograma de desembolso;
> IV - (revogado
> V - a contrapartida, quando for o caso, observado o disposto no § 1º do art. 35;
> VI - a vigência e as hipóteses de prorrogação;
> VII - a obrigação de prestar contas com definição de forma, metodologia e prazos;
> VIII - a forma de monitoramento e avaliação, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico nos termos previstos no § 1º do art. 58 desta Lei;
> IX - a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos nesta Lei;
> X - a definição, se for o caso, da titularidade dos bens e direitos remanescentes na data da conclusão ou extinção da parceria e que, em razão de sua execução, tenham sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela administração pública;
> XI - (revogado);
> XII - a prerrogativa atribuída à administração pública para assumir ou transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação, de modo a evitar sua descontinuidade;
> XIII - (revogado);
> XIV - quando for o caso, a obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos em conta bancária específica, observado o disposto no art. 51;
> XV - o livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto;

XVI - a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias;
XVII - a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa, com a participação de órgão encarregado de assessoramento jurídico integrante da estrutura da administração pública;
XVIII - (revogado);
XIX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal;
XX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução;
Parágrafo único. Constará como anexo do termo de colaboração, do termo de fomento ou do acordo de cooperação o plano de trabalho, que deles será parte integrante e indissociável.

Nesse sentido, desde que cumpridos com os requisitos acima mencionados, opinamos pela aprovação, para efeito de prosseguimento de todas as formalidades do processo até o seu final.

Destacamos ainda, que deverá ser dada as devidas publicações legais a todos os atos a fim de dar conhecimento a todos os interessados, bem como que deverá ser atendida todas as fases constates na Lei já citada.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, **opino**, no sentido da viabilidade jurídica da proposta apresentada e da possibilidade de realização do termo de fomento por meio de inexigibilidade, destacando apenas que o termo observe os requisitos expostos na fundamentação e que seja observada a publicidade de todos aos atos.

S.m.j., é o parecer.

Riqueza/SC, 18 de abril de 2018.

Marieli Filippi
OAB/SC 47.248