



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE CONVÊNIOS E PARCERIAS
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS BLOCO B, 3º ANDAR

PARECER n. 00526/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.004831/2018-48

INTERESSADOS: SECRETARIA DA DIVERSIDADE CULTURAL - SDC/MINC

ASSUNTOS: Termo de Fomento – Proposta Siconv n. 026148/2018

EMENTA: I. Termo de Fomento. II. Recursos de Emenda Parlamentar ao Fundo Nacional de Cultura - FNC. III. Parecer favorável em tese, com recomendações.

RELATÓRIO

1. Tratam os autos de proposta de Termo de Fomento que se pretende celebrar entre a União, por meio do Ministério da Cultura – MinC, representado pela SDC/MinC, e o Instituto Cultural Santa Rita, entidade privada sem fins lucrativos que se apresenta como organização da sociedade civil – OSC nos termos do art. 2º, inciso I, da Lei n. 13.019/2014.

2. O instrumento tem por objeto a “Realizar Intercâmbio da Orquestra Jovem Música Para Todos para apresentações e trocas de experiências com os Músicos da Academia de Música Costa Cabral em Portugal”. Sua execução está orçada no valor total de R\$ 100.000,00, integralmente custeados por este Ministério.

3. Foram juntados aos autos, entre outros, os seguintes documentos: indicativo de emenda parlamentar (0538956); documentos da OSC e de seus representantes, declarações e orçamentos (0536581, 0543944, 0550779, 0653912 a 0654013, 0654243); Plano de Trabalho (Siconv); Nota de Empenho (0654458); Parecer Técnico (0658269); e minuta (0658350).

FUNDAMENTAÇÃO

4. Feito este breve relatório, passo à análise da consulta, ressaltando que esta se dá em cumprimento ao disposto no art. 11, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, no art. 4º do Anexo I do Decreto nº 9.411/2018, e no art. 31 do Decreto n. 8.726/2016, abstraídas as questões de ordem técnica, financeira e vernacular, ou ainda aspectos de conveniência e oportunidade, alheios à missão deste órgão.

5. A Constituição Federal como orientadora da ação estatal, ao garantir o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, prevê o apoio e o incentivo do Estado à valorização e à difusão das manifestações culturais, conforme disposto em seu artigo 215.

6. Por outro lado, verifica-se que a proposta em tela guarda consonância com o art. 216-A, da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012), que trata do Sistema Nacional de Cultura, estabelecendo como princípios deste, entre outros, “a cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural” e “a descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações” (CF/88, art. 216-A, § 1º, incisos IV e XI).

7. Fundamentam, ademais, a presente análise, a Lei n. 13.473/17 - LDO/2018, a Lei nº 13.019/2014, o Decreto nº 8.726/2016, a Lei n. 8.313/1991, o Decreto n. 5.761/2006. e a Portaria/MinC n. 33/2014.

8. Assim, desde que obedecida a legislação específica e os termos do instrumento proposto estejam aptos a alcançar o objetivo pleiteado, não haverá qualquer óbice de ordem jurídica para a sua formalização.

9. A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, e o Decreto nº 8.726, de 27 de abril de 2016, estabeleceram um novo marco jurídico para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil,

em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de *interesse público e recíproco*, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho. Após a entrada em vigor da Lei n. 13.019/2014, não mais é admitida, em regra, a celebração de convênios com entidades privadas (salvo nas hipóteses mencionadas no art. 3º, inciso IV, da Lei – o que não é o caso), sendo os termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação os instrumentos cabíveis para a formalização dessas parcerias.

10. Conforme disposto no art. 2º, inciso VIII, da Lei n. 13.019/2014, **termo de fomento** é o “*instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros*”. São consideradas organizações da sociedade civil aquelas descritas no art. 2º, inciso I, da Lei n. 13.019/2014.

11. Em regra, a Lei n. 13.019/2014 exige a realização de chamamento público prévio, a fim de selecionar as organizações da sociedade civil com quem serão celebrados os termos de fomento e colaboração (art. 24). No entanto, o art. 29 da Lei estabelece exceção para o caso de instrumentos decorrentes de emendas parlamentares, nos seguintes termos:

Art. 29. Os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei”.

12. No caso em análise, o **órgão consulente indica a existência de emenda parlamentar (Emenda nº 3740004) direcionada à entidade que celebrará o termo de fomento (conforme espelho SIOP juntado como documento SEI 0640069)**, em conformidade com o exposto no Parecer n. 00026/2018/DECOR/CGU/AGU (SEI 0564126) que tratou da necessidade de identificação das entidades beneficiárias de emendas parlamentares.

13. Ressalto que o enquadramento de cada emenda recebida, o discernimento do grau de detalhamento suficiente à tramitação da proposta, a compatibilidade da especificação da destinação da emenda com o projeto apresentado, bem como a eventual existência de impedimentos técnicos à sua execução são questões que devem ser enfrentadas caso a caso pelo órgão gestor, observando-se, sempre, o princípio da motivação dos atos administrativos. Nesse sentido, vale mencionar o seguinte excerto de julgado do TCU, que reforça a necessidade de análise técnica criteriosa da proposta, independentemente da origem do recurso:

21.2 As emendas parlamentares se situam no campo da discricionariedade do parlamentar quanto à opção política na definição do gasto ou investimento, mas, em se tratando do agente executor favorecido, há de se observar as normas materiais e de procedimento quanto aos requisitos de credenciamento. O fato de a emenda parlamentar encontrar abrigo na lei orçamentária não impõe ao agente público encarregado da sua operacionalização ignorar as normas aplicáveis aos entes beneficiados.(...) (AC-2651-39/12-P, Plenário, Relator: AUGUSTO NARDES, Processo: 005.361/2011-7)

14. Registro que **foi emitida a Nota de Empenho necessária ao comprometimento dos recursos**, atendendo o disposto nos art. 60 e 61 da Lei nº 4.320/1964 e no art. 24 do Decreto n. 8.726/2016.

15. Ressalto que o art. 35, §1º, da Lei n. 13.019/2014, e o art. 12, parágrafo único, do Decreto n. 8726/2016 dispensam a contrapartida como requisito para a celebração da parceria. Outrossim, também sob a perspectiva do ordenamento que rege o FNC (Lei n. 8.313/91 e Decreto n. 5.761/2006), pode ser dispensada a contrapartida e a apreciação da proposta pela Comissão do FNC, na forma do art. 13 do Decreto n. 5.761/2006, já que se trata de recurso oriundo de emenda parlamentar.

16. Ainda quanto aos recursos financeiros, observo que o art. 17, inciso XII, da Lei n. 13.473/2017 (LDO/2018) veda a transferência de recursos a entidades privadas destinados à realização de eventos, no âmbito deste Ministério, com as exceções previstas em seu § 5º, *in verbis*:

Art. 17. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com:

(...)

XII - transferência de recursos a entidades privadas destinados à realização de eventos, no âmbito dos Ministérios do Turismo e da Cultura;

(...)

§ 5º A vedação prevista no inciso XII do caput não se aplica às destinações, no Ministério da Cultura e no Ministério do Turismo, para realização de eventos culturais tradicionais de caráter público realizados há, no mínimo, cinco anos ininterruptamente, desde que haja prévia e ampla seleção promovida pelo órgão concedente ou pelo ente público conveniente.

17. A parceria em tela visa à realização de Intercâmbio da Orquestra Jovem Música Para Todos. No entanto, **como o projeto prevê a realização de apresentações da Orquestra em Portugal, recomendo que o órgão**

consulente manifeste-se expressamente sobre este aspecto, aferindo a adequação da proposta ao disposto no art. 17 da LDO/2018 como condição para o prosseguimento dos trâmites.

18. Com relação aos critérios de conveniência e oportunidade, observo que o mérito do instrumento em análise deve ser atestado pela área competente deste Ministério, não cabendo a esta Consultoria imiscuir-se em tal seara. Efetivamente, verifica-se que **a proposta foi analisada pelo Parecer Técnico 38/2018/COCED/CGEAI/DEDIC/SDC (0658269), que atestou a capacidade técnica e gerencial da OSC para executar o projeto, a exequibilidade do plano de trabalho, e o cumprimento de todas as exigências da Lei n. 13.019/2014 e do Decreto n. 8.726/2016, concluindo favoravelmente à celebração do instrumento.**

19. Vale lembrar que o Enunciado n. 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU determina que o Advogado Público evite “*posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento*”. Assim, a justificativa do Enunciado menciona que “**a prevalência do aspecto técnico ou a presença de juízo discricionário determinam a competência e a responsabilidade da autoridade administrativa pela prática do ato. A responsabilidade na tomada de decisão é sempre da autoridade administrativa**”.

20. Observo, todavia, que o parecer técnico deve tratar da **designação do gestor da parceria e da Comissão de Monitoramento e Avaliação, conforme determina o art. 35, inciso V, alíneas ‘g’ e ‘h’ da Lei n. 13.019/2014**. Quanto à Comissão de Monitoramento, vale notar que este Ministério recentemente criou a Comissão Permanente de Monitoramento e Avaliação, responsável pelo monitoramento e avaliação de todos os Termos de Colaboração e Fomento celebrados no âmbito desta Pasta, conforme Portaria/MinC nº 56, de 11 de maio de 2018.

21. Quanto ao **plano de trabalho**, observo que o art. 22 da Lei n. 13.019/2014 e o art. 25 do Decreto n. 8.726/2016 estabelecem os elementos que dele deverão constar. Ressalto que **a aprovação do plano de trabalho (documento de natureza técnica) é requisito para a formalização e celebração dos termos de colaboração e fomento, conforme dispõe o art. 35, inciso IV, da Lei n. 13.019/2014**.

22. Quanto à **análise de custos**, vale lembrar que, apesar de não tratar especificamente de Termos de Colaboração e Fomento (que não existiam à época), o TCU já recomendou que os gestores deste Ministério atentassem à compatibilidade entre os valores orçados pelos proponentes e os valores praticados no mercado, com base nos princípios que regem a Administração Pública, em especial os princípios da economicidade e da eficiência (aplicáveis ao caso em análise). *In verbis*:

ACÓRDÃO Nº 3716/2010 – TCU – 2ª Câmara 1. Processo nº TC 006.331/2008-6. 5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho. (...) 9.5. determinar ao Ministério da Cultura que exerça controle sobre a fase de análise técnica das proposições e de celebração dos instrumentos que disciplinam a transferência dos recursos a título de convênios, acordos, ajustes e instrumentos congêneres, atentando para a compatibilidade entre os valores orçados pelo contratante e os valores praticados no mercado, consoante os arts. 43, inciso IV, e 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, c/c o art. 20 da Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127, de 29 de maio de 2008;

23. Ainda sobre a análise preliminar das propostas, observo que **o TCU vem alertando os gestores públicos para a importância da fase de planejamento, pois dela depende a efetividade das fases subsequentes**. Assim recomendou o Tribunal no seguinte julgado:

3.2.28 A adequada análise técnica das proposições, certificando-se da consistência dos planos de trabalho, da adequabilidade de seus custos e das condições das entidades convenientes para executá-los, constitui a validação do planejamento da ação a ser executada e é a fase de controle mais efetiva e menos onerosa neste tipo de processo: a antecedente. A efetividade das demais fases, a concomitante (acompanhamento e fiscalização da execução) e a subsequente (avaliação de resultados e prestações de contas) dependem fundamentalmente dos parâmetros estabelecidos na primeira fase. Os fatos descritos neste relatório denotam uma correlação do tipo causa e efeito entre a negligência na primeira fase e as irregularidades praticadas nas demais. (TCU, Acórdão 390/2009 – Plenário) (grifo nosso)

24. Dito isso, ressalto que a liberação de recursos no maior número de **parcelas** possível é a melhor forma de se assegurar a aplicabilidade do disposto no art. 48 da Lei n. 13.019/2014 (que prevê a retenção de parcelas, na eventual ocorrência de irregularidades ou impropriedades). No entanto, essa é questão técnica que deverá ser avaliada pelo órgão responsável.

25. Quanto ao **prazo** estipulado para vigência do Termo de Fomento, recomendo verificar se é suficiente para a realização do objeto. Ressalto que, em caso de instrumento com prazo expirado, não é possível a prorrogação, o que prejudicaria a conclusão do objeto. Nesse sentido, destaco o item 9.2 do Acórdão TC-011.682/2012-4 (Acórdão nº 2.813/2013 - 2ª Câmara), do TCU:

Determinação ao Ministério do Turismo para que se abstenha de celebrar convênio ou outro instrumento congêneres com prazo de execução muito exiguo e bem próximo da formalização do

ajuste, prejudicando com isso a efetiva e oportuna fiscalização do órgão repassador sobre a aplicação dos valores federais transferidos.

26. Ainda tendo em vista a estipulação de um prazo exequível, observo que o art. 40 do Decreto n. 8.726/2016 determina que *“a organização da sociedade civil somente poderá pagar despesa em data posterior ao término da execução do termo de fomento ou de colaboração quando o fato gerador da despesa tiver ocorrido durante sua vigência”*.

27. Tendo em vista a existência de lacuna legislativa sobre a questão do pagamento de despesas anteriores à assinatura do instrumento (tanto na Lei nº 13.019/2014 quanto no Decreto nº 8.726/2016), recomendamos a transposição analógica do disposto no art. 40 do Decreto nº 8.726/2016 para as despesas realizadas antes da vigência do instrumento, conforme Nota Explicativa constante da minuta-modelo de Termo de Fomento da AGU. Assim, não devem ser admitidas despesas preparatórias (ou seja, realizadas antes da assinatura do termo de fomento).

28. **A proposta deve guardar sintonia, ainda, com o disposto na Portaria/MinC nº 33, de 17 de abril de 2014, que estabelece regras e critérios para a formalização de instrumentos de transferência voluntária de recursos para apoio à realização de atividades culturais e de projetos de infraestrutura, no âmbito do Ministério da Cultura, com especial atenção ao disposto em seu art. 4º. O Parecer Técnico atesta o cumprimento da referida Portaria.**

29. Dito isso, observo que a **minuta** de termo de fomento juntada aos autos segue a minuta-modelo de termo de fomento aprovada pela Advocacia-Geral da União – AGU (http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270541), conforme recomendado no Memorando-Circular nº 92/2017/CONJUR-MinC/CGU/AGU – SEI 0360199.

30. Ao órgão técnico responsável pelo acompanhamento e fiscalização do Termo de Fomento, recomendo atenção a qualquer alteração da OSC e atualização periódica dos dados cadastrais desta, lembrando à OSC o disposto nos art. 26, § 5º, do Decreto n. 8.726/2016, que determina que *“a organização da sociedade civil deverá comunicar alterações em seus atos societários e em seu quadro de dirigentes, quando houver”*.

31. Ressalto que devem ser observadas pela OSC e pelo órgão gestor do Termo de Fomento as **vedações** constantes da LDO e da Lei n. 13.019/2014 (especialmente dos artigos 39 e 45 desta); as regras referentes à liberação de recursos (art. 48 da Lei n. 13.019/2014), às compras e contratações e à realização de despesas e pagamentos (artigos 36 a 42 do Decreto n. 8.726/2016), bem como demais normas previstas na legislação vigente; cabendo, ainda, ao órgão gestor, adotar procedimentos referentes ao monitoramento e avaliação da parceria, nos termos dos artigos 58 a 62 da Lei n. 13.019/2014 e artigos 49 a 53 do Decreto n. 8.726/2016.

32. Vale lembrar que, no momento da verificação do cumprimento dos requisitos para a celebração da parceria, o órgão responsável pela gestão do instrumento deverá consultar o Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas - Cepim, o Siconv, o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - Siafi, o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e o Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – Cadin, para verificar se há informação sobre ocorrência impeditiva à referida celebração, nos termos do art. 29 do Decreto n. 8.726/2016.

33. Observo, por fim, que 2018 é ano eleitoral, motivo pelo qual **os gestores de ambas as partes devem atentar às restrições previstas na Lei n. 9.504/1997 (Lei Eleitoral), no que couber, evitando condutas proibidas a agentes públicos em ano em que se realizam eleições.** Vale notar que a **Lei n. 9.504/1997 (art. 73, § 10) veda a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, no ano em que se realizar eleição.** Sendo públicos os recursos referentes ao termo de fomento, convém alertar para a possibilidade de que a distribuição de passagens e diárias, no âmbito da proposta em tela, seja considerada irregular pelo tribunal eleitoral.

34. Nesse particular, no entanto, especificamente em relação a repasses na área da cultura, esporte e turismo, há importante precedente do TSE, que exclui a incidência dessa vedação, **sobretudo quando os instrumentos preveem a adoção de contrapartidas**, vazado nos seguintes termos:

“A assinatura de convênios e o repasse de recursos financeiros a entidades públicas e privadas para a realização de projetos na área da cultura, do esporte e do turismo não se amoldam ao conceito de distribuição gratuita, previsto no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, sobretudo quando os instrumentos preveem a adoção de contrapartidas por parte das instituições”. (TSE, REspe nº 282.675, Acórdão de 24/04/2012, relator Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira)

35. Assim, **recomendo que a questão da possível caracterização de distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios seja expressamente enfrentada pela SDC/MinC, a fim de resguardar os gestores responsáveis pelo ato.**

36. A fim de sanar eventuais dúvidas sobre as condutas vedadas em ano eleitoral, recomendo a consulta à Cartilha da AGU de Condutas Vedadas aos Agentes Públicos Federais nas eleições de 2018 e, quanto à publicidade do evento, se for o caso, a Instrução Normativa n. 1, de 11 de abril de 2018, da Secretaria Geral da Presidência da República (que disciplina a publicidade em ano eleitoral dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal).

CONCLUSÃO

37. Conclui-se, portanto, pela **possibilidade, em tese, de celebração do Termo de Fomento em exame, após atendidas as recomendações apontadas no presente Parecer, especialmente nos itens 17, 20 e 35.**

38. Finalmente, vale lembrar que, de acordo com o Enunciado nº 05 do Manual de boas Práticas Consultivas da AGU: “*Ao órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas*”. Assim, **não é necessário o retorno dos autos a esta Consultoria, salvo se subsistir dúvida de cunho jurídico.**

Isso posto, conforme permite a Portaria/CONJUR/MINC n. 2, de 29/04/2011, solicito o encaminhamento dos autos à **SDC/MinC**, para as providências cabíveis.

Brasília, 27 de agosto de 2018.

DANIELA GUIMARÃES GOULART

Advogada da União

Coordenadora-Geral Jurídica de Convênios e Parcerias

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400004831201848 e da chave de acesso 977dd7d3

Documento assinado eletronicamente por DANIELA GUIMARAES GOULART, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 163419031 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELA GUIMARAES GOULART. Data e Hora: 27-08-2018 18:47. Número de Série: 13887376. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
