

PARECER Nº 01 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO DO GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA PORTARIA/PGF Nº 467, DE 08 DE JUNHO DE 2012 E COM PROSSEGUIMENTO COM BASE NA PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

PROCESSO Nº: 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: Procuradoria-Geral Federal

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

DIFERENÇAS ESTRUTURANTES ENTRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS UTILIZADOS COMO CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO NAS ATIVIDADES-MEIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 97 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: DE UM LADO, OS CONTRATOS; DE OUTRO, OS CONVÊNIOS, E OS TERMOS DE PARCERIA, CONSIDERANDO-SE A APLICAÇÃO DE TERMOS DE COOPERAÇÃO QUANDO, A DESPEITO DA CONTRAPRESTAÇÃO DIRETA, O AJUSTE ENVOLVER ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE O MESMO ENTE POLÍTICO FIGURAR COMO CONTRATANTE E CONTRATADO NA MESMA OCASIÃO.

I. Os contratos seguem a contraposição de interesses e a contraprestação entre as partes; já, os convênios e os termos de parceria visam à consecução da realização de objetos em comum, em prol da coletividade, e não diretamente para os partícipes envolvidos, aplicando-se o termo de cooperação quando, a despeito da contraprestação direta entre as partes, o ajuste envolver órgãos da Administração Direta, pela impossibilidade de o ente político figurar, na mesma relação, como contratante e contratado.

II. Os documentos exigidos para os convênios devem seguir, no que couber, para observância, também, aos termos de parceria.

III. Diferenças estruturantes entre os institutos jurídicos utilizados como concreção do princípio da descentralização administrativa nas atividades-meio de contrato administrativo,

convênio e termo de parceria, bem como semelhanças entre estes últimos.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

I -identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II -promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III -submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. Ressalve-se que o presente Parecer, inicialmente produzido em 2012, voltou à discussão na reunião do dia 07 de março de 2013, agora sob a égide da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, também do Exmo. Procurador-Geral Federal, desta feita, nesta novel Câmara Permanente de Convênios e demais ajustes congêneres desta PGF.

4. O presente Parecer abordará as diferenças estruturantes entre os institutos jurídicos de contrato administrativo, convênio e termo de

parceria, bem como semelhanças entre estes últimos, deixando-se de analisar minuciosamente o instituto do termo de cooperação em face de legislação superveniente, qual seja, a Portaria Conjunta nº 8, de 7 de novembro de 2012, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Controladoria-Geral da União.

5. É o relatório, anotando que o tema específico dos termos de cooperação está na pauta de análises desta Câmara para o exercício de 2013.

6. DA PRÉVIA NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO:

6.1. No Direito Administrativo Contemporâneo, o sistema vetusto das regras vem ser substituído pela interpretação aberta das normas jurídicas, compondo estas não somente aquelas, mas, sobretudo, os princípios, estes a fim de guiar a visão do aplicador da norma. Assim da pena de OTERO¹:

Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista em certos sectores de actividade.

6.2. Nesse sentido, destaque-se a importância da leitura principiológica do Direito Administrativo Contemporâneo, destacada por MENDES e outros²:

Muito embora os princípios expressos no art. 37, *caput*, da CF/88 sejam de evidente importância, tanto que aí estão inseridos, existem também princípios implícitos, como o do interesse público, também chamado de finalidade pública, que merece destaque, nesse contexto, por ser fundamental para toda discussão administrativo-constitucional. [...] O sistema constitucional da Administração Pública brasileira foi estabelecido como um conjunto de princípios, subprincípios e algumas regras, considerados necessários à garantia de sua ordem e unidade internas, a fim de que as entidades e órgãos possam atuar, na maior harmonia possível, para a consecução dos seus fins.

1 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 167.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COLEHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 875-876.

6.3. Acerca dessa visão integrada entre regras e princípios, que denominou-se juridicidade, o princípio que veio a substituir a legalidade no Direito Administrativo Contemporâneo, pós-Constituição de 1988, é curial trazermos sua densidade das palavras de MOREIRA NETO³:

O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um ‘princípio da legalidade’, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica. (grifo aposto)

6.4 A propósito, veja-se que a própria Administração Pública já expressou sua adesão formal à interpretação principiológica do Direito Administrativo, mormente no sentido de que à legalidade como regra devem ser agregados os princípios fundantes do Direito Administrativo, dentre eles a moralidade, a impessoalidade, a eficiência, o interesse público, dentre outros, a fim de se obter a verdadeira norma jurídica, sendo, pois, não somente as regras, mas também os princípios, cogentes, formando, essas duas espécies, o gênero da norma jurídica. Nesse seara, digno de nota é, no Direito Administrativo Contemporâneo, notadamente com os valores trazidos pela Constituição Federal de 88, a substituição do princípio da legalidade pelo da juridicidade, esposado no Parecer nº 1.087 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de 19.07.2004⁴:

26. Na magistral lição de Germana de Oliveira Moraes, acerca da ‘substituição da idéia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública’, a constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita. (grifo aposto)

6.5. Dessa maneira, já no presente tópico, chegamos à seguinte conclusão: o Direito Administrativo deve ser interpretado não somente à luz das regras, senão, também, ao farol dos princípios, sendo que o gênero

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 87.

4 Aprovado por Despacho do Exmo. Ministro da Fazenda, de 17/08/2004 – DOU de 23/08/2004.

norma jurídica é composto pelos princípios e regras, essas duas espécies com força cogente aos intérpretes. Essa a essência do princípio da juridicidade.

7. DA EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

7.1. A fim de podermos nos situar seguramente na matéria atinente aos presentes autos, necessário se faz incursionarmos através da evolução da Administração Pública, desde o seu nascedouro até presentemente, estágio no qual as entidades privadas paraestatais – no caso, as organizações da sociedade civil de interesse público – passam a ocupar local de destaque no cenário administrativista⁵.

7.2. Da Administração patrimonialista podemos exemplificar características como a pessoalidade, a inexistência de fronteira entre a coisa pública e os interesses pessoais dos governantes e a praticamente ausência de controle. Predominantemente, a escola patrimonialista poderia ser associada aos antecedentes da 1^a-dimensão dos direitos fundamentais.

7.3. Sucessivamente, da Escola burocrática, podemos trazer a introdução dos controles nos negócios públicos, a segregação entre os interesses privados dos públicos e o respeito aos princípios da impessoalidade e moralidade; todavia, para isso, em face das agruras experimentadas pelo modelo anterior, acaba centralizando os negócios administrativos.

7.4. Max Weber, sociólogo alemão, inaugura o termo burocracia no início do século XX, que, na sua gênese, foi um modelo criado visando a dotar o Estado-Administração Pública de racionalidade. Nesse viés, não há como dispensar de seguir alguns de seus princípios, quais sejam, o da legalidade, o da impessoalidade, o da publicidade, o da hierarquia, o da especialização de funções, com a alta capacitação da Administração Pública, que passa a ser profissional, e o do controle dos atos estatais, visto que não mais toleraria a sociedade do início do século XX a não-transparência da coisa pública

7.5. Contudo, a Administração Pública precisava acompanhar a evolução ainda maior da sociedade, do que, com o final da 2^a-e início da 3^a-dimensão dos direitos fundamentais, a escola gerencial foi sendo introduzida nos temas do Estado.

5 PISCITELLI, Rui Magalhães. *Contratações e demais ajustes da administração pública: a teoria aplicada à prática com enfoque na área federal*. Brasília, DF: [s. n.], 2011. p 31 e seguintes.

7.6 No Brasil, o conhecido Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, readequou vários conceitos até então praticados. Tomemos o controle, que, na visão burocrática era voltado aos meios, o qual se transformou em medição de resultados. Ademais, a Administração Pública ganhou cinco novos princípios, quais sejam, o planejamento, o controle, a coordenação, a descentralização e a delegação de competência. Notadamente com esses dois últimos, a Administração passou a delegar funções altamente especializadas às entidades que iam sendo criadas, componentes da Administração Indireta, o que visava a que os procedimentos fossem feitos cada vez de forma menos centralizada na Administração Direta. Assim, cria-se a tecnocracia. Mais recentemente, com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, introduzindo aos quatro princípios constitucionais da Carta de 88 (legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade) o lume da eficiência, a possibilidade de demissão, mesmo dos servidores estáveis por insuficiência de desempenho, e, ao que nos toca mais diretamente, a possibilidade do controle popular sobre a Administração Pública, de forma mais detalhada do que o previsto no texto originário de 88, vê-se, pouco a pouco, a consolidação do modo gerencial de administrar a coisa pública.

7.7. É sempre bom repetir que a Reforma Administrativa implementada no Brasil mediante o DL 200, de 1967, em um modelo gerencial e reforçada que o foi pela EC 19, de 1998, assim já o previa quanto à necessidade de se realizar, com o desencargo pelo Estado das atividades-meio no âmbito administrativo, mediante instrumentos que especificou, as atividades não-essenciais, quer via contrato com entidades privadas com fins lucrativos, quer mediante convênios, entre Entes Políticos e administrativos, como se constata da redação de seu art. 10.

7.8. Nesse sentido, destacamos pensamento de GONÇALVES, acerca da busca dos Entes Públicos a formarem parcerias com os agentes privados. Em suas palavras⁶:

Infere-se, pois, que a implantação da ideia de parceria entre o público e o privado essencialmente se realiza e se viabiliza mediante a contratualização das relações do Estado com os particulares, embora haja outras formas de parceria, como gestão associada dos entes federados através de convênios e consórcios, além de franquia, terceirização, cooperativas prestadoras de serviços públicos, entre outras.

6 GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Contrato administrativo*. Tendências e exigências atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p 133.

7.9. Tem-se, em conclusão deste tópico, que o Estado-Administração, na sua evolução, saiu do conceito tradicional de Administração Pública para novas formas de colaboração com a sociedade, via concreção do princípio da descentralização, ora mediante contratos, ora mediante convênios e ajustes congêneres (dentre eles, os termos de parceria com as entidades do terceiro setor); todavia, nem contratos, nem convênios podem descentralizar as atividades que sejam estatutariamente finalísticas do órgão ou entidade públicos, bem como aquelas para as quais há cargos específicos nas referidas carreiras funcionais⁷. Dessa maneira, pois, aplicam-se aos ajustes congêneres como os Termos de Parceria os mesmos institutos estruturantes aplicáveis aos convênios. Outra não foi a intenção do Decreto-Lei nº 200, de 1967, ao prever a colaboração como forma de descentralização da Administração Pública para entidades públicas ou, mesmo, entidades privadas sem fins lucrativos (excluindo-se, pois, os contratos, de natureza contraprestacional).

8. DOS CONTRATOS E DOS CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES A ESTES ÚLTIMOS CONGÊNERES COMO MEIO DE CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO: DIFERENÇAS ESTRUTURANTES ENTRE OS INSTITUTOS:

8.1. Nesse cenário de descentralização das atividades estatais, remonta a importância dos contratos e dos convênios, bem como de ajustes congêneres, repetindo, como, nos presentes autos, os termos de parceria com as entidades do terceiro setor.

8.2. Entretanto, é extremamente importante para evitar-se o desvirtuamento de tais institutos, a clarificação de seus conceitos, e, sobretudo, de suas diferenças, haja vista que, nos contratos, por sua natureza contraprestacional e de bilateralidade (os produtos são vendidos por uma das partes e comprados para a utilização da outra), a licitação é o caminho necessário à sua prévia formalização; ao passo que, nos convênios e demais ajustes congêneres, a colaboração mútua a fim da elaboração de um objeto que não será de nenhuma das partes, senão da própria coletividade, é o norte do ajuste, dispensando-se, conseqüentemente, a licitação prévia à celebração (todavia, para

7 Súmula 97, do TCU: "Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei 5.645, de 10/12/70 (Decreto-lei 200, de 25/02/67, art. 10, §§ 7º e 8º), não se admite, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo referido Plano."

as entidades privadas sem fins lucrativos, não se dispensando, nos convênios, o prévio chamamento público, e, nos termos de parceria, o prévio concurso de projetos – institutos esses decorrentes da aplicação dos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas).

8.3. Os convênios, como uma modalidade de ajuste administrativo, fundamentalmente divergem da figura do contrato. Na essência, contrato designa oposição entre as partes, ao passo que, convênio remete-se à mútua colaboração para a realização de um objeto comum. Assim em BAZILLI⁸: “Ao contrário do que sucede no contrato administrativo, no qual Administração coloca-se em situação de supremacia em relação ao contratado, no convênio os partícipes estão em igualdade jurídica [...]”.

8.4. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO⁹: “A característica do convênio reside na ausência de interesse especulativo de todas as partes, que atuam harmonicamente para o bem comum”.

8.5. A propósito, vale ressaltar, para o entendimento pleno do escopo deste Parecer, que os convênios e ajustes congêneres como os Termos de Parceria com OSCIPs passam, sequencial e cronologicamente, por 4 (quatro) fases, a saber, a proposição, a celebração, a execução e a prestação de contas.

8.6. Podem-se estruturar as fases de proposição como a apresentação, pelo proponente a receber os recursos federais, da proposta de trabalho acompanhada do Projeto Básico detalhando o objeto do convênios ; a celebração com a formatação do Termo; a execução com a realização do objeto e, finalmente, a prestação de contas com a apresentação dos documentos exigidos do recebedor dos recursos à análise da União, estes conforme contido nos arts. 72 a 76 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011.¹⁰

8.7. Vale destacar os documentos necessários à elaboração de um convênio, aplicáveis, pois, aos demais ajustes congêneres, a saber:

- a) “Proposta de Trabalho” (observados os requisitos constantes do art. 19 da Portaria Interministerial nº 507/2011);

8 BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 35-36.

9 JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 327.

10 A propósito, vide o Manual de Convênios e outros Repasses do TCU, com as principais falhas trazidas por aquele Órgão de Controle em diversos procedimentos de auditoria e fiscalização empreendidos, Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053252.PDF>>. p 17 e seguintes. Acesso em: 15 abril 2012.

- b) “Plano de Trabalho” (observados os requisitos do art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993 e o art. 25 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011);
- c) “Projeto Básico” ou “Termo de Referência” (observado o disciplinamento posto no inciso XXI do parágrafo segundo do art. 1º, inciso VII do art. 6º, parágrafo 4º e inciso III do parágrafo 6º do art. 34 e art. 37, todos da Portaria Interministerial nº 507, de 2011);
- d) “Termo de Convênio” (respeitado o contido nos arts. 38 a 43 da Portaria Interministerial nº 507/2011);
- e) “Especificações Complementares” (com informações técnicas adicionais julgadas de relevância pela Área Técnica do concedente).

8.8. Importante é trazeremos o *leading case* que trata das diferenças entre os contratos, de um lado, e os convênios e demais ajustes congêneres de outro, no Acórdão nº 2.356, de 2006, do Plenário do TCU. E isso é fundamental haja vista que, previamente à celebração dos contratos, é indispensável, salvo os casos de dispensa e inexigibilidade, trazidos na Lei licitatória geral, o prévio procedimento licitatório; ao passo que, nos convênios e demais ajustes congêneres, a licitação prévia não é exigida (veja-se, por oportuno, que o Decreto nº 7.568, de 2011, bem como o Decreto nº 3.100, de 1999, respectivamente, para convênios e termos de parceria com OSCIPs, vieram a instituir como obrigatório prévio procedimento seletivo a fim de celebração daqueles ajustes, mas, ao menos por previsão de regra normativa, somente a partir da edição daqueles, a despeito de entendermos que os princípios da impessoalidade e da moralidade sempre estivessem a exigir esses procedimentos para a escolha dos convenientes e parceiros).

É incabível o termo de convênio quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a *contraprestação correspondente*, ou seja, o preço, revelando-se relação tipicamente contratual. (grifo aposto)

8.9. Como conclusão deste tópico temos a exata distinção entre os contratos administrativos, de um lado, e os convênios e demais ajustes congêneres (a saber, com trato neste Parecer, dos Termos de Parceria), de outro, qual seja, naqueles a existência de contraprestação, ou seja, de um bem ou serviço para quem paga pelos mesmos; nestes últimos ajustes, a colaboração, sendo os bens ou serviços não para quem repassa

os recursos, tampouco para quem os recebe, senão, como um projeto de colaboração mútua em prol do interesse público. No entanto, entre órgãos da Administração direta, mesmo havendo contraprestação direta entre as partes, deve ser utilizada a figura do termo de cooperação, em face da impossibilidade de o ente político figurar como contratante e contratado no mesmo ajuste. Desvirtuar os convênios e demais ajustes, neles inserindo objetos típicos contratuais, deve ensejar as responsabilizações cabíveis.

9. DOS TERMOS DE PARCERIA:

9.1. Na legislação pátria, como forma de descentralização da atividade estatal, notadamente ao terceiro setor, destacam-se as transferências voluntárias, via convênios ou via termos de parceria.

9.2. Na sua essência, os institutos se equivalem, todavia, os termos de parceria são instrumentos específicos para transferências às organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, criadas estas pela Lei nº 9.790, de 1999, e regulamentadas pelo Decreto nº 3.100, de 1999, para atividades, repita-se o que já se disse neste Parecer, que não envolvam contraprestação ao ente público, o que passa a caracterizar outro instituto, o dos contratos, e, logo, exigindo prévia licitação.

9.3. A boa doutrina enquadra, como não poderia deixar de ser, os Termos de Parceria com as entidades da sociedade civil de interesse público – OSCIPs no gênero convênios administrativos (logo, pois, em contraposição à idéia de contrato). Bem saber de CARVALHO FILHO¹¹:

Por sua natureza, esse negócio jurídico qualifica-se como verdadeiro convênio administrativo, já que as partes têm interesses comuns e visam à mútua cooperação além do fato de que uma delas será o Poder Público representado por algum de seus órgãos ou pessoas.

9.4. E, no sentido de poder-se optar pelo instrumento (convênio ou termo de parceria), assim a AGU já firmou entendimento, esposado na Orientação Normativa nº-29, de 2010, a saber:

A Administração Pública pode firmar termo de parceria ou convênio com as organizações sociais de interesse público – OSCIPs. Há necessidade da devida motivação e justificação da escolha efetuada.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2012. p 239.

Após a celebração do instrumento, não é possível alterar o respectivo regime jurídico, vinculando os partícipes.

9.5 Diferença se vê, somente, quanto à seleção das entidades privadas sem fins lucrativos em geral e as OSCIPs, no instrumento a utilizar, em sendo, para estas últimas, preferido o Termo de Parceria, e não o convênio. Ou seja, para selecionar entidades privadas sem fins lucrativos utiliza-se o instrumento do Chamamento Público; já, para celebrar com as OSCIPs, o meio é o Concurso de Projetos.

9.6 Na referida Lei nº 9.790, destacamos quanto ao disciplinamento para a celebração, execução e prestação de contas dos Termos de Parceria o contido nos seus arts. 9º a 15.

9.7. Dessa maneira, sendo os termos de parceria instrumentos congêneres aos convênios, devem, para tanto, observar, no que couber, observada a especificidade disposta na Lei nº 9.790 e no Decreto nº 3.100, ambos de 1999, os mesmos documentos necessários àqueles ajustes, quais sejam, proposta de trabalho, plano de trabalho, projeto básico/termo de referência (logo, para tanto, necessária prévia pesquisa de mercado a fim de justificar os referidos documentos) e, quanto ao instrumento, deve-se seguir o modelo posto na Lei nº 9.790, de 1999, quais sejam, os Termos de Parceria. Por força do contido no parágrafo único do art. 38 da Lei 8666 c/c o seu art. 116, é necessário prévio parecer jurídico nos termos de parceria. Essa é a maneira, entendemos, de prestigiar a essência dos institutos jurídicos sobre a forma, no caso, a essência nos dirige à conclusão de que são os termos de parceria instrumentos congêneres aos convênios, e, dessa maneira, devem submeter-se às disposições normativas conveniais subsidiariamente, a despeito da legislação própria da Lei nº 9.790 e do Decreto nº 3.100, de 1.999, naquilo que não contrariar estes últimos diplomas citados.

10. DA NECESSÁRIA ANÁLISE DOS INSTITUTOS FRENTE À LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS:

10.1. Ponto de interesse aos Procuradores Federais a constar nas suas manifestações jurídicas são as recomendações postas nas Leis de Diretrizes Orçamentárias vigentes, em face das vedações nelas contidas para a transferência voluntária às entidades privadas sem fins lucrativos, a saber, exemplificativamente, da Lei nº 12.708, de 17 de agosto de 2012 (LDO 2013), no seu art. 55.

10.2. Interessante de se observar, na LDO para o exercício financeiro de 2013 exemplificativamente (devendo o Parecerista atentar para a LDO vigente), *são os incisos I e II do parágrafo § 6º do seu art. 55*, a saber:

§ 6º As entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP poderão receber recursos oriundos de transferências previstas na Lei nº 4.320, de 1964, por meio dos seguintes instrumentos:

I - termo de parceria, caso em que deverá ser observada a legislação específica pertinente a essas entidades, processo seletivo de ampla divulgação, não se lhes aplicando as condições constantes dos arts. 51, 52 e 54; e

II - convênio ou outro instrumento congêneres, caso em que deverá ser observado o conjunto das disposições legais aplicáveis à transferência de recursos para o setor privado.

10.3. Ademais, é bem lembrar que nas LDOs é que vêm prefixados os percentuais de contrapartida para os convenientes, como, na LDO para 2013, no seu art. 57, *cabendo trazer a novidade desde a LDO para o exercício financeiro de 2011, Lei nº 12.309, de 09 de agosto de 2010*, de que a contrapartida do conveniente público deverá ser **EXCLUSIVAMENTE** em recursos financeiros, não mais sendo admitida contrapartida em bens ou serviços, bem assim do parágrafo primeiro do referido artigo 57 da LDO para 2013.

10.4. Como conclusão deste tópico, temos que devem os Pareceristas Jurídicos consultarem as LDOs vigentes previamente à suas manifestações jurídicas envolvendo convênios e termos de parceria, a fim de fazerem os devidos apontamentos em seus Pareceres, da vista dos autos que lhes vêm à análise previamente à celebração dos referidos institutos.

À consideração superior.

Brasília, 11 de abril de 2013.

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Erica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 11 de maio de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o N.º 01/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 16 de maio de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 24/2013:

Aplicam-se aos Termos de Parceria os mesmos institutos estruturantes aplicáveis aos convênios, incluindo, no que couber, os mesmos procedimentos operacionais; diferenciando-se os mesmos dos contratos administrativos pela ausência de contraprestação naqueles e a presença nestes últimos. Como ressalva, deve-se ter o ajuste entre órgãos da Administração Direta que, mesmo havendo contraprestação direta entre as partes, deverá ser celebrado o termo de cooperação, em face da impossibilidade de o Ente político figurar, na mesma relação, como contratante e contratado.