ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 29 – março/abril/maio de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-888

FINANCIAMENTO PÚBLICO DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS POR ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR: PROBLEMAS A SEREM SOLUCIONADOS E OBJETIVOS A SEREM ATINGIDOS

Natasha Schmitt Caccia Salinas
Doutoranda e Mestre em Direito pela USP.
Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School.

1 Introdução

Este artigo tem dois objetivos explícitos: (i) identificar e analisar os problemas ou necessidades sociais que motivaram a edição das normas que disciplinam as transferências voluntárias de recursos públicos para o terceiro setor, partindo-se da premissa de que sobre toda e qualquer norma subjaz um problema ou uma reivindicação social que se pretende solucionar por meio da sua edição; (ii) identificar e analisar os objetivos (declarados ou implícitos) das normas sobre transferências voluntárias ora estudadas, que constituem, em última instância, os fins a serem perseguidos para a solução dos problemas sociais identificados no item anterior.

A identificação e análise dos problemas e objetivos normativos assume relevância quando se pretende avaliar o impacto de um determinado conjunto de leis. Sem o pleno conhecimento dos problemas que a legislação pretende solucionar e os objetivos que ela pretende atingir, não é possível realizar qualquer estudo e tecer qualquer afirmação acerca da eficácia, efetividade e/ou eficiência da intervenção das leis na sociedade.

Antes, no entanto, de analisar os problemas e objetivos subjacentes à edição das normas que constituem o objeto do presente artigo cumpre realizar uma breve explicação sobre o mecanismo das transferências voluntárias para entidades do terceiro setor no Brasil.

A esse respeito, verifica-se que o repasse de recursos da União às entidades privadas sem fins lucrativos a título de cooperação,

auxílio ou assistência financeira que não decorra de determinação constitucional ou legal ou se destine ao Sistema Único de Saúde- SUS é denominado *transferência voluntária*.[1] O Orçamento Geral da União ("OGU") disciplina ano a ano as receitas livres de alocação, ou seja, aquelas que não custearão despesas de caráter não discricionário, tais como transferências constitucionais e legais aos Estados e Municípios, despesas com pessoal e encargos sociais, benefícios previdenciários, custeio obrigatório da saúde e da educação, dentre outros. Subtraídas todas as despesas não discricionárias do orçamento, resta apenas 11% da totalidade dos recursos previstos no OGU para serem destinados às transferências voluntárias, equivalentes à quantia que varia entre R$ 50 bilhões e R$ 60 bilhões de reais por ano[2]. Essa quantia destinada às transferências voluntárias, no entanto, é distribuída entre Estados, Municípios e entidades do terceiro setor, sendo destinados a estas últimas um montante de mais de R$ 5 bilhões.[3]

A alocação dos recursos a serem utilizados nas transferências voluntárias obedece a critérios de "programação orçamentária", pelos quais toda e qualquer despesa deverá ser destinada ao custeio de um programa do orçamento. Os programas orçamentários são estabelecidos pela lei que institui o Plano Plurianual ("PPA")[4], cuja vigência quadrienal perdura do segundo exercício financeiro do mandato presidencial até o final do primeiro exercício financeiro do mandato subseqüente.[5]

Os poderes executivo e legislativo, atores principais da elaboração da peça orçamentária, anualmente encarregam-se de acomodar os valores correspondentes à referida fração orçamentária em transferências para instituições privadas sem fins lucrativos visando realizar os referidos programas orçamentários estabelecidos no PPA.

Um programa pode ser administrado por mais de um órgão gestor de recursos públicos. À título de exemplo, verifica-se o programa *Comunidades Tradicionais*, em que os Ministérios do Meio Ambiente e da Ciência e Tecnologia foram responsáveis, durante o exercício de 2010, em apoiar

---

[1] O conceito de transferência voluntária que vem sendo adotado pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias apóia-se na definição oferecida pela Lei de Responsabilidade Fiscal ("LRF"). O art. 25 da LRF conceitua as *transferências voluntárias* como "a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional ou legal ou se destine ao Sistema Único de Saúde."

[2] Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. **Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República**: exercício de 2006. Brasília: TCU, 2007. p. 232. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/formularios/TCU_CG2006/Textos/CG2006_Relatorio_20_06.pdf>. Acesso em 15 out. 2010.

[3] No exercício de 2010, foram transferidos R$ **5.498.674.920,47 para entidades sem fins lucrativos.** Informação disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalTransparenciaPesquisaFavorecido.asp?hidIdTipoFavorecido=2&hidNumCodigoTipoNaturezaJuridica=3&Exercicio=2010. Acesso em 3 de março de 2011.

[4] A abrangência do PPA está prevista na Constituição Federal, em seu art. 165, §1º: "A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos *programas de duração continuada"*.

[5] O PPA atualmente vigente, instituído pela Lei Federal nº 10.653, de 7 de abril de 2008, corresponde aos exercícios de 2008 a 2011.

projetos propostos espontaneamente pelas entidades ou de forma induzida pelos próprios Ministérios, visando à realização das seguintes ações[6]: a) Apoio às Organizações das Comunidades Tradicionais (Ministério do Meio Ambiente); b) Fomento à Difusão de Tecnologias Sociais para Comunidades Tradicionais (Ministério da Ciência e Tecnologia); c) Assistência à Produção e à Comercialização de Produtos da Sociobiodiversidade (Ministério do Meio Ambiente); d) Capacitação de Comunidades Tradicionais (Ministério do Meio Ambiente); e) Capacitação de Comunidades Tradicionais (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade); Fomento a Projetos de Desenvolvimento Sustentável de Comunidades Tradicionais (Ministério do Meio Ambiente); Gestão Ambiental em Terras Quilombolas (Ministério do Meio Ambiente).

Estes órgãos, portanto, escolhem os projetos que irão financiar por meio de duas ordens de análises técnicas: (i) a análise da regularidade jurídica e fiscal da entidade proponente (podendo ser esta um Estado, um Município, ou uma entidade do terceiro setor); (ii) o exame das características do projeto e da capacidade operacional da entidade para levá-lo a cabo.

A seleção de entidades e de respectivos projetos que serão contemplados com transferência voluntária pode se dar, por sua vez, de três maneiras:[7]

> a) *Apresentação de emenda ao OGU por deputado federal ou senador*. Neste caso, o nome da entidade e do respectivo projeto a ser custeado com *transferência voluntária* já está contemplado no próprio OGU, cabendo ao órgão gestor dos recursos do programa efetuar as referidas análises técnicas em total ausência de competição.
>
> b) *Demanda espontânea da entidade privada sem fins lucrativos*, que formula um projeto por livre iniciativa ao órgão que disponha de recursos para a execução de um programa orçamentário;
>
> c) *Demanda induzida pelos ministérios*, em que estes escolherão, mediante procedimento seletivo, os projetos que se adeqüem às suas necessidades. A seleção de projetos poderá ser regionalizada, situação em que somente entidades com sede na referida região escolhida pelo ministério poderão concorrer ao financiamento de projetos.

Independentemente da forma como serão selecionados os projetos das entidades do terceiro setor a serem financiados com recursos públicos, o órgão gestor do programa orçamentário deverá celebrar, com a entidade selecionada, instrumento jurídico que dê validade às transferências voluntárias, o que fará após aprovação prévia da documentação (i) que ateste a perfeita regularidade jurídico e

[6] A descrição do programa *Comunidades Tradicionais* e suas respectivas ações encontra-se disponível em: http://sidornet.planejamento.gov.br/docs/cadacao/cadacao2010/downloads/1145.pdf. Acesso em: 3 mar. 2011.

[7] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Convênios e Outros Repasses.** Brasília: TCU, 2003, p. 11-12.

fiscal da proponente, (ii) e que apresente as características do projeto a ser financiado com dinheiro público e sua viabilidade de execução.

Tratando-se apenas de entidades sem fins lucrativos, as transferências voluntárias podem ser realizadas por meio de três instrumentos jurídicos principais: os *convênios*, os *contratos de repasse* e os *termos de parceria*.[8]

Os convênios e os termos de parceria são indispensáveis para que as transferências de recursos públicos ao terceiro setor sejam consideradas válidas. Ambos estabelecem condições de celebração, formalização, execução e prestação de contas das ações desenvolvidas pelo convenente.

Por terem sido instituídos no ordenamento jurídico brasileiro em períodos diferentes, visando a solucionar demandas relativamente distintas, os problemas, objetivos e instrumentos utilizados pelos convênios, termos de parceria e pelos contratos de repasse serão examinados separadamente.

2 Os problemas ou necessidades sociais das normas sobre transferências voluntárias de recursos ao terceiro setor

A tentativa de reconstituição dos problemas e objetivos sociais que ensejaram a edição das normas que disciplinam as transferências de recursos públicos ao terceiro setor é tarefa demasiado complexa (para não dizer ingrata) na medida que não houve um esforço do legislador em definir com precisão a situação fática que provocou a atividade legiferante neste caso particular. A seguinte frase de Washington Monteiro de Barros (2001) espelha bem a cultura que subjaz este cenário de dificuldades:

> **Não é função do legislador ministrar definições; definir é tarefa que compete à doutrina e não a um Código, ou um corpo de leis.**

A afirmação do jurista está em consonância com uma racionalidade na qual a aplicação e interpretação das normas jurídicas se revela muito mais importante do que a sua criação. Esta racionalidade domina, até hoje, as instâncias decisórias de formulação de atos normativos.

---

[8] **Observa-se, no entanto, que um outro instrumento destinado a regular as transferências voluntárias a entidades sem fins lucrativos para entidades que assumem a qualificação de Organização Social ("OS"), não será contemplado neste artigo. Optou-se por excluir do presente artigo as normas que disciplinam este instrumento jurídico - *o contrato de gestão* - em razão do regime jurídico diferenciado a que este se submete. As OS, além de receberem créditos orçamentários específicos, bens e serviços públicos cedidos, devem possuir servidores públicos em seus Conselhos de Administração, fazendo com que estas operem numa lógica "quase-governamental". Ademais, a vinculação estreita entre estas entidades e a Administração Pública decorre da própria origem dessas organizações que, normalmente, originam-se de serviços públicos prestados por esta.**

Deste modo, a apreensão dos problemas que ensejaram a edição das normas ora examinadas será realizada num contexto de lacunas e imprecisões.

2.1 Convênios

O convênio é o instrumento jurídico tradicionalmente celebrado entre União e entidades sem fins lucrativos para viabilizar a realização das transferências voluntárias já mencionadas. Trata-se de instrumento jurídico que, doutrinariamente, visa a formalizar a colaboração, cooperação, coordenação, parceria, auxílio e ou ajuda, entre dois entes, sem que se tenha a intenção, por nenhuma das partes, de auferir lucro[9], preço[10] e/ou remuneração[11].

A ausência desses elementos nos convênios não implica, como observa Todero (2006:40), que não haja incremento de aquisição de benefício, vantagem e, inclusive, acréscimo patrimonial ou rendimento para as partes que celebram o convênio. Dentre as vantagens que podem decorrer da celebração de um convênio entre União e entidades do terceiro setor estão o incremento de reconhecimento político, profissional, cultural, artístico etc.

Sem a preocupação de realizar aqui uma descrição, com viés dogmático, das características dos convênios[12], é possível identificar, pela simples análise dos instrumentos de intervenção instituídos pelas regras que disciplinam seus instrumentos de controle, que estes visam a solucionar um problema muito claro e preciso: evitar que os repasses de recursos públicos da União - tanto para entidades privadas quanto para entes públicos - sejam realizados a "fundo perdido".

Embora as normas que disciplinam os convênios, desde os seus primórdios, sempre exigissem obrigações específicas do convenente[13], fato é que "o convênio já foi simples forma de repasse de verbas para entidades públicas ou privadas, sem qualquer controle de alcance dos objetivos ou de prestação de contas."[14] Ribeiro e Pires (2005:141), a esse respeito, observam:

> (...) no passado era de praxe os recursos da União repassados a título de convênio, tanto para entes de direito público como para aqueles de direito privado, serem

[9] O lucro aqui é entendido em seu sentido técnico, consistente na diferença entre receita e despesa de uma entidade em um determinado período.

[10] Em sentido genérico, expressa a relação de troca de um bem por outro. O preço, nessa concepção, não se confunde com custos, perfeitamente aceitos nos convênios, e que dizem respeito ao valor pecuniário atribuído às despesas sustentadas para a obtenção de um dado produto ou serviço.

[11] Aqui relacionadas com as noções de salário, vencimento, honorário etc.

[12] Além de não atender aos propósitos deste artigo, um exame de tal natureza seria incompleto se não abrangesse entes públicos e entidades com fins lucrativos, que também estão aptos a celebrar convênios com a União quando não objetivam lucro. Estes entes, no entanto, não pertencem ao terceiro setor e portanto fogem totalmente ao escopo do presente artigo.

[13] O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, em seu art. 93 já previa que "quem quer que utilize dinheiro público terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes."

[14] Ribeiro; Pires (2005:45).

> considerados a fundo perdido. O essencial era transferir a verba orçamentária, alocada no elemento de despesa do orçamento da União, voltado para o fim especificado no instrumento, e o parceiro do governo utilizá-la no pactuado pelas partes. O recurso de 'fundo perdido' era verba transferida para quem pactuasse com o Governo Federal sem necessidade de prestação de contas da regularidade de sua aplicação. Tampouco havia obrigatoriedade de comprovar se o objeto do convênio havia sido alcançado ou cumprido na forma avençada, tratada.

É sob essa ótica que devem ser examinados os instrumentos jurídicos que disciplinam os convênios, cujas crescentes e cada vez mais rígidas regras de gestão de recursos públicos e de obrigações são delas decorrentes e visam a eliminar tal contingência.

A esse respeito, observa-se que, consoante o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos "o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo."[15] Já no regime incidente sobre os convênios, o valor repassado ao particular "não perde sua natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio."[16]

Dessa forma, uma série de obrigações decorrem da manutenção da natureza de dinheiro público aos recursos repassados aos partícipes, tais como o dever de geri-los conforme princípios e regras de direito público, o dever de prestar contas seguindo regras de contabilidade e de direito financeiro etc.

A inobservância acima relatada do regime jurídico aplicável aos convênios aproximou estes instrumentos aos contratos administrativos, em que os recursos, uma vez repassados aos entes públicos ou privados, perdem sua natureza de dinheiro público, e, portanto, sua destinação não é passível de fiscalização e controle. Observa-se, no entanto, que aos contratos administrativos é exigida prévia licitação ou processo seletivo para a seleção do partícipe, ao passo que nos convênios, desde as suas origens, nunca houve essa obrigatoriedade. Além disso, nos contratos administrativos, os recursos transferidos incorporam-se ao patrimônio do contratado, e, portanto, não se submetem a controle do poder público, já que assumem natureza de preço ou remuneração em troca do benefício oferecido à Administração. Nos contratos administrativos,

> não temos, como regra, qualquer contrato antecipado de dinheiros, bens e valores de uma parte para a outra, nem aqueles que realizam os objetos dos Contratos, em princípio, se transforma em administradores de dinheiros, bens e valores alheios, sobretudo públicos. Igualmente, uma vez realizados os objetos dos acordos e realizadas as contraprestações, os dinheiros e valores decorrentes das retribuições se incorporam aos patrimônios dos que realizaram os objetos, cessando, como regra, qualquer interesse maior dos que receberam os objetos adequadamente e efetuaram os pagamentos, em saber sobre os

[15] Di Pietro (2006: 251).
[16] *Idem*.

destinados dados às mencionadas contraprestações e pagamentos.[17]

Nos convênios, diferentemente dos contratos, interessa à Administração controlar a destinação dos recursos repassados, porque a satisfação do interesse público e social dependerá do seu correto, regular e eficiente emprego.[18]

O enrijecimento das normas de controle de recursos públicos se originou, portanto, de malogradas experiências de transferência de recursos públicos, em que não existia um controle eficaz da destinação desses recursos públicos tanto prévio quanto posterior à realização dos repasses. Essa "reação governamental" ao descaso com os recursos públicos transferidos por meio dos convênios foi sendo paulatinamente implementada e consagrou uma antiga regra negocial de que quem possui dinheiro ou bens para ceder ou emprestar é quem dita as regras para o interessado em recebê-los e usá-los.[19]

No que diz respeito ao impulso legislativo que motivou a edição das normas disciplinadoras dos convênios, tem-se a impressão, da leitura de seus dispositivos, que a atenção do legislador estava exclusivamente voltada para as verbas a serem repassadas pela União aos Estados e Municípios, "esquecendo-se" o formulador dos atos normativos abaixo indicados de mencionar as entidades privadas nas definições dos referidos ajustes.

Essa constatação guarda relação com a origem propriamente dita dos convênios, instituídos no ordenamento jurídico brasileiro para instrumentalizar a descentralização de programas governamentais para entidades públicas que já detivessem capacidade instalada para realizar as ações previstas no objeto do ajuste.[20]

A esse respeito, cabe aqui uma breve menção histórica: os convênios ganharam importância no sistema jurídico brasileiro com a reforma administrativa de 1967, que ganhou força a partir da edição de dois instrumentos normativos principais - a Constituição de 1967 e o Decreto-lei 200/67. Ambos os instrumentos normativos deram relevo à descentralização da execução das ações administrativas, um imperativo da reforma administrativa de 1967.

A centralização administrativa era vista, pelos arquitetos da reforma administrativa, como causa de ineficiência. Sobre ela, assim se manifestou Roberto Campos, então ministro extraordinário para o planejamento e coordenação econômica, que supervisionou os trabalhos da COMESTRA – Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa, encarregada de redigir o anteprojeto de lei que introduziria a reforma:

[17] Todero(2006:411-412).

[18] Essa diferenciação entre convênio e contrato administrativo merece uma ressalva, pois embora digam respeito a uma parcela considerável das situações nas quais ambos os institutos são utilizados, há situações excepcionais em que contratos administrativos podem ser colaborativos e deles não decorrer reciprocidade nas obrigações das partes.

[19] O uso desta regra negocial tornar-se-á mais evidente quando se examinar, em seguida, os instrumentos legislativos escolhidos para efetuar o controle dos repasses por meio dos convênios.

[20] Cf., a esse respeito, Salinas (2010).

> **A filosofia básica da reforma é desconcentrar a autoridade executiva, através de uma vigorosa política de DESCENTRALIZAÇÃO, capaz de restituir aos órgãos centrais sua função diretora, orientadora e normativa, e transferir aos órgãos locais – que estão em contato direto com o público e com os problemas – a autoridade necessária à solução de questões da administração ordinária.**
>
> **A adoção de uma política de DESCENTRALIZAÇÃO implica a decisão de correr conscientemente certos riscos, os quais são incomparavelmente menores do que os da centralização. Campos, *apud* Dias (1969:12).**

Para combater a centralização, além de uma mudança de paradigma de técnica legislativa, Hélio Beltrão, um dos membros mais atuantes da COMESTRA, propôs uma política de descentralização que deveria operar em três planos – dentro dos próprios quadros da administração, da administração para a órbita privada, e da administração da União para a administração dos governos locais.[21] Para a análise dos convênios, interessa-nos especialmente a terceira forma de descentralização proposta por Beltrão.

A centralização da União Federal em detrimento dos governos locais era vista como uma causa da ineficiência da administração Federal:

> **Os pequenos problemas que afetam a vida diária do cidadão, no vasto território nacional, não são resolvidos pela autoridade próxima, aquela que pode dar não só a solução mais rápida como a mais adequada, peculiar ao caso. Estão sujeitos à ineficiente, demorada e padronizada administração desse enorme monstro centralizado que é a Administração Federal, que não tem a vivência local nem se sente premido pela proximidade do problema.**
>
> **Para atenuar em parte essa situação é necessário proclamar o princípio de que toda vez que exista órgão estadual ou municipal aparelhado para executar determinada atividade ou serviço, o governo federal, em vez de intrometer-se na execução, deve celebrar convênios com os Governos locais (ou contrato com a órbita privada, se for o caso).**
>
> **Os riscos políticos, sempre apontados, de utilização imprópria de verbas, etc., quando existem, são**

[21] **Beltrão (1968:13-15). Observa-se que nesta passagem Hélio Beltrão chama de descentralização o que se denomina tecnicamente, no âmbito do direito administrativo, de *desconcentração*. Para os administrativistas, desconcentração é o termo técnico utilizado para a distribuição interna de competências no âmbito de uma mesma pessoa jurídica. Cf. *e.g.*, Di Pietro (2002:349); Medauar (2004:56-57).**

ainda menores que os decorrentes da *padronização centralizada*.[22]

Para solucionar o problema da centralização de poderes e funções da União Federal decorrente de um processo histórico de inchaço das competências constitucionais e da capacidade arrecadatória desse ente federativo, Beltrão sugeriu que a proposta de reforma administrativa proporcionasse um alargamento na prática de celebração de convênios entre União e Estados e União e Municípios[23].

O recurso ao convênio seria, portanto, uma medida paliativa que teria por objetivo amenizar o desequilíbrio na distribuição de rendas e de funções administrativas entre governo federal e governos regionais e locais.

Observa-se, deste breve relato histórico, que o regime jurídico aplicado aos convênios não foi formulado com o objetivo de disciplinar relações entre o Estado e entidades privadas, ainda que sem fins lucrativos. Trata-se de um regime jurídico construído para ser aplicado a entes públicos. Isso explica, portanto, a omissão de referências a entidades sem fins lucrativos em dispositivos legais como os realçados abaixo.

O Decreto-Lei nº 200/67 que disciplinou a descentralização de funções públicas pela Administração Federal previu, em seu art. 10, § 1º, alínea a, que a descentralização mediante convênio se daria "**da Administração Federal para as unidades federadas**". Os dispositivos do art. 71 c/c inciso VI da CF estabelecem que "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, **a Estado, ao Distrito Federal ou a Município**." O art. 116 da Lei nº 8.666/93, refere-se somente aos convênios "celebrados **pelos órgãos ou entidades da Administração Pública"**, ao passo que o inciso I do art. 1º da IN/STN nº 1/97 definia convênio como "instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e **tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista** que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União". A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, estabelece normas voltadas para a responsabilidade fiscal, em seu art. 25, que trata das *transferência voluntária*, define esta modalidade de repasse como "a entrega de recursos correntes ou de capital **a outro ente da Federação**, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde."

Em obra de autoria do TCU, intitulada **Convênios e outros Repasses**[24], as recomendações do referido órgão para a adoção de certas cautelas na gestão de recursos públicos transferidos por meio de convênios parecem estar direcionadas apenas aos Estados e Municípios. Na mesma esteira, a obra

[22] Beltrão (1968:39).
[23] Os convênios entre União e Estados e entre União e Municípios já vinha sendo celebrado em alguns setores, sobretudo sociais. A proposta no entanto, visava generalizar a adoção desse instrumento para todos os programas de governo. Cf. Dias (1969:34).
[24] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (2003:11-12).

Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal[25] oferece orientações somente para entes públicos acerca das condições essenciais para o recebimento dos repasses.

A IN/STN nº 1/97, que até dezembro de 2007 constituiu o principal instrumento vigente a disciplinar os convênios, embora não contemplasse as entidades privadas sem fins lucrativos na definição de convênio, passou a incluir estes entes na definição de *convenente,* das pessoas que poderão ser qualificadas para receberem dinheiro público no convênio. Essa norma estabelece, no inciso II do art. 1º, que convenente é "órgão da administração direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, de qualquer esfera de governo, ou organização particular com a qual a administração federal pactua a execução do programa, projeto, atividade ou evento mediante a celebração do convênio."

Observa-se, no entanto, que várias obrigações e restrições dos convênios foram instituídas, originalmente, apenas aos entes públicos, de modo que as entidades privadas foram sendo contempladas de forma gradual no referido instrumento normativo. É preciso ter em vista, ainda, que essa paulatina inserção das entidades privadas sem fins lucrativos no texto dos principais atos normativos que disciplinam os convênios têm sido provocada, no mais das vezes, por recomendações do TCU, que vem se posicionando pela extensão, sem graduações, das normas aplicadas aos entes da Administração às entidades particulares quando estas figuram como convenentes.

Apenas recentemente é que se verifica uma preocupação em atribuir normas específicas para as entidades privadas sem fins lucrativos que celebram convênios com a União. O Decreto nº 6.170, de 25 de junho de 2007, elaborado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão ("MPOG") em parceria com a Controladoria Geral da União ("CGU"), diferentemente dos outros instrumentos normativos acima referidos, define convênio, em seu art. 1º, § 1º, como

> acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, **ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos**, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

O Decreto nº 6.170/07, no entanto, quando institui regras específicas para entidades privadas sem fins lucrativos, o faz sem a pretensão de ser abrangente, atuando casuisticamente para coibir irregularidades decorrentes de conluio estabelecido entre estas organizações e membros do poder público, sobretudo parlamentares, que montam esquemas fraudulentos de desvio de verbas públicas por intermédio da proposição de emendas ao orçamento, as

[25] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (2000).

quais contemplam nominalmente entidades sem nenhuma capacidade operacional para desenvolver programas orçamentários.

O texto dos atos normativos e das peças doutrinárias acima indicadas evidencia duas tendências complementares: (i) o "esquecimento" ou a não contemplação das entidades sem fins lucrativos na formulação das regras que disciplinam os convênios; (ii) a extensão - sem adaptações - do regime jurídico dos convênios entre entes federativos aos convênios celebrados entre a União e entidades privadas sem fins lucrativos.

Essa indiferenciação de regime aplicável às parcerias público-público e público-privada ignora por completo as especificidades próprias de cada ente, a maneira como estes respondem e se adaptam às normas que disciplinam a utilização de dinheiro público para a consecução de fins sociais.

As especificidades das entidades determinarão, inclusive, a finalidade última ou imediata das parcerias que entes públicos e privados celebração com a União. Via de regra, os convênios celebrados entre entes da própria Administração têm por objeto a realização de atividades e serviços de competência comum ou concorrente[26] entre União, Estados e Municípios ou se destinam a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços. Trata-se de descentralizar atividades e serviços para outros entes públicos que já detêm capacidade instalada para sua execução.

Já os convênios da Administração Pública com pessoas e entidades de direito privado sem fins lucrativos procuram viabilizar atividades de interesse de ambos os partícipes que sejam de interesse público e social. Estas atividades poderão ter "um caráter complementar ou suplementar aos serviços públicos e demais atividades desenvolvidas pelo parceiro público, jamais podendo caracterizar a substituição ou a terceirização dos serviços antes prestados pelo poder público."[27] Nestes casos, não há a descentralização de uma função pública, mas sim um fomento ou incentivo a uma função *privada* de interesse social.

Essa indiferenciação de regime terá reflexos inequívocos nos efeitos das normas sobre convênios quando aplicadas a entidades sem fins lucrativos. Tais efeitos refletirão uma inegável inadaptação das entidades privadas sem fins lucrativos a algumas regras do regime jurídico aplicável aos convênios.

Além disso, na análise dos instrumentos normativos eleitos para a solução dos problemas ora comentados, verifica-se que o processo de elaboração da legislação que disciplina os convênios atende quase que exclusivamente os interesses daqueles que impulsionaram o surgimento da legislação ora sob exame. Há, nesse sentido, um atendimento exagerado dos interesses daqueles que financiam a execução do objeto do convênio em detrimento dos anseios e necessidades daqueles que recebem os recursos, que simplesmente "aderem" ao objeto pactuado. Este cenário justifica, inclusive, a razão

[26] As competências comum e concorrente estão previstas, respectivamente, nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal.
[27] Oliveira (2007:221).

pela qual o esforço em explicitar fins e objetivos foi negligenciado no caso em tela. Delley (1999:97), a esse respeito, observou que "essa inconsistência que muitas vezes caracteriza os fins visados pelo legislador se explica pela necessidade de se encontrar um acordo entre os interesses divergentes. Limitar-se a descrever a situação desejada de maneira bem genérica favorece a adesão da maioria."

2.2 Contratos de Repasse

O contrato de repasse aplicável às entidades sem fins lucrativos surgiu com o advento da LDO para o exercício de 2006[28], que introduziu uma sistemática na qual a União passou a transferir voluntariamente recursos a entes privados por intermédio de instituição financeira oficial. O contrato de repasse vinha sendo aplicado a entes públicos, no entanto, desde sua criação, com a edição da LDO para o exercício de 1996[29] e a publicação do Decreto nº 1.819, de 16 de fevereiro de 1996, que a regulamentou. Como decorrência da celebração do contrato de repasse entre União e instituição financeira, esta passou a atuar como mandatária daquela, tornando-se responsável pelo acompanhamento da execução e fiscalização dos programas ou projetos vinculados à realização de programas governamentais não decorrentes de determinação constitucional ou legal nem destinados ao SUS ("Sistema Único de Saúde").

Em essência, as normas aplicáveis aos convênios também o são para os contratos de repasse. Estas trazem, no entanto, uma importante inovação, que é a de instituições ou agências financeiras oficiais federais poderem atuar como mandatárias da União no acompanhamento da execução e na fiscalização dos projetos. Após firmado contrato de cooperação entre a União e a instituição financeira, em que serão fixados, dentre outros parâmetros, os poderes que serão outorgados à mandatária, esta estará habilitada a celebrar contratos de repasse com entidades beneficiárias das *transferências voluntárias*.

A criação dos contratos de repasse foi impulsionada pelo fato de que entidades da administração direta e indireta da União não dispunham de meios suficientes para acompanhar, de forma descentralizada, a execução de projetos vinculados a programas orçamentários. Esta necessidade se fazia ainda mais presente em

---

[28] Lei Federal nº 9.082, de 25 de julho de 1995. "Art. 111. As transferências financeiras para órgãos públicos e entidades públicas **e privadas** poderão ser feitas por **intermédio de instituições e agências financeiras oficiais**, que atuarão como mandatárias da União para execução e fiscalização, devendo a nota de empenho ser emitida até a data da assinatura do respectivo acordo, convênio, ajuste ou instrumento congênere.

[29] Lei nº 9.082, de 25 de julho de 1995, conforme a seguinte dicção. "Art. 18. As transferências de recursos da União, consignadas na lei orçamentária anual para Estados, Distrito Federal ou Municípios, a qualquer título, inclusive auxílios financeiros e contribuições, serão realizadas exclusivamente mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres (...) § **4º As transferências previstas neste artigo poderão ser feitas por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais**, que atuarão como mandatárias da União para execução e fiscalização."

projetos envolvendo a realização de obras, como moradias, instalações hospitalares etc., cujos repasses normalmente estão condicionados ao cumprimento de metas que necessitam de fiscalização *in loco*.

A negligência histórica dos gestores dos programas no acompanhamento de projetos sempre foi considerado fator determinante na malversação de dinheiro público, de modo que se almejou reverter este cenário com a criação dos contratos de repasse.

Os trabalhos de auditorias empreendidos pelo TCU apontaram vantagens na utilização dos contratos de repasse em relação à formalização de convênios no tocante ao acompanhamento da execução dos projetos. Esse fato acabou impulsionando modificações na legislação sobre *transferências voluntárias*, incentivando a participação inclusive de entidades privadas sem fins lucrativos na celebração desta modalidade de ajuste.

2.3 Termos de parceria

O termo de parceria foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro num contexto em que se buscou uma reforma ampla do marco legal do terceiro setor.

Esta reforma, ao contrário do que se observou com os convênios, foi impulsionada por um número maior de atores sociais que dispunham de capacidade para articular suas necessidades e transmitir suas demandas. Enquanto se pode atribuir a iniciativa legislativa da disciplina dos convênios apenas a atores representantes do poder público - notadamente órgãos da administração pública, como a STN, a CGU, Ministérios etc - bem como instâncias próprias ou auxiliares do poder legislativo, como a Comissão Mista do Orçamento, o TCU - a criação do termo de parceria foi impulsionada por uma pluralidade de vozes e discursos.

Não obstante serem diversos os atores que terminaram por contribuir para a criação da lei que instituiria o termo de parceria, estes atuaram, em alguma medida, de maneira concertada. Esse fenômeno, ressalta-se, não é observado no processo de elaboração normativa dos convênios, cujos instrumentos de controle são criados e aperfeiçoados de maneira casuística. Nos convênios, os problemas são sempre deflagrados em situações de desobediência à lei, de modo que as soluções normativas possuem um caráter mais negativo do que positivo, em que se legisla muito mais para coibir e prevenir condutas do que para estimulá-las.

As mudanças legislativas que culminaram na criação do termo de parceria foram elaboradas por segmentos que conseguiram articular suas demandas em torno de um discurso comum, o "discurso do terceiro setor". Mário Aquino Alves observa que o grupo dos

champions **do discurso do terceiro setor[30], aqueles que procuraram criar condições para a sua institucionalização por meio da Lei das OSCIPs é formado (i) pelo governo brasileiro (especialmente por intermédio da Comunidade Solidária), (ii) pelas agências de financiamento internacionais[31], (iii) pela comunidade empresarial brasileira[32], (iv) pela universidade brasileira[33] e (v) pelos profissionais do terceiro setor.**

É certo também que membros do poder legislativo também interviriam nas discussões acerca do projeto de lei formulado pelos participantes das Rodadas de Articulação Política do Conselho da Comunidade Solidária. Os parlamentares, conforme observa Elisabete Ferrarezi[34], atuaram em prol da manutenção dos interesses corporativos das entidades que já detinham outros títulos, e que, portanto gozavam de benefícios dos quais não pretendiam renunciar.

O Conselho da Comunidade Solidária foi o principal órgão articulador da elaboração da Lei nº 9.799/99, que criou a OSCIP e instituiu o termo de parceria como instrumento de colaboração entre aquela e o Estado na execução de programas governamentais. Composto por ministros de Estado e representantes da sociedade civil[35], o Conselho da Comunidade Solidária, dentro da sua missão institucional de promover o diálogo entre governo e sociedade, promoveu as *Rodadas de Interlocução Política*, em que uma pluralidade de atores debateram temas prioritários da área social[36].

A discussão sobre a reforma do marco legal do terceiro setor ocorreu na sexta rodada, realizada no mês de outubro de 1997, na qual se estabeleceram *consensos gerais* e *específicos*[37] que nortearam a

---

[30] Alves, 2003.

[31] O Banco Interamericano de Desenvolvimento ("BID"), juntamente com o apoio da Unesco e a Fundação Banco do Brasil, financiou programa da Comunidade Solidária que atuaria em três grandes linhas: (i) revisão da legislação que regulamenta as atividades do Terceiro Setor no Brasil; (ii) estímulo ao trabalho voluntário, com a criação do Programa Voluntários e de uma rede de Centros de Voluntariado em todo o país; (iii) apoio à produção e disseminação de conhecimentos e informações sobre e para o Terceiro Setor, através da Rede de Informações para o Terceiro Setor (www.rits.org.br). Cf. **FORTALECER a sociedade:** meta e valor. Disponível em: http://www.comunitas.org.br/site/pagina.php?idmenu=109>. Acesso em: 23 abr. 2007.

[32] Criado em 1995 por um grupo de organizações ligadas a grandes empresas brasileiras de capital nacional e privado para atuar no fortalecimento do Terceiro Setor, o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas ("GIFE") teve postura atuante na defesa do projeto de criação das OSCIPs.

[33] Estas, conforme observa Mário Aquino Alves, estão mais voltadas para a formação de profissionais do que para o fomento da pesquisa. Alves (2003).

[34] Ferrarezi (2001).

[35] Originalmente, o Conselho da Comunidade Solidária era composto por 10 Ministros e 21 representantes da Sociedade Civil. No segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, o Conselhou aumento a representatividade da sociedade civil - de 21 para 27 membros - e diminuiu a do governo - de 10 para quatro Ministros. **REFUNDAÇÃO: a Segunda grande virada.** Disponível em: http://www.comunitas.org.br/site/pagina.php?idmenu=111>. Acesso em: 23 abr. 2007.

[36] Participaram dos debates mais de 90 (noventa) atores, dentre os quais representantes do governo federal - incluídos os onze Ministros de Estado que compunham o Conselho da Comunidade Solidária - e das organizações do terceiro setor. Cf. Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998, **Diário da Câmara dos Deputados**, 14 out. 1998, p. 22999.

[37] A íntegra dos consensos pode ser consultada em MARCO Legal do Terceiro Setor, 1998.

atuação de grupos de trabalho na elaboração de propostas para a reforma do marco legal do terceiro setor. Os *consensos específicos* diziam respeito a problemas ou lacunas identificados na legislação, os quais foram agrupados nos seguintes temas: (i) registros e cadastros administrativos; (ii) contratos e convênios; (iii) mecanismos de auto-regulação; (iv) mecanismos institucionais de responsabilização; (v) doações e a busca de um modelo de financiamento; (vi) regulamentação do voluntariado; (vii) contrato de trabalho por prazo determinado; e (viii) informações.[38]

No tocante ao objeto de estudo deste artigo, concernente às transferências de recursos públicos para o terceiro setor, interessa abordar, dos problemas acima mencionados, os dois primeiros - os registros e cadastros administrativos e os contratos e convênios.

Ferrarezi (2001) assim sintetiza o problema subjacente aos "registros e cadastros administrativos":

> **Um dos principais problemas apontados na consulta aos interlocutores foi a dificuldade de as organizações da sociedade civil terem acesso ao reconhecimento institucional devido, basicamente, ao** excesso de burocracia**, ao** não reconhecimento legal de vários tipos de organizações **e as inúmeras exigências burocráticas para ter acesso aos títulos e benefícios a eles vinculados. Quem possui duas qualificações - Declaração de Utilidade Pública e o Certificado de Fins Filantrópicos - tem acesso à dedução de doações de pessoas jurídicas no Imposto de Renda, isenção de contribuição patronal à seguridade social e à possibilidade de estabelecer convênios com órgãos estatais e de receber subvenções. Contudo, a maioria das entidades do terceiro setor não consegue transpor as exigências vinculadas de registros e títulos em várias instâncias governamentais, para ter acesso aos benefícios existentes.**

As barreiras impostas a muitas entidades sem fins lucrativos para a obtenção de títulos, decorrente de entraves burocráticos, relações clientelistas e abuso de poder discricionário dos órgãos que concediam as referidas qualificações impõem restrições ao recebimento de recursos decorrentes de *transferência voluntária*.

Duas são, portanto, as razões pelas quais a concessão de títulos se torna tão importante, e, a sua não obtenção, tão problemática: (i) os títulos propiciam às entidades que estas gozem de benefícios, tais como o de oferecer incentivos fiscais a empresas que nelas desejem "investir"; (ii) os títulos qualificam as entidades para receberem recursos públicos a título de *transferência voluntária*.

Já o segundo problema consensualmente formulado dizia respeito à insatisfação quanto aos instrumentos destinados a formalizar as *transferências voluntárias* para entidades sem fins lucrativos - que na época se restringiam aos convênios. Além do problema anteriormente mencionado, de que para a celebração de

[38] Ferrarezi (2001).

convênios são exigidos das entidades sem fins lucrativos títulos de difícil aquisição, outra sorte de dificuldades foram apontadas, tais como a rigidez do plano de aplicação de recursos, ausência de processos seletivos dos projetos e impossibilidade de pagar custeio e remunerar funcionários com recursos do convênio.

As regras aplicáveis aos convênios consideradas problemáticas foram aquelas que refletiam duas tendências: a do excesso de intervenção negativa - no sentido de coibir a malversação do uso de dinheiro público por meio de obrigações e vedações altamente burocratizadas e restritivas à liberdade de atuação entidades sem fins lucrativos; e a da falta de intervenção positiva - no sentido de estimular a seleção dos melhores projetos e das entidade mais capacitadas para atuar no âmbito das políticas públicas, bem como exercer um controle mais efetivo sobre o resultado das ações dessas organizações.

É sob essa perspectiva que se manifestaram, em sede de exposição de motivos, os autores do projeto de lei que instituiria o termo de parceria:

> **A atual legislação que rege o Terceiro Setor não prevê dispositivos de fiscalização para exercer o controle da utilização dos recursos públicos pelas entidades e assegurar que eles sejam aplicados segundo critérios de eficácia, eficiência e transparência.[39]**

Observa-se que este excerto da exposição de motivos já foi objeto de questionamento pelo próprio TCU[40], que discorda do entendimento acima explanado de que não haveria mecanismos de controle de utilização de recursos públicos em sede de convênios. A legislação que disciplina os convênios estabelece uma pluralidade de instrumentos de controle das verbas públicas que incidem sobre todas os momentos do processo de *transferência voluntária* - antes, durante e depois do recebimento dos recursos.

Buscando uma interpretação mais correta para o problema acima explicitado pelo legislador, verifica-se que este não procura negar a existência de mecanismos de controle da utilização de recursos públicos em sede de convênios. Ele nega, no entanto, que os instrumentos de controle até então existentes - focados em controles "*ex ante*" ou "apriorísticos - fossem eficazes - no sentido de assegurar, de fato, a correta utilização de verbas públicas - eficientes - de modo a garantir que se produza maiores benefícios com menos recursos públicos - e transparentes - permitindo que o dinheiro público fosse aplicado nas melhores ações selecionadas a partir de critérios objetivos e isonômicos.[41]

---

[39] Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998, **Diário da Câmara dos Deputados**, 14 out. 1998, p. 23000.

[40] Acórdão n. 1.777/2005. Plenário. Relator: Marcus Vinicios Vilaça. **DOU**, 22 nov. 2005.

[41] Eis um dos objetivos declaradamente apresentados na Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998, **Diário da Câmara dos Deputados**, 14 out. 1998, p. 23000: "14. Tendo em vista estes problemas, os principais objetivos da Lei proposta são: "implementar **mecanismos adequados de responsabilização da organização visando garantir que os recursos de origem estatal**

Um outro problema formulado em sede de exposição de motivos foi o fato de que os atores que participaram do processo de elaboração da nova lei sentiam-se "incomodados" com o fato de o sistema de qualificação vigente não distinguir entidades de fins mútuos (destinadas a um círculo restrito de sócios) e aquelas de fins comunitários (dirigidas à comunidade de um modo geral). Assim é identificado o problema na exposição de motivos:

> **A despeito do papel distinto que desempenham, a legislação considera os dois tipos de entidades igualmente aptas a receber os mesmos títulos e benefícios por parte do Estado, tais como: isenção da cota patronal da seguridade social, subvenções sociais e contratação direta.**[42]

Dessa forma, tornou-se imperioso, para os autores da referida lei, criar mecanismos aptos a diferenciar ambos os tipos de entidades, de modo a garantir um estatuto próprio apenas para as autênticas entidades do terceiro setor, cuja definição coube aos *champions* acima mencionados.

3. Identificação dos objetivos das normas sobre transferência voluntária de recursos ao terceiro setor

Para reconstituir os objetivos da legislação sobre transferência voluntária, primeiramente procurou-se identificar as finalidades que porventura tivessem sido expressamente declaradas pelo legislador.

Observa-se que esta tarefa se torna demasiadamente complexa quando se pretende identificar os objetivos de atos normativos de natureza infra-legal, já que órgãos do poder executivo freqüentemente se negam a apresentá-los.

No tocante aos atos legislativos propriamente ditos, a reconstituição dos objetivos declarados torna-se menos problemática, já que é dada publicidade, nos arquivos das páginas eletrônicas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a todos os debates, pareceres de comissões, bem como exposições de motivos apresentados para embasar a tramitação das leis.

Dessa forma, no tocante à Lei nº 9.790/99, observa-se que seus objetivos foram expressamente declarados na Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998, a qual pôde facilmente ser obtida pelo "Sistema de Legislação Informatizada".[43]

Independentemente de estarem ou não disponíveis os documentos que estabelecem as finalidades de uma legislação, cabe ao avaliador empreender um esforço de recuperação desses objetivos, na medida que muitas vezes estes não foram plenamente explicitados por quem elaborou a norma que, não raras vezes, possuem função meramente simbólica, afastando-se, portanto, da real intenção de produção de efeitos.

---

administrados pelas entidades do Terceiro Setor de fato sejam destinados a fins públicos".

[42] Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998, **Diário da Câmara dos Deputados**, 14 out. 1998, p. 23000.

[43] Disponível em <http:www.camara.gov.br>. Acesso em: maio 2007.

Nestes casos, é preciso deduzir as finalidades da legislação das circunstâncias históricas em que ela foi elaborada e da análise precisa de seu conteúdo normativo. Observa-se, a esse respeito, que a tarefa do avaliador na reconstituição dos objetivos normativos em muito pouco se assemelha com o papel do intérprete ou aplicador da lei. O aplicador adapta a lei em face de uma situação jurídica concreta por meio da utilização de métodos teleológicos de interpretação. Tais métodos limitam a atuação do intérprete à atualização da lei com base em critérios identificados no próprio sistema legal. Paradoxalmente, "a maneira de aplicar uma lei reflete objetivos freqüentemente estranhos à vontade do legislador".[44] O intérprete "reinventa" o sentido da lei para solucionar situações concretas, ao passo que o avaliador deve se ater ao sentido original para verificar se os meios escolhidos pelo legislador levam à realização dos objetivos originalmente concebidos.

3.1 Convênios

Conforme já antecipado, não existe uma vocação para a formulação dos objetivos das normas que disciplinam as transferências de recursos públicos para entidades sem fins lucrativos por meio de convênios. Os objetivos não são, portanto, estrategicamente formulados, de modo que é preciso deduzir as finalidades a que perseguem das circunstâncias históricas e da formulação dada, de modo que "para descobrir os objetivos e estratégias é preciso freqüentemente descer a hierarquia normativa até o nível dos decretos".[45]

> É por essa razão que o sociólogo do Direito, como avaliador da lei, vai procurar nos textos regulamentares e na aplicação da legislação o material que lhe permitirá construir o sistema de fins e objetivos previamente perseguidos.[46]

Já foi observado que as regras que disciplinam os convênios foram sendo instituídas e aperfeiçoadas de modo a reverter um processo no qual recursos públicos da União vinham sendo transferidos a Estados, Municípios e entidades sem fins lucrativos a "fundo perdido". Dessa forma, as normas de controle de repasses efetuados por intermédio de convênios, surgem com o claro objetivo de garantir a adequada, regular e econômica gestão de recursos públicos por parte das entidades convenentes. Evitar que recursos públicos sejam desviados da finalidade do objeto do convênio, bem como sejam gastos de maneira ineficiente são os objetivos principais da legislação que disciplina esta modalidade de transferência de recursos.

Por certo, este constitui um fim mediato da legislação ora examinada e não imediato ou final. O fim último das transferência voluntárias coincide com o incentivo a entidades públicas ou privadas para que estas gerem benefícios públicos. Constata-se, nesse sentido, que os benefícios públicos são aqueles objetivamente previstos nos programas orçamentários, traduzidos em metas previamente estabelecidas.

---

[44] Delley (1999: 93).
[45] Delley (1999: 94).
[46] Delley (1999:97-98).

No entanto, as normas que disciplinam os convênios não parecem se preocupar com estes fins últimos. A legislação serve, em verdade, a objetivos secundários que deverão ser atingidos por meio de instrumentos de controle específicos.

Sob a perspectiva dos objetivos secundários, é preciso tão somente que os recursos sejam aplicados conforme um plano previamente estabelecido e aceito pelos parceiros que se encarregarão de levá-lo a cabo. Estes recursos deverão, ainda, ser gastos em conformidade com regras que se inserem num sistema ou regime jurídico previamente determinado.

Como se pode perceber, as regras que disciplinam os convênios visam a atingir meios ou objetivos meramente instrumentais, de averiguação do gasto do dinheiro público em conformidade com as regras que disciplinam a sua transferência. O regime jurídico subjacente aos convênios não visa avaliar os programas e políticas públicas executadas pelas entidades do terceiro setor, não se preocupando, portanto, com a efetividade e eficiência das ações realizadas em decorrência do recebimento dos recursos públicos.[47]

3.2 Contratos de Repasse

Os contratos de repasse foram instituídos, conforme observado anteriormente, para solucionar problemas de carência de estrutura e de capacitação técnica para o acompanhamento da execução dos projetos vinculados a programas orçamentários.

Embora, antes da criação dos contratos de repasse, ao órgão administrador do programa já era facultado delegar a competência para acompanhamento da execução do convênio a dirigentes da administração federal situados próximos ao local de aplicação dos recursos, faltava uma padronização de procedimentos que permitissem que a descentralização lograsse os efeitos esperados.

O contrato de repasse foi criado, portanto, com o intuito de instaurar procedimentos e capacitar instituições - dentre as quais se destaca a atuação da Caixa Econômica Federal ("CEF")- para garantir a regular, econômica e eficiente execução dos projetos a cargo de entes públicos e privados.

Na exposição de motivos do Decreto que regulamentou a instituição do contrato de repasse, elaborada conjuntamente pelos Ministério do Planejamento e Ministério da Fazenda[48], os objetivos declarados que impulsionaram a instituição do contrato de repasse parecem ser muito claros:

> **Referido dispositivo [art. 18, § 4º, da LDO, que admitiu a possibilidade de as *transferência voluntária* se**

[47] Sobre avaliação de programas desenvolvidos por entidades privadas sem fins lucrativos, cf. Roche (2000:348).

[48] EM Interministerial nº 003/MPO/MF, de 2 de fevereiro de 1996, assinada eletronicamente pelo então Ministro do Planejamento, José Serra, e pelo Ministro da Fazenda, Pedro Sampaio Malan.

> **darem por meio de instituições e agências financeiras oficiais] tem** como objetivo a obtenção de maior eficácia e eficiência na execução dos Programas e Projetos da Administração Pública Federal, especialmente nas transferências para Estados, Distrito Federal e Municípios**, não só pela vocação financeira natural de tais entidades, mas também pelo elevado número e capilaridade das filiais existentes nas instituições e agências financeiras oficiais federais, com relevo ao Banco do Brasil S.A. e Caixa Econômica Federal.**
>
> **(...)**
>
> **Sistemática semelhante foi adotada com êxito no âmbito do Programa de Ação Social em Saneamento - PROSEGE, com o estabelecimento de parceria com o Banco do Brasil S.A., em sua qualidade de Agente Financeiro do Tesouro Nacional.**
>
> **Com essa modalidade implantada no PROSEGE, em julho de 1995, regularizou-se o fluxo de pagamentos, retomaram-se as obras paralisadas e implantou-se uma fiscalização mais eficiente.**

O contrato de repasse surge, portanto, para solucionar as deficiências dos convênios no tocante ao que se denomina *controle concomitante* das *transferências voluntárias*, caracterizado pela atuação do órgão repassador no acompanhamento da execução do projeto vinculado ao programa orçamentário. Este controle deve se dar sob diversas perspectivas - regularidade quanto à observância de procedimentos, controle de resultados, cumprimento de metas etc. Dessa forma, torna-se desejável - quiçá imprescindível - uma aproximação física entre órgão repassador e executor do projeto.

O contrato de repasse, em última instância, nada mais é do que um convênio administrado por um mandatário da União, que detém melhores condições de acompanhar a execução dos projetos especialmente em razão de sua proximidade física e capacitação técnica na área financeira, motivo pela qual não se identificam divergências de objetivos na legislação que disciplina ambos os instrumentos.

O impulso legislativo e os objetivos normativos de ambos os instrumentos, diferentemente do termo de parceria examinado a seguir, aproximam-se muito mais dos interesses do órgão concedente, repassador de recursos, do que das entidades convenentes, em especial naquelas pertencentes ao setor privado sem fins lucrativos. Enquanto os convênios e os contratos de repasse visam a solucionar demandas do poder público, em especial aquelas formuladas pelos órgãos de controle dos recursos públicos, os termos de parceria são produto de uma mobilização social proveniente de uma parcela representativa do terceiro setor.

3.3 Termos de parceria

Tratou-se anteriormente dos *consensos específicos* sobre os problemas que mereceriam intervenção ou alteração legislativa na visão de setores representativos do terceiro setor. A sexta rodada de articulação política do Conselho da Comunidade Solidária, além dos *consensos específicos*, também estabeleceu *consensos gerais* acerca dos objetivos e critérios que norteariam a elaboração dos novos instrumentos legais.

Para determinação dos fins últimos pretendidos com a denominada "reforma do marco legal do terceiro setor", merece destaque o primeiro *consenso geral*, transcrito *in verbis*:

> **o fortalecimento do Terceiro Setor**, no qual se incluem as entidades da sociedade civil de fins públicos não-lucrativos, constitui hoje uma orientação estratégica nacional em **virtude da sua incapacidade de gerar projetos, assumir responsabilidades, empreender iniciativas e mobilizar recursos necessários ao desenvolvimento social do país**.[49]

Para que este fim último fosse alcançado, o legislador previu expressamente, em sede de exposição de motivos, quais seriam os objetivos mediatos ou secundários da referida legislação:

> a) classificar e qualificar as organizações do Terceiro Setor por meio de **critérios simplificados e transparentes**, possibilitando uma base de informações confiável e objetiva que oriente a definição de parceiros e concessão de incentivos governamentais;
>
> b) implementar **mecanismos adequados de responsabilização da organização visando garantir que os recursos de origem estatal administrados pelas entidades do Terceiro Setor de fato sejam destinados a fins públicos**.
>
> c) Criar o Termo de Parceria que é um instrumento de fomento que permite a negociação de objetivos e metas entre as partes e também o monitoramento e a avaliação dos projetos.[50]

Dada a insatisfação das entidades sem fins lucrativos com o sistema de concessão de títulos até então vigente, o legislador estabeleceu como objetivo a ser atingido a criação de um sistema no qual a atribuição de qualificação para as entidades sem fins lucrativos se pautasse por critérios universais, objetivos e transparentes.

Com a reformulação do sistema de concessão de títulos, almejou-se também imprimir maior credibilidade às entidades sem fins lucrativos ao se identificar as áreas de atuação que possuiriam *fins públicos* e que, portanto, credenciariam as organizações à obtenção do título de OSCIP. Almejou-se, com esta delimitação, excluir dos benefícios da nova lei todas as entidades que

---

[49] Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998, **Diário da Câmara dos Deputados**, 14 out. 1998, p. 22999.

[50] Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998, **Diário da Câmara dos Deputados**, 14 out. 1998, p. 23000.

não se enquadrassem nas referidas áreas de atuação. A Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998 assim fundamentou tal segmentação:

> O grupo de trabalho responsável pela elaboração do projeto de lei, coordenado pela Casa Civil da Presidência da República, entendeu que o melhor meio de imprimir, cada vez mais credibilidade ao Terceiro Setor seria mediante uma lei que qualificasse, no universo das organizações do Terceiro Setor, **o subconjunto das que atuam de acordo com fins públicos**. Desse modo, o projeto que apresentamos objetiva regular a existência legal das entidades daquele subconjunto, ou seja, das organizações da sociedade civil de caráter público**. Não terão acesso ao novo sistema entidades cujas finalidades e regime de funcionamento não condizem com a orientação geral que preside o atual esforço de mudança do marco legal do terceiro setor**.

A nova lei, não obstante criasse um estatuto próprio para um segmentado grupo de entidades, não extinguiu os benefícios existentes para aquelas organizações que já possuíssem outros títulos, como o de Utilidade Pública Federal e o Certificado de Fins Filantrópicos, os quais serão abordados no capítulo seguinte. Os redatores do referido projeto não procuraram extinguir os benefícios aplicáveis aos demais títulos, dentre outros motivos, porque uma alteração dessa sorte comprometeria as condições de aprovação da nova lei. Conforme já observado, o discurso do terceiro setor foi capitaneado por uma parcela das entidades sem fins lucrativos que almejavam ganhar mais espaço e reconhecimento. Aquelas que já os possuíam não necessariamente se identificaram com novas demandas apresentadas.

No tocante aos novos mecanismos de responsabilização que a lei das OSCIPs procurou instituir, "a idéia força que presidiu a elaboração do Termo de Parceria é o controle pelos resultados das ações, medindo sua eficiência e eficácia, ao contrário do convênio, cujo controle é apriorístico, das atividades-meio e do destino que irá fazer dos recursos."[51]

O objetivo da introdução de novos meios de responsabilização é conferir maior flexibilidade na gestão dos recursos e maior controle sobre os resultados das ações dessas entidades. Os controles concomitante e posterior, nesta nova legislação, ganham maior relevo, de modo que a responsabilização da entidade pelo uso indevido de recursos deverá tomar em conta os resultados produzidos pelos projetos que esta desenvolve.

No tocante especificamente às *transferências voluntárias*, o objetivo da instituição do termo de parceria foi, portanto, suplantar os convênios na instrumentalização dos repasses de recursos públicos para certas entidades sem fins lucrativos, introduzindo um controle *operacional* sobre as ações decorrentes do emprego dos recursos em detrimento de um controle *de conformidade* do uso de dinheiro público.

Conclusão

[51] Ferrarezi (2001:12).

Verifica-se, da descrição dos instrumentos jurídicos de transferências voluntárias de recursos públicos para o terceiro setor acima realizada, que há uma evidente tensão entre normas no que diz respeito aos problemas que estas visam solucionar e os objetivos que estas pretendem realizar.

No conjunto de normas que disciplinam as transferências voluntárias, velhos instrumentos jurídicos convivem com novos, evidenciando uma tensão entre controle procedimental – aplicável predominantemente aos convênios e aos contratos de repasse e controle finalístico – aplicável aos termos de parceria do financiamento público de atividades desenvolvidas por entidades do terceiro setor.

Essa duplicidade de regimes jurídicos tem se revelado inconciliável sob diversos aspectos, propiciando a inefetividade do controle incidente sobre as transferências voluntárias – tema este que será tratado em uma outra oportunidade.

Além disso, é possível identificar que os problemas impulsionadores da legislação examinada neste artigo refletem um desequilíbrio na contemplação de interesses do setor público e do setor privado sem fins lucrativos.

Verifica-se que nas figuras legislativas em que os interesses do setor público foram contemplados, as necessidades do setor privado sem fins lucrativos foram negligenciadas. Em contrapartida, nos instrumentos legislativos elaborados com o intuito exclusivo de resolver os problemas do terceiro setor, não se verifica um esforço de harmonização dessas normas com outras que disciplinam as transferências voluntárias.

Como conseqüência deste desequilíbrio de forças e interesses entre destinatários e aplicadores da legislação, aumentam-se as resistências ao seu cumprimento e diminuem as possibilidades de que sejam produzidos os efeitos esperados pelo legislador.

Os formuladores da legislação sob exame, no entanto, insistem em introduzir soluções legislativas que ignoram ou aparentam ignorar tais contingências.

Referências

ALVES, Mário Aquino. Uma boa festa, mas ninguém apareceu: resistência à nova qualificação legal do Terceiro Setor brasileiro. **Integração: revista eletrônica do terceiro setor (FGV/EAESP)**, Centro de Estudos do Terceiro Setor FGV - EAESP, ano 6., n. 22. Jan. 2003. Disponível em: < http://integracao.fgvsp.br/ano6/01/administrando.htm>. Acesso em: 15 out. 2007.

BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BELTRÃO, Hélio. **Reforma Administrativa.** Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1968.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. **Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República**: exercício de 2006. Brasília: TCU, 2007. p. 231-261. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/formularios/TCU_CG2006/Textos/CG2006_Relatorio_20_06.pdf>. Acesso em 10 ago. 2007.

DELLEY, Jean-Daniel. Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique. *In*: MORAND, Charles-Aubert (Org.). **Légistique Formelle et Matérielle**. Aix-En-Provence: Presse Universitaires d´Aix-Marseille, 1999.

DIAS, José de Nazaré Teixeira. Estudo da Reforma. *In*: **A Reforma Administrativa de 1967.** 2.ed. Cadernos de Administração Pública, n. 73. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 14.ed. São Paulo, Atlas, 2002.

____. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAREZI, Elisabete. **O novo marco legal do terceiro setor no Brasil,** p. 2, 2001. Disponível em: http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/ferrarezi.pdf. Acesso em: 03 mar. 2011.

FORTALECER a sociedade: meta e valor. Disponível em: http://www.comunitas.org.br/site/pagina.php?idmenu=109>. Acesso em: 23 abr. 2007.

MARCO Legal do Terceiro Setor, **Cadernos da Comunidade Solidária**, vol. 5,

IPEA, Brasília, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. *In:* OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

REFUNDAÇÃO: a Segunda grande virada. Disponível em: http://www.comunitas.org.br/site/pagina.php?idmenu=111>. Acesso em: 23 abr. 2007.

RIBEIRO, Jorgue Miranda; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União:** temas polêmicos, doutrina, jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

ROCHE, Chris. **Avaliação de impacto dos trabalhos das ONGs**: aprendendo a valorizar mudanças. Tradução: Tisel Tradução e Interpretação Simultânea Escrita. São Paulo: Cortez; ABONG. Oxford: Oxfam, 2000.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação Legislativa no Brasil**: um estudo de caso de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, 256p.

_____. Reforma administrativa de 1967: a reconciliação do legal com o real. *In*: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: de 1930 aos dias atuais.** São Paulo: Saraiva, 2010.

TODERO, Roberto Domingos. **Dos Convênios da Administração Pública.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios e Outros Repasses.** Brasília: TCU, 2003,
65p.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: orientações fundamentais. Brasília: TCU, 2000, 120 p.

Legislação

Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000. LRF.
Lei Federal nº 10.653, de 7 de abril de 2008.
Lei Federal nº 9.082, de 25 de julho de 1995.

Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.
Decreto nº 6.170, de 25 de junho de 2007.
Decreto nº 1.819, de 16 de fevereiro de 1996.
Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998, Diário da Câmara dos Deputados, 14 out. 1998, p. 22999.
EM Interministerial nº 003/MPO/MF, de 2 de fevereiro de 1996.

Jurisprudência do TCU

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão n. 1.777/2005. Plenário. Relator:
Marcus Vinicios Vilaça. **DOU**, 22 nov. 2005.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Financiamento público de atividades desenvolvidas por entidades do terceiro setor: problemas a serem solucionados e objetivos a serem atingidos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 29, março, abril, maio, 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-29-MAIO-2012-NATASHA-SALINAS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado