NATASHA SCHMITT CACCIA SALINAS

AVALIAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL:

Um Estudo de Caso sobre as Normas de Controle das *Transferências Voluntárias* de Recursos Públicos para Entidades do Terceiro Setor

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Eduardo Campos de Oliveira Faria

SÃO PAULO

2008

AGRADECIMENTOS

Chegar ao término desta importante fase acadêmica - o programa de mestrado - tem um significado muito especial para mim.

Estava terminando o terceiro ano do curso de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a "UFRGS", quando percebi que queria seguir os caminhos da pesquisa, e que cursar a pós-graduação era um objetivo a ser perseguido. Na ocasião, ocorreu-me a idéia de que este projeto devesse ser implementado em uma instituição que eu realmente admirasse.

Foi com este propósito que decidi interromper o curso de graduação na UFRGS e praticamente reiniciá-lo na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, quando tive de me matricular no início do segundo ano.

Na grade do primeiro semestre do segundo ano, como é sabido, o curso de Sociologia Jurídica é oferecido. Quem ministrava este curso para todas as turmas, à época, era o professor José Eduardo Campos de Oliveira Faria, meu atual orientador. Certamente, os temas e as discussões tratados neste curso orientaram as minhas escolhas subseqüentes.

A primeira grande escolha foi ter me submetido a um processo seletivo para fazer parte do PET - Programa de Ensino Superior - historicamente gerido pela Capes e, nos anos em que dele participei, administrado pela Secretaria de Ensino Superior do Ministério da Educação, a SESu.

Apenas na Universidade de São Paulo, são 30 (trinta) os PETs que desenvolvem ensino, pesquisa e extensão nas mais diversas áreas - direito, ciências sociais, medicina, enfermagem, engenharia, zootecnia, dentre outras. Pude conhecer um pouco dessa realidade porque fui representante discente da Comissão de Acompanhamento dos PETs na USP, após ter sido indicada pelo meu orientador e eleita pela comunidade discente.

O PET da Faculdade de Direito é o mais antigo - funciona desde 1979, ou seja, desde sua criação pelo governo federal. E o tutor do PET direito, desde os seus primórdios e sem nenhuma interrupção, é o professor José Eduardo Campos de Oliveira Faria.

Faço aqui este registro porque foi participando do PET que pude ter um contato verdadeiro com grandes autores, excelentes trabalhos de pesquisa, alunos, orientandos de pós-graduação e professores excepcionais, que contribuíram ainda mais para a afirmação dos meus propósitos iniciais, que me fizeram abandonar minha cidade, minha família, e até uma vaga em um conceituado curso de direito para trilhar os caminhos da pesquisa na Faculdade de Direito da USP.

Dessa forma, agradeço imensamente a José Eduardo Faria, pelo apoio irrestrito e pela orientação que recebi nos quatros anos em que participei do PET, e nos três relativos a este programa de mestrado.

Acredito ser esta uma oportunidade para agradecer também a SESu, por financiar minhas atividades de ensino, pesquisa e extensão no âmbito do programa PET.

Agradeço também à Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, pela bolsa com que fui contemplada quando fui estagiária do Programa de Aperfeiçoamento de Ensino, o PAE.

No que diz respeito exclusivamente a esta dissertação, agradeço aos professores Ronaldo Porto Macedo Jr. e Diego R. Coutinho, pelas preciosas sugestões fornecidas em minha banca de qualificação. Assumo toda e qualquer responsabilidade por não ter eventualmente acatado, ou por ter acatado mal, quaisquer das recomendações recebidas.

Agradeço imensamente aos diretores das entidades sem fins lucrativos que me concederam entrevistas, pela receptividade, seriedade e solicitude com que colaboraram com esta pesquisa.

Muitos foram os amigos com quem pude compartilhar os anseios, as angústias e as alegrias decorrentes do processo de concepção e redação desta dissertação. Agradeço especialmente, pelo apoio, críticas e sugestões, a Maria Paula da Costa Bertran, a Fernando Dias Menezes de Almeida e a Rodrigo Köpke Salinas.

Para Rodrigo

SUMÁRIO

RESUMO 7
ABSTRACT 8
Introdução 10
1. *Avaliação legislativa*: delimitação de um conceito 21
1.1 O re (surgimento) da ciência da legislação 22
1.2 Metódica da Legislação 28
1.2.1 Etapas do Percurso Legislativo 29
1.2.2 Racionalidade da *Metódica da Legislação* 35
1.3 A Avaliação legislativa Retrospectiva 37
1.3.1 Tipos de *Avaliação Legislativa* 37
1.3.2 *Avaliação Legislativa* e *funções eficaciais* das normas 41
1.3.3 *Avaliação legislativa* e alcance dos seus resultados 43
1.3.4 Planejamento da *Avaliação legislativa* 45
1.3.5 Experiências de institucionalização da *Avaliação legislativa* 50
1.4 O Poder Judiciário e *Metódica da Legislação* 54
1.5 *Ciência da legislação* no Brasil 61
2. Objetivos das normas de controle das transferências de recursos públicos a entidades do terceiro setor 69
2.1 Definição dos problemas ou necessidades sociais subjacentes às normas submetidas à *avaliação legislativa* 73
2.1.2 Os problemas ou necessidades sociais das normas sobre *transferências voluntárias* de recursos ao terceiro setor 76
2.1.1.1 Convênios 80
2.1.1.2 Contratos de Repasse 87
2.1.1.3 Termos de parceria 88
2.2 Identificação dos objetivos das normas sobre *transferências voluntárias* de recursos ao terceiro setor 93
2.2.1 Convênios 96
2.2.2 Contratos de Repasse 98
2.2.3 Termos de parceria 100
3. Controle das transferências de recursos públicos a entidades do terceiro setor: os instrumentos legislativos 103
3.1 Identificação dos instrumentos previstos pelas normas para a realização de seus objetivos 104
3.1.1 Convênios 109
3.1.1.1 Instrumentos de controle prévio 110
a) Seleção de projetos 110
b) Exigência de títulos jurídicos 113
c) Plano de Trabalho 117
d) Limitações à utilização de recursos 119
e) Comprovação da Capacidade Técnica 123
f) Contrapartida 125
g) Documentação Exigida 128
h) Cláusulas ou condições proibidas e obrigatórias 130
3.1.1.2 Instrumentos de controle concomitante 132
a) Movimentação dos Recursos 132

b) Licitação 134
c) Prestação de contas parcial 138
3.1.1.3 Instrumentos de controle posterior 139
a) Prestação de Contas Final 139
3.1.2 Contratos de Repasse 142
3.1.2.1 Instrumentos de Controle Concomitante 142
a) Acompanhamento da Execução 142
3.1.3 Termos de parceria 144
3.1.3.1 Instrumentos de controle prévio 146
a) Concurso de projetos 146
b) Qualificação como OSCIP 150
c) Programa de trabalho 154
d) Cláusulas Obrigatórias 157
e) Vedações à Utilização de Recursos 158
f) Consulta ao Conselho de Políticas Públicas 160
g) Documentação exigida 162
3.1.3.2 Instrumentos de controle concomitante 163
a) Acompanhamento e avaliação do termo de parceria 163
b) Regulamento próprio para compras de bens e serviços 165
3.1.3.3 Instrumentos de controle posterior 166
a) Prestação de contas do termo de parceria 166
b) Prestação de Contas Anual de Atividades 167
c) Seqüestro de bens 169
3.1.3.4 Instrumentos de Flexibilização da Gestão 169
a) Flexibilização na utilização de recursos 169
b) Flexibilização na execução financeira 171
4. *Impacto* das normas sobre controle das *transferências voluntárias* para entidades do terceiro setor 174
4.1. Método 176
4.1.1 Dados Secundários 176
4.1.2 Dados Primários 181
4.2 O Comportamento do Poder Público 185
4.2.1 Convênios: impacto de um controle prévio deficitário 185
4.2.2 Contratos de Repasse: impacto do controle concomitante 197
4.3 O Comportamento das entidades sem fins lucrativos 212
4.3.1 Frustração pela não celebração de termos de parceria 212
4.3.2 Deficiências na implementação da legislação sobre convênios 215
4.3.3 Regras de gestão de recursos incompatíveis com as missões institucionais das entidades 219
Considerações Finais 223
REFERÊNCIAS 227
APÊNDICE 235
ANEXOS 236
ANEXOS 236

RESUMO

Esta dissertação se propõe a realizar um estudo de caso em *avaliação legislativa* sobre as normas que disciplinam as *transferências voluntárias* de recursos públicos a entidades pertencentes ao terceiro setor. A *avaliação legislativa* traduz-se num modelo teórico que se propõe a avaliar atos normativos sob o enfoque dos efeitos que estes produzem na sociedade. Sob essa perspectiva, a sociologia jurídica assume papel central no processo da *avaliação legislativa*, em que os critérios de eficácia, efetividade, eficiência e impacto da legislação são utilizados para verificar se as normas atingem os objetivos para os quais foram elaboradas. No presente estudo de caso, a *avaliação legislativa* será realizada sob a perspectiva do controle da destinação dos recursos públicos. Após considerações teóricas acerca do modelo de *avaliação legislativa* que se pretende aplicar, este trabalho fará uma reconstituição (i) dos problemas ou necessidades sociais que motivaram a edição das normas examinadas; (ii) dos objetivos declarados ou implícitos pelos editores das referidas normas; bem como (iii) dos instrumentos existentes na legislação ora examinada que se destinam a atingir os referidos objetivos normativos. Para tanto, serão examinados os dois principais instrumentos jurídicos que disciplinam as transferências de recursos para entidades sem fins lucrativos - os convênios e os termos de parceria - estritamente nos aspectos considerados relevantes para o controle da destinação dos recursos públicos. A reconstituição dos referidos problemas, objetivos e instrumentos será essencial para que se proceda à *avaliação legislativa* propriamente dita, a qual se apoiará em evidências empíricas da experiência dos órgãos de controle de recursos públicos na fiscalização da obediência das referidas normas e na pesquisa qualitativa da percepção que entidades sem fins lucrativos possuem da legislação a qual estão submetidas.

ABSTRACT

This dissertation aims to carry out a case study on *legislative evaluation* concerning the rules that govern the voluntary transfer of public funds to third sector entities. *Legislative evaluation* uses a theoretical model whose proposal is to assess laws based on the effect they have on society. From this point of view, the sociology of law assumes a central role in the process of *legislative evaluation*, in which the criteria of efficacy, effectiveness, efficiency and the impact of the legislation are used to verify whether the laws attain their intended objectives. In this particular case study, an assessment of the aforementioned laws will be made, focusing on the control over the destination of the public funds. After the theoretical considerations regarding the *legislative evaluation* model intended to be applied, this work will reconstruct (i) the problems or social needs that motivated the enactment of the laws under examination; (ii) the objectives implied or declared by the enactors of such laws; (iii) the instruments provided by the legislation examined herein which seek to achieve the objectives of the rules. As such, the two main legal instruments that govern the transfer of funds to non-profit organizations - the *convênios* and the *termos de parceria* - will be strictly examined regarding aspects considered relevant to the control of the destination of public funds. The reconstruction of the aforementioned problems, objectives and instruments will be essential in carrying out the legislative evaluation itself, which will be based on empirical evidence from the experience of public organs in charge of the control of public funds, which inspect the adherence to the rules examined herein, and from qualitative research on the beliefs that non-profit organizations hold regarding the legislation to which they are submitted.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABONG - Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais
ACE - Analista de Controle Externo
ADA - Agência de Desenvolvimento da Amazônia
ADENE - Agência de Desenvolvimento do Nordeste
ADFIS - Secretaria Adjunta de Fiscalização
AGU - Advocacia Geral da União
CADIN - Cadastro Informativo de Créditos não Quitados
CEBAS - Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social
CEF - Caixa Econômica Federal
CF - Constituição Federal
CFC - Conselho Federal de Contabilidade
CGU - Controladoria Geral da União
CLT - Consolidação das Leis do Trabalho
CNAS - Conselho Nacional de Assistência Social
CNE - Cadastro Nacional de Entidades Ambientalistas
CNIC - Comissão Nacional de Incentivo à Cultura
CPMI - Comissão Parlamentar Mista de Inquérito
DOU - Diário Oficial da União
EM - Exposição de Motivos
IDH - Índice de Desenvolvimento Humano
IN - Instrução Normativa
FNC - Fundo Nacional de Cultura
FNDE - Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação
FNMA - Fundo Nacional do Meio Ambiente
FNS - Fundação Nacional de Saúde
FOC - Fiscalização de Orientação Centralizada
FUNASA - Fundação Nacional de Saúde
LC - Lei Complementar
LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA - Lei Orçamentária Anual
LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal
MAPA - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento
MCT - Ministério da Ciência e Tecnologia
MDA - Ministério do Desenvolvimento Agrário
MF - Ministério da Fazenda
MMA - Ministério do Meio Ambiente
MP - Medida Provisória
MPOG - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
OGU - Orçamento Geral da União
OS - Organização Social
OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PPA - Plano Plurianual
SAJ - Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil
SAG - Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Públicas Governamentais
SECEX - Secretaria de Controle Externo
SEDH - Secretaria Especial de Direitos Humanos
SIAFI - Sistema Integrado de Administração Financeira
STF - Supremo Tribunal Federal
STN - Secretaria do Tesouro Nacional
SUS - Sistema Único de Saúde
TCE - Tomada de Contas Especial
UPF - Utilidade Pública Federal

> A função prática da sociologia jurídica como colaboradora do legislador não acaba com a adoção da reforma. Persiste, não só imediatamente após a promulgação, como durante todo o período em que a lei se queira conservar em vigência. (CARBONNIER, Jean).[1]

Introdução

Este trabalho desenvolverá um estudo de caso em *avaliação legislativa* no qual se pretende *explorar* os supostos vínculos causais entre um determinado conjunto de instrumentos normativos e os *impactos* provocados por estes na vida social.

Um estudo de *avaliação legislativa*, cujo referencial teórico será explicitado no capítulo seguinte, se destina a explorar, descrever ou explicar, isolada ou conjuntamente: (i) os problemas sociais que impulsionaram a elaboração de uma legislação; (ii) os objetivos estabelecidos pelo legislador; (iii) os instrumentos de intervenção normativa selecionados pelo legislador para atingir os referidos objetivos; (iv) os efeitos produzidos pelas normas; (v) a relação existente entre os efeitos produzidos pelas normas e os objetivos da legislação; (vi) as causas determinantes da produção desses efeitos.

A *avaliação legislativa* a ser realizada pretende explorar evidências que contemplem conjuntamente as quatro questões acima mencionadas e terá como objeto de estudo um conjunto de dispositivos normativos que versam sobre o controle das *transferências voluntárias* de recursos públicos a entidades do terceiro setor para que estas desenvolvam, em parceria com o Estado, atividades de interesse da coletividade.

Por terceiro setor entende-se um segmento composto por entidades privadas que exercem atividades de caráter público ou social, sem fins lucrativos[2]. Embora o

---

[1] Tradução de Diogo Leite de Campos. **Sociologia Jurídica.** Coimbra: Almedina, 1979.

[2] Neste trabalho, serão utilizados indistintamente os termos "terceiro setor", "setor não-governamental" e "setor sem fins lucrativos", bem como as expressões entidades do terceiro setor, organizações não-governamentais e entidades sem fins lucrativos. Luiz Carlos Bresser-Pereira e Nuria Cunill Grau, autores da expressão "setor público não-estatal", criticam as três denominações anteriores sob os seguintes argumentos: "A expressão 'terceiro setor' pode considerar-se também adequada na medida em que sugere uma terceira forma de propriedade entre a privada e a estatal, mas se limita ao não-estatal enquanto produção, não incluindo o não-estatal enquanto controle. A expressão 'não-governamental'é um anglicismo, que reflete uma confusão entre Estado e governo; finalmente, a expressão 'sem fins lucrativos' carece de limites porque as organizações corporativas também não têm fins lucrativos, sem que por isso sejam necessariamente públicas. O que é estatal é, em princípio, público. O que é público pode não ser estatal, se não faz parte do aparato do Estado." BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. **Entre o Estado e o Mercado:** o público não-estatal. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.p.pg.pdf>. Acesso em: 20 jun.

desenvolvimento do terceiro setor não seja fenômeno recente no Brasil[3], pode-se afirmar que este assumiu novos contornos a partir da década de 90, quando laços entre Estado e sociedade civil foram estreitados. O fortalecimento dessa relação se deu num contexto de reforma do Estado e descentralização de atividades de interesse público para o setor privado. A experiência revela que os reclames por transformações nesta seara não foram apenas objeto de retórica: propiciaram um aumento significativo de parcerias entre Estado e terceiro setor, por meio de *transferências voluntárias* de recursos públicos para entidades sem fins lucrativos proponentes de projetos vinculados a políticas públicas estatais.

Este trabalho não pretende explorar as causas que promoveram o fortalecimento do papel do terceiro setor, o qual, a partir da intensificação de práticas de financiamento público, privado, nacional e internacional a entidades privadas sem fins lucrativos, passou a ofertar, como nunca fizera antes, serviços de educação, saúde, cultura, assistência social, dentre outros. Não cabe aqui também examinar as conseqüências do crescente processo de financiamento público de atividades promovidas por entidades privadas sem fins lucrativos, que residiria inevitavelmente numa análise da ocorrência ou não de um desmantelamento de estruturas públicas voltadas à prestação de serviços sociais aos cidadãos brasileiros[4].

O fato é que, independentemente dos diversos motivos que levam o Estado brasileiro a fomentar as atividades desempenhadas pelo terceiro setor, aquele financia entidades privadas sem fins lucrativos, seja por meio de transferências diretas de recursos, seja por meio da concessão de isenções tributárias e incentivos fiscais.

No que diz respeito às transferências diretas de recursos públicos, cujas principais normas serão submetidas a uma *avaliação legislativa* no presente trabalho, observa-se que a modalidade e o volume de recursos a serem repassados a entidades do terceiro setor, por

---

2007, p. 16. Embora cientes das críticas apresentadas pelo autor, pretende-se utilizar os referidos termos indistintamente neste trabalho, por serem todas as referidas expressões de uso corrente e por não conflitarem, conforme será visto, com o objeto de estudo deste trabalho.

[3] Desde o período colonial brasileiro é possível identificar experiências associativas, que auxiliavam a população local distintamente do aparato estatal. A esse respeito, Cf. CARVALHO, José Murilo. **Os Bestializados**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 143-145.

[4] A esse respeito, observa Gustavo Justino de Oliveira: "Se for incorreto afirmar que a responsabilidade estatal na execução dessas atividades socialmente relevantes foi integralmanete transferida ao setor privado, certo é que ao menos foi incentivada a co-responsabilidade das entidades privadas (mormente as não-lucrativas) para o seu desenvolvimento." 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, p. 215.

intermédio de instrumentos jurídicos de repasses voluntários[5], estão previstos no Orçamento Geral da União ("OGU"). São os dados de execução orçamentária que nos fornecem, inclusive, informações precisas acerca do volume de recursos transferidos a essas entidades. No exercício de 2006, por exemplo, as entidades privadas sem fins lucrativos receberam do governo federal aproximadamente três bilhões de reais[6].

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. Observa-se que, em alguns casos, o nome da entidade e do respectivo projeto a ser custeado com *transferências voluntárias* já está contemplado no próprio OGU, cabendo ao órgão gestor dos recursos do programa efetuar as referidas análises técnicas em total ausência de competição. Por vezes, ainda, não há contemplação nominal de entidades e projetos no orçamento, porém há a previsão de que determinado programa orçamentário seja realizado em uma determinada região do país. Nesta situação, somente entidades com sede na referida região poderão pleitear ao órgão gestor de recursos o financiamento para seus projetos.

Em todos os casos acima descritos, o órgão responsável pela transferência deverá efetuar as mencionadas análises técnicas das proposições

> de modo a garantir a verificação prévia de sua adequabilidade à ação orçamentária, avaliação quanto à necessidade local, prioridade de intervenção, oportunidade, conveniência, viabilidade técnica e exeqüibilidade dos objetos propostos com base em análises de seus custos, nas condições do proponente para sua consecução, dentre outros critérios técnicos objetivamente aferíveis, fundamentados em legislação própria, especialmente na LRF, no PPA, na LDO, no conjunto de exigências e procedimentos adotados pelo órgão ou entidade concedente, nos requisitos de gestão do programa, nas características de seu produto e na finalidade da ação governamental, bem como nos demais dispositivos que disciplinam especificamente a matéria, como, por exemplo, o art. 35 da Lei n. 10.180/2001 e a IN STN 01/97[7].

---

[5] Convênios, contratos de repasse e termos de parceria, cuja descrição será realizada no segundo e terceiro capítulos deste trabalho.

[6] Informações do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal ("SIAFI") revelam que o total pago em 2006 a instituições privadas sem fins lucrativos totalizou o valor de R$ 2.873.747.965,50 (dois bilhões, oitocentos e setenta e três milhões, setecentos e quarenta e sete mil, novecentos e sessenta e cinco reais e cinqüenta centavos), sendo que constaram como "restos a pagar" do mesmo exercício a quantia de 192.476.917,42 (cento e noventa e dois milhões, quatrocentos e setenta e seis mil, novecentos e dezessete reais e quarenta e dois centavos).

[7] 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. 240-241. Disponível em: <

Somente após realizadas as referidas análises técnicas é que o órgão gestor de recursos poderá, em caso de aprovação da documentação apresentada, formalizar a transferência por meio da celebração de um dos três instrumentos aptos a regular as *transferências voluntárias* - convênio, contrato de repasse ou termo de parceria, examinados nos capítulos seguintes.

O conjunto normativo que regula esta fase que antecede a efetivação das transferências tem por objetivo principal efetuar um *controle prévio* da destinação dos recursos públicos às entidades que recebem voluntariamente recursos provenientes da arrecadação estatal. Segundo posicionamento reiteradamente manifestado pelo TCU, "a efetividade do controle nas demais fases, quais sejam, o acompanhamento e fiscalização (concomitante) e análise da prestação de contas e avaliação de resultados (subseqüente), depende fundamentalmente dos parâmetros estabelecidos nesta primeira fase."[8]

Ultrapassada a fase de controle prévio, os recursos são liberados para a entidade privada selecionada pelo poder público, que ficará encarregada de geri-los segundo dispositivos normativos cogentes, devidamente descritos no segundo capítulo deste trabalho. Tais normas, que regulam desde a maneira como as movimentações bancárias dos recursos deverão ser realizadas, até os tipos de procedimentos administrativos que as entidades privadas deverão obedecer para efetuar as compras e contratações necessárias à execução do projeto, prevêem mecanismos de acompanhamento e fiscalização por parte do poder público, responsável por assegurar seu cumprimento.

Uma vez concluída a execução do projeto, a entidade beneficiária de recursos públicos assume a obrigação de prestar contas, em que deverá demonstrar o alcance dos objetivos previstos no convênio/contrato de repasse/termo de parceria celebrado com o poder público, bem como os resultados alcançados.

Embora haja farto arcabouço normativo, cuja descrição será apresentada em capítulo específico deste trabalho, destinado a regular os controles prévio, concomitante e posterior acima mencionados, uma série de evidências indicam que este não cumpre seu principal

---

http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/formularios/TCU_CG2006/Textos/CG2006_Relatorio_20_06.pdf>. Acesso em 10 ago. 2007.

[8] 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. 241. 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.

objetivo, que é o de garantir a regular e eficiente[9] aplicação do dinheiro público nos projetos custeados a partir de *transferências voluntárias*.

Pretende-se, a partir das evidências apresentadas neste trabalho, explorar as razões pelas quais, em determinadas circunstâncias, o conjunto normativo a ser avaliado não atinge os objetivos pretendidos, notadamente os de controlar prévia, concomitante e posteriormente a aplicação dos recursos públicos às entidades privadas sem fins lucrativos.

Ver-se-á que o modelo de análise adotado será o da *avaliação legislativa* de *impacto,* destinada a descrever os efeitos produzidos por uma legislação, ainda que não correspondentes aos objetivos estabelecidos pelo legislador, e também a reconstituir as razões que provocaram tais conseqüências inesperadas.

Para tanto, a realização de um estudo de caso foi a estratégia de pesquisa escolhida para a abordagem pretendida, uma vez que este se destina precipuamente a responder a questões do tipo "como" e "por que", ao invés de centrar sua análise em indagações do tipo "quem", "o que", "onde", "quantos" e "quanto"[10].

O estudo de caso foi construído de modo a explorar as seguintes proposições ou hipóteses:

> a) Embora o arcabouço normativo a ser avaliado regule amplamente os procedimentos de controle prévio, este não é realizado a contento uma vez que o controle da regularidade jurídica, fiscal e administrativa das entidades que pleiteiam recursos públicos é regido por uma padronização excessivamente abrangente que, por ser de cunho genérico, não produz diretrizes seguras aos gestores públicos para a averiguação da capacidade administrativa, gerencial e operacional dos proponentes, bem como da qualidade e eficiência dos projetos selecionados.
>
> b) A legislação que disciplina as *transferências voluntárias*, bem como seus aplicadores, tendem a tratar indistintamente entes públicos e privados, partindo do pressuposto de que ambos têm a mesma capacidade instalada para gerir os recursos públicos transferidos. Esse cenário gera os seguintes efeitos: (i) ineficiência na administração dos projetos, dada a

[9] Estes conceitos serão oportunamente delimitados neste trabalho.

dificuldade que as entidades do terceiro setor enfrentam em se adaptar às regras operacionais de gestão pública; (ii) ações fraudulentas das entidades que, ao prestarem contas dos gastos empreendidos, apresentam uma falsa roupagem de adequação às regras de direito público a que são submetidas.

c) As regras de *transferências voluntárias* de recursos a entidades sem fins lucrativos, diante das relações de causa e efeito acima assinaladas, são irracionais em seu aspecto instrumental, já que não introduzem meios adequados à realização de sua finalidade mediata - consistente no controle da regular e eficiente aplicação de recursos públicos - e imediata - correspondente ao fortalecimento de iniciativas privadas capazes de colaborar com o Estado na realização de políticas públicas.

Embora as proposições tenham sido elaboradas de modo a nortear a estratégia de pesquisa deste trabalho, faz-se importante esclarecer que a *avaliação legislativa* que se pretende realizar terá caráter eminentemente *exploratório*. O estudo exploratório será utilizado em todas as etapas da pesquisa, e não apenas em sua fase inicial. A decisão de se efetuar uma pesquisa eminentemente exploratória residiu na constatação de que as relações causais objeto da avaliação aqui empreendida não são de fácil caracterização e identificação. Para que uma *avaliação legislativa* de cunho explanatório pudesse ser realizada em nível definitivo, seria necessário que: (i) os objetivos da lei a ser avaliada fossem claramente identificados e hierarquizados; (ii) existissem dados confiáveis quanto à situação anterior à edição da lei a ser avaliada; (iii) houvesse meios e recursos suficientes para se recolher informações consistentes e confiáveis acerca dos efeitos produzidos pela lei.

Embora as limitações temporais, materiais, e de experiência da pesquisadora tenham limitado a satisfação da terceira condição acima descrita, ver-se-á que há outros fatores impeditivos da observância das demais condições acima referidas, razão pela qual se optou por um estudo eminentemente exploratório.

Sendo assim, desde já se deve esclarecer que este trabalho não pretende testar efetivamente as hipóteses acima elencadas, de modo a oferecer explicações seguras acerca dos reais impactos produzidos pelas normas que regulam a transferência de recursos públicos para entidades do terceiro setor.

---

[10] YIN, Robert K. **Estudo de Caso:** planejamento e métodos. 3.ed. Porto Alegre: Bookman, 2005, p. 19-38.

Pretende-se, num âmbito mais modesto, ampliar o conhecimento hoje existente acerca dos motivos pelos quais as normas de controle de recursos públicos geram efeitos inesperados e contraditórios com os objetivos e finalidades da legislação.

Dessa forma, a ampliação do conhecimento acerca do impacto das normas a serem avaliadas não resultará, por razão óbvia, numa proposta fechada de alteração legislativa, cujo intuito principal reside na melhoria da qualidade dos instrumentos normativos. Entende-se, no entanto, que os resultados da pesquisa poderão servir a uma outra função, também atribuída à *avaliação legislativa*: a de solucionar problemas relacionados com a real prática de aplicação da legislação.

O presente trabalho será estruturado em quatro capítulos.

O primeiro capítulo apresentará o referencial teórico da *avaliação legislativa*, tema cujo interesse científico tem crescido significativamente em países europeus. Ver-se-á que a *avaliação legislativa* vem sendo considerada uma das etapas essenciais a percorrer, não só nos processos de elaboração, mas também de revisão das leis e regulamentos. A *avaliação legislativa* preocupa-se em dimensionar os efeitos e impactos produzidos pelas leis na realidade social de modo que preocupações centrais da sociologia do direito - como a eficácia e efetividade das leis - sejam incorporados ao processo de elaboração, revisão e aplicação de atos normativos.

Conforme será visto, a *avaliação legislativa* a ser examinada neste trabalho, cujos referenciais teóricos ainda são considerados embrionários por aqueles que a estudam, tem sido institucionalizada em diversos países, cujas experiências serão relatadas no capítulo seguinte. Ver-se-á também que a *avaliação legislativa* poderá ser utilizada previamente ao momento em que o legislador inicia a redação do texto legal, destinando-se a auxiliá-lo na escolha dos melhores conteúdos normativos, na identificação dos instrumentos potencialmente mais eficazes para a solução de problemas identificados na realidade social. Esta modalidade de *avaliação legislativa* também é conhecida como *avaliação legislativa prospectiva* ou *ex ante*. Já a *avaliação legislativa* retrospectiva ou *ex post* é realizada quando a lei já se encontra em vigor e se destina a avaliar os reais efeitos produzidos por uma legislação visando ao seu aperfeiçoamento.

As normas que serão analisadas neste trabalho não se submeteram a um processo de *avaliação legislativa prospectiva* ou *ex ante* na concepção aqui utilizada. Ver-se-á que a

institucionalização de procedimentos visando à melhoria da legislação no Brasil se enquadra no que se conhece por *legística formal*, cujos objetivos são manifestamente distintos da *legística material*, na qual se situa a *avaliação legislativa*. A *avaliação legislativa* tem como objetivo primordial aperfeiçoar a eficácia da legislação, ao passo que a *legística formal* visa a aprimorar a comunicação legislativa[11].

No entanto, ver-se-á que, no tocante às regras examinadas neste trabalho, o Tribunal de Contas da União ("TCU"), ao empreender auditoria governamentais, nada mais faz do que avaliar as causas do descumprimento das normas de controle de transferências governamentais de recursos públicos, e o faz seguidamente para embasar propostas de alteração normativa a serem acatadas principalmente pelo poder executivo, já que na temática das *transferências voluntárias* os atos infra-legais reinam absolutos na regulação da matéria, muitas vezes extrapolando os limites impostos pela lei e pela Constituição Federal ("CF").

Diante desse cenário, o estudo da *avaliação legislativa* se torna relevante por duas razões: em primeiro lugar, para que suas premissas sejam corretamente adotadas no estudo empírico que se pretende realisar, que objetiva analisar as relações de causa e efeito das normas de controle das transferências de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos. Em segundo lugar, para que se possa compreender a análise institucional que hoje é feita no Brasil acerca dos efeitos da legislação ora examinada, visando ao seu aperfeiçoamento em face de outras experiências de institucionalização de *avaliação legislativa*, as quais serão oportunamente descritas neste trabalho.

O segundo capítulo deste trabalho fará uma reconstituição (i) dos problemas ou necessidades sociais que motivaram a edição das normas submetidas à *avaliação legislativa*, e (ii) dos objetivos declarados ou implícitos pelos editores das referidas normas.

Para que a *avaliação legislativa* seja realizada a contento, torna-se necessário analisar os efeitos produzidos pela legislação de uma maneira *metódica*. Sem conhecer os objetivos de uma lei, os problemas que ela pretende solucionar, não se deve prosseguir às etapas seguintes, consistentes em averiguar se a lei é ou não capaz de atingir os fins declarados em seu enunciado, se os efeitos produzidos pela legislação foram ou não previstos pelo legislador,

[11] Cf. MORAND, Charles-Aubert. Éléments de légistique formelle et matérielle. *In*: MORAND, Charles-Aubert (Org.). **Légistique Formelle et Matérielle**. Aix-En-Provence: Presse Universitaires d´Aix-Marseille, 1999, p. 18-19.

bem como quais os motivos da observância ou inobservância das normas por parte de seus destinatários.

Observa-se que embora este trabalho se utilize da expressão *avaliação legislativa*, por ser esta de uso corrente, a legislação a ser examinada não abrange apenas normas em sentido estritamente formal, emanadas pelo poder legislativo. A legislação a ser avaliada abrange diversos instrumentos normativos de natureza administrativa, dentre os quais se destaca a Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional ("STN") nº 01/97.

O termo tem sido utilizado indistintamente por doutrinadores que operam com um conceito mais amplo do que o conceito formal de lei, razão pela qual não se considera o uso da expressão "legislativa" problemático. Dessa forma, o uso, neste trabalho, das expressões "legislação" e "legislativa" terá caráter amplo de modo a contemplar não só leis em sentido estrito, como também normas emanadas pelo poder executivo.

Ademais, o fato de a legislação selecionada abranger tanto leis em sentido formal quanto normas de natureza administrativa permite que se faça duas reflexões de interesse para a *avaliação legislativa*: uma que procura comparar a produção legislativa entre parlamento e governo - no sentido de averiguar se ambos obedecem a semelhantes padrões de elaboração e redação - e outra que procura verificar se os atos produzidos pelo governo, de maneira mais discreta e reservada e menos suscetível a negociações de pauta legislativa, apresentam soluções menos coerentes, em razão do desequilíbrio de interesses ou das pressões de caráter político.

Como a *avaliação legislativa* pressupõe, conforme mencionado, a análise do nexo causal entre os objetivos e os efeitos produzidos pela legislação, torna-se imprescindível mapear as finalidades subjacentes ao conjunto de normas sob exame.

Ainda que a legislação não tenha sido elaborada mediante a observância de procedimentos rigorosos de técnica legislativa, sobre toda e qualquer norma subjaz um problema ou uma reivindicação social que se pretende solucionar por meio da sua edição. Tais problemas ou demandas são reunidas, selecionadas interpretadas pela mídia, por grupos de interesses diversos, por partidos políticos, enfim, por todos aqueles capazes de incluir problemas na pauta legislativa. "A formulação de um problema, seja proveniente do legislador ou do governo, é portanto o produto de um processo complexo no qual se constrói

simultaneamente a apreensão e a apreciação de uma realidade que justifica uma demanda de regulação pública."[12]

A demanda de regulação pública, por sua vez, é traduzida em objetivos, em metas a serem atingidas pela edição de novas leis. Nesse sentido, a *avaliação legislativa* não prescinde de uma caracterização precisa dos objetivos de uma lei, pois, do contrário, não será possível estabelecer o nexo de causalidade entre legislação e práticas sociais.

Para identificar os objetivos da legislação sob a perspectiva da sociologia do direito e da avaliação legislativa, Jean-Daniel Delley observa que a tarefa do avaliador aproxima-se em alguns aspectos e distancia-se em outros de um jurista familiarizado com métodos de interpretação das normas jurídicas. O jurista atribui um sentido à norma, assim como o avaliador, por meio da análise do discurso legislativo e do texto legal. Observa-se, no entanto, que "a maneira de aplicar uma lei reflete objetivos freqüentemente estranhos à vontade do legislador". Demais disso, observa Delley que

> O avaliador não pode se contentar em se referir aos objetivos explícitos de uma legislação para medir sua eficácia. Um enfoque tão restrito o leva a negligenciar uma parte importante dos efeitos produzidos e empobrecer o conjunto de finalidades e objetivos efetivamente perseguidos (tradução nossa).[13]

Foi seguindo este conselho que o segundo capítulo deste trabalho foi estruturado, em que se buscará reconstituir não só os objetivos declarados - mas também os implícitos - da legislação que regula as transferências de recursos públicos para o terceiro setor.

Nesse particular, observa-se que as finalidades das regras de controle dos recursos públicos transferidos voluntariamente não são identificadas exclusivamente por meio do exame das exposições de motivos da legislação que lhe é correspondente. Neste particular, os acórdãos do TCU, não só resultantes dos processos de fiscalizações, mas também das decisões que este órgão profere em tomadas de contas especiais, assumem indiscutível relevância para a identificação dos objetivos normativos ora estudados. Embora as avaliações empreendidas pelo TCU não se preocupem exclusivamente com o fenômeno legislativo, este órgão oferece freqüentemente sugestões de alterações na legislação vigente, as quais costumam ser acatadas

---

[12] 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, p. 84.

pelo poder executivo, alterando decretos e instrumentos normativos ministeriais que não só regulamentam, mas de fato regulam de forma inovadora toda a sorte de condutas referentes ao controle de recursos públicos objeto da presente análise.

Observa-se, no entanto, que a identificação dos objetivos normativos será realizada em caráter eminentemente exploratório, conforme já mencionado, em função de limitações diversas, dentre as quais se pode destacar a inacessibilidade de fontes, como os pareceres técnicos exarados previamente à edição das normas, cujo acesso foi deliberadamente negado nesta pesquisa, conforme será especificado adiante.

O terceiro capítulo fará uma análise dos instrumentos previstos na legislação ora examinada que se destinam a solucionar os problemas e atingir os objetivos normativos abordados no capítulo anterior.

Os meios de controle das *transferências voluntárias* incidem sobre diversas fases das parcerias celebradas entre o poder público e o terceiro setor. Para cada um dos instrumentos que disciplinam as *transferências voluntárias* - os convênios, os contratos de repasse e os termos de parceria - serão examinadas as ferramentas legislativas utilizadas para controlar prévia, concomitante e posteriormente o uso dos recursos públicos.

Delimitar bem as ferramentas utilizadas pelas diferentes modalidades de parceria entre poder público e setor privado sem fins lucrativos para controlar o uso dos recursos públicos em cada uma das fases das *transferências voluntárias* é etapa prévia e essencial para a avaliação dos efeitos produzidos pela legislação que as disciplinam.

O quarto e último capítulo será dedicado à avaliação dos impactos produzidos pela legislação ora abordada, em que se pretende reconstituir sobretudo as causas dos efeitos que não guardam correspondência com os objetivos almejados pelos formuladores da referida legislação.

Para a avaliação dos impactos, serão utilizados dados primários e secundários que permitam identificar padrões de comportamento tanto dos órgãos gestores dos programas orçamentários quanto das entidades sem fins lucrativos tomadoras de recursos.

---

[13] 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, p. 93.

> Um dos paradoxos da formação dos juristas consiste em que estes são crescentemente chamados a confeccionar textos legais, enquanto que a iniciação aos métodos se encontra exclusivamente voltada para a aplicação do direito. Ora, o domínio do silogismo jurídico não é de grande ajuda para quem deva conceber e redigir uma lei (MORAND, Charles-Aubert[14]).

1. *Avaliação legislativa*: delimitação de um conceito

Conforme já anunciado, este trabalho se propõe a efetuar um estudo de caso em *avaliação legislativa*, em que se pretende investigar até que ponto a legislação a ser examinada "age" sobre a vida social.

Contudo, antes de se ingressar no estudo de caso propriamente dito, faz-se necessário discorrer, neste primeiro capítulo, sobre o significado do termo *avaliação legislativa*. A exposição ora proposta se deve a duas razões predominantes: a primeira diz respeito ao fato de constituir a *avaliação legislativa* um tema que necessita ser bem delimitado, sob pena de ser mal compreendido; a segunda, decorre de uma constatação: ainda que praticada, a *avaliação legislativa* segue desacompanhada, na experiência brasileira, de estudos que se proponham a polemizar e difundir o tema da elaboração e revisão das leis. Ver-se-á que os poucos e isolados trabalhos brasileiros publicados nesta seara não reverberaram de modo a realçar a importância prática e científica deste tema intimamente ligado à produção normativa. Dessa forma, para cumprir os objetivos deste capítulo, far-se-á uso de certos autores, obras e experiências em que o tema da *avaliação legislativa* já tenha atingido tal patamar.[15]

Além disso, ver-se-á que a *avaliação legislativa* constitui uma das etapas de um processo metódico de produção de normas jurídicas, que está embasado numa racionalidade específica. Em vista disso é que serão feitas breves considerações sobre a *Ciência da*

---

[14] Tradução nossa. Prefácio da obra **Légistique Formelle et Matérielle.** Aix-En-Provence: Presses Universitaires D´Aix Marseille, 1999.

[15] A principal bibliografia sobre *avaliação legislativa* é atribuída a autores alemães e suíços. Na Alemanha, destacam-se os trabalhos de Werner Maihoffer, Theo Oehlinger, Hans Schneider e Ulrich Karpen. Na Suíça, os trabalhos de Luzius Mader, Charles-Albert Morand e Jean-Daniel Delley são indiscutíveis obras de referência sobre o tema. Esta dissertação se baseará sobretudo nas obras publicadas nos **Cadernos de Ciência de Legislação**, periódico português que destaca as obras dos referidos autores suíços, bem como os trabalhos de autores de diferentes nacionalidades que se debruçam sobre temas concernentes à avaliação legislativa. Dentre os

legislação em sentido amplo, com o estrito objetivo de distingui-la da ciência jurídica, cujo instrumental necessário para atribuir sentido à norma revela-se manifestamente distinto.

1.1 O re (surgimento) da ciência da legislação

Assistiu-se, nas últimas três décadas, a um crescente e particular interesse acadêmico europeu pelo processo de elaboração da legislação. O marco inicial desse ganho de credibilidade de uma denominada *ciência da legislação* na Europa, freqüentemente mencionado por estudiosos contemporâneos, constitui a publicação, em 1973, da obra de autoria do penalista suíço Peter Noll, intitulada "*Ciência ou Doutrina da Legislação*".[16]

O trabalho realizado por Peter Noll, que ensinou disciplina de mesmo nome na Alemanha, contribuiu para a proliferação de outras iniciativas acadêmicas, como o surgimento de núcleos de ensino e pesquisa como o desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de Genebra, protagonizado por Charles-Albert Morand e Jean-Daniel Delley.

O surgimento de novas abordagens científicas sobre o fenômeno legislativo, paradoxalmente, ocorreu ao mesmo tempo em que o direito, e, por conseqüência, suas fontes, como a própria lei, ingressaram numa situação de crise da qual não se vislumbra nenhuma superação. Ou, em outras palavras: enquanto direito e a lei predominaram como instituições estáveis, não existiu interesse científico pelos métodos de formação da legislação. Este interesse surgiu apenas recentemente, num momento em que não mais se crê na segurança e estabilidade proporcionadas pelo direito e pela lei.[17]

Charles-Albert Morand oferece uma explicação para esse paradoxo.[18] Para o autor, os juristas, que sempre assumiram papel privilegiado no cenário de elaboração das leis, nada ou muito pouco fizeram para desenvolver métodos que guiassem a ação de legislar. O

---

autores portugueses que mais oferecem contribuição ao tema, destacam-se os professores da Universidade Nova de Lisboa João Caupers e Marta Tavares de Almeida.

[16] Há discussões terminológicas a respeito da melhor tradução para *Gesetzgebunglehre*, título da obra de Peter Noll. João Caupers observa, no entanto, que Noll utilizou, ao longo de sua obra, as expressões *Gesetzgebungslehre* e *Gesetzgebungwissenschaf* indistintamente, sendo que a tradução da última corresponde indiscutivelmente à expressão *ciência da legislação.* Cf. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração**, n. 35, out-dez. 2003, p. 8.

[17] Cf. CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Cadernos de Ciência de Legislação.** jan-mar. 1992, p. 9-10.

[18] Cf. MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Societé**, n. 10, 1988, p. 391.

positivismo jurídico teria afastado os juristas de uma abordagem científica acerca do processo de elaboração das leis, interrompendo a continuidade de estudos sobre legislação que foram realizados durante o Iluminismo[19]. Com essa ruptura, os esforços concentraram-se no desenvolvimento de uma metodologia para interpretar e aplicar as leis, esquecendo-se do aperfeiçoamento de métodos para sua criação. Isso se explica pelo fato de que ao processo de elaboração das leis os juristas atribuíram um *status* puramente político, diferente do tratamento conferido às ações de interpretação e aplicação legislativa, tidas como exclusivamente jurídicas. Nesse cenário, a legislação "jamais foi concebida como um ato de conhecimento que seria legitimado por sua qualidade ou pelos resultados que produz"[20], pois a lei estaria estritamente calcada na observância de procedimentos democráticos previamente estabelecidos, entendidos como os únicos requisitos de legitimidade dos atos legislativos.

Neste contexto, torna-se compreensível que alguns autores tenham hesitado inicialmente em se valer da expressão *ciência da legislação*, preferindo o uso do termo “a arte de legislar” ou a “arte de fazer leis”, para não se comprometerem com a atribuição de natureza verdadeiramente científica às investigações acerca do fenômeno legislativo.[21]

A crescente valorização da qualidade da ação normativa surge num contexto de inflação legislativa, em que os governos, "incapazes de atingir seus objetivos sociais, acabam por sofrer uma pressão maior no sentido de recorrer à regulação da atividade privada, para atingir os efeitos pretendidos."[22] Com a crise do Estado intervencionista, a lei perdeu seu caráter sistemático, revelado insuficiente para tratar de uma realidade altamente cambiante. É

---

[19] No que diz respeito aos trabalhos sobre legislação realizados no final do século XVIII, MORAND destaca as obras de Montesquieu (De l´esprit des lois), J. Bentham (Nomography or the art of inditin Law) e G. Falangieri (La Scienza della Legislazione). Cf. MORAND, Charles-Albert. Éléments de légistique formelle et matérielle. *In*: MORAND, Charles-Aubert (Org.). **Légistique Formelle et Matérielle**. Aix-En-Provence: Presse Universitaires d´Aix-Marseille, 1999, p. 23-27. João Caupers, além das obras mencionadas por Morand, faz faz remissão ao *Tratado da Lei*, da obra *Summa Theologica*, de São Tomás de Aquino, bem como ao trabalho de Karl Salomo Zachariae Von Lingenthal, intitulado Wissenschaft der Gesetzgebung. CAUPERS , João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração**, n. 35, out-dez. 2003, p. 16-17.

[20] Cf. MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Societé**, n. 10, 1988, p. 391.

[21] João Caupers menciona como exemplo o título da obra de Dominique Rémy, intitulada *Légistique. L’art de faire dês lois*, Paris, 1994 e também do uso da expressão ‘gesetzgebund”, sinônimo de “arte da legislação”, pelo autor Herman Hill (Bermühungen zur Verbesserung der Gesetzgebung. **Zeitschrift für Gesetzgebung**, n. 1-96, 1993, p, 19 e segs). Cf. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração**, n. 35, out-dez. 2003, p. 9. O autor também faz referência a obra Introduzione alla legistica. L’arte di preparar lê leggi, de Rodolfo Pagano. (2.ed. Londres: Sweet and Maxwell, 1990). *Op. cit.*, p. 12.

[22] COURTNEY, Mark. Quadro de uma política para a melhoria da qualidade da ação normativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 107.

justamente neste contexto que surgirá um movimento de racionalização inteiramente novo para o percurso de elaboração das leis.

Sobre esse movimento de racionalização da produção jurídica que surgiu nas últimas décadas, é possível identificar posicionamentos céticos que, em essência, consideram que o fortalecimento dessa ciência reduz o direito a mero instrumento de outras ramos científicos, contribuindo, assim, para o declínio da própria ciência jurídica.

Jacques Chevallier afirma que essa nova racionalidade transforma as regras de direito em técnicas operacionais de gestão, criadas a partir de rigorosos métodos de elaboração e revisão normativa que, em última instância, verificarão se as normas produzem ou estão aptas a produzir plena eficácia[23]. Enfatiza este autor, no entanto, que:

> longe de caminhar no sentido da restauração da racionalidade jurídica tradicional, a racionalização dos processos de produção legislativa não faz mais do que confirmar e acentuar o seu declínio: não só porque demonstra que a norma jurídica se vê obrigada a *conquistar uma legitimidade*, que já não lhe é inerente, demonstrando o rigor dos seus métodos de elaboração mas também, e sobretudo, porque essa racionalização é *indissociável da nova concepção instrumental do direito*, de que ela é a concretização.[24]

Entre nós, o jurista Victor Nunes Leal já observava, na década de 40, o descompasso entre ciência jurídica e o processo de elaboração das leis:

> O legislador vai se tornando cada vez mais independente, não só dos chamados direitos naturais, mas também das próprias conquistas da ciência jurídica, que tem de apressar o passo para acompanhar a lei e rever, em função dela, as suas categorias e os seus sistemas. Esse quadro do mundo moderno é bastante desolador para os juristas, que cada dia mais se convencem de que o essencial são os propósitos do legislador, o seu desejo honesto de prover o bem comum, na medida em que a lei o pode fazer. Mas, mesmo quando tais intenções existam, podem ser frustradas, caso se exprimam por instrumentos imperfeitos e inadequados. Que os juristas aperfeiçoem os instrumentos, ficando aos políticos a tarefa de melhorar as intenções. E também colaborem os juristas no ofício dos políticos, na medida de suas forças e inclinações.[25]

Levando em consideração as forças dos grupos de pressão e as influências políticas que cercam o processo decisório inerente à produção legislativa, as quais não se enquadram nos processos racionais e científicos propostos pela *ciência da legislação*, as limitações dos

---

[23] CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, n. 3, jan-mar., 1992, p. 9.
[24] Idem, p. 9.

estudos sobre produção legislativa parecem óbvias. O fortalecimento de uma *ciência da legislação* não se destina, por essa razão, a superar os contingentes irracionais da produção legislativa. Esta visa, tão somente, a encarar tal contingência com certa dignidade.[26]

Demais disso, a *avaliação legislativa*, que constitui instrumento fundamental da elaboração de conteúdos normativos, não tem sido defendida apenas por aqueles que acreditam na elaboração racional das leis. Outros motivos justificadores da importância da *avaliação legislativa* têm sido suscitados, tais como o uso político estratégico que podem fazer dela minorias parlamentares, no sentido de reintroduzir periodicamente na ordem do dia políticas não consagradas pelo texto original da lei aprovada, ou bases parlamentares que pretendem acelerar a tomada de decisão política, contrabalançando a falta de consenso sobre o projeto com a promessa de avaliação.[27] Além dessa função estratégica, menciona-se também a função legitimadora da *avaliação legislativa*: esta pode conduzir à "obtenção de apoio público a um ato normativo, na medida em que oferece a oportunidade de se expressarem livremente objeções e críticas."[28]

Os pressupostos dos trabalhos sobre a legislação que ressurgiram a partir da década de setenta distinguem-se dos trabalhos de hermenêutica e teoria da decisão jurídica. Manuel Atienza observa que a principal diferença entre dogmática jurídica e técnica legislativa[29] diz respeito ao fato de que a primeira encara as leis como um dado, um material pré-existente que deve ser utilizado para obter a otimização da interpretação e aplicação do direito, ao passo que a segunda toma igualmente como dado as normas jurídicas já existentes para, por meio das necessidades sociais, das exigências da linguagem jurídica e de várias outras condições, conseguir obter a otimização da produção de normas por parte do legislador e de certos órgãos administrativos[30]. Estas exigências, tanto de ordem prática como teórica, obviamente, buscam

---

[25] LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. *In:*LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público.** Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 32.

[26] "Os mestres e autores que se ocupam da matéria não se iludem quanto ao seu alcance. Na fase de preparação, na de decisão parlamentar, como na de aplicação, os interesses se afrontam e as conseqüências resultam do jogo de forças existentes. A aplicação do **Método Legislativo** não vai transformar semelhante contingência. A disciplina seria, antes, um ponto de referência, uma espécie de chamada às exigências da razão, um olhar crítico e vigilante do jogo das forças sociais". PRATES, Terezinha M. L. Método legislativo, uma nova disciplina? **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, n. 06, set. 1993, p. 63.

[27] Cf. VOERMANS, Wim. Avaliação da legislação nos Países Baixos. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 67-68. O autor é Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade de Leiden.

[28] *Idem*, p. 67-68.

[29] O autor atribui a natureza de *técnica jurídica* tanto à *dogmáticia jurídica* quanto à *técnica legislativa*, já que ambas são técnicas que incidem sobre momentos ou aspectos distintos da realidade jurídica.

[30] Cf. ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación.** Madri: Civitas, 1997, p. 19.

em outras áreas do conhecimento - como a lingüística, a teoria da comunicação, a sociologia, a ciência da administração - os pressupostos para a solução de seus problemas.

A esse respeito, torna-se importante frisar que alguns autores defenderam um redimensionamento da ciência jurídica, procurando inserir a complexidade do *fenômeno legislativo* no campo do direito ou da metodologia jurídica.[31] Estas posições, frise-se, são minoritárias, pois a "larga maioria dos mais distintos cultores da ciência jurídica jamais aceitaria tal extensão, que considerariam descaracterizadora da ciência jurídica e do método jurídico."[32]

> Compreende-se, nesta ordem de idéias, que não seja fácil encontra o lugar adequado para uma *ciência da legislação*: esta não se destina a possibilitar a compreensão da lei mas, sim, a compreensão das condições e técnicas adequadas à produção das leis, de boas leis, de leis eficazes. O seu objeto não é a lei enquanto norma mas o *fenômeno legislativo* em toda a sua extensão.[33]

Sem adentrar na referida discussão acerca do caráter autônomo da *ciência da legislação*, fato é que esta comporta hoje uma série de disciplinas com diferentes métodos e objetos de estudo. Dependendo da disciplina, os profissionais com formação estritamente jurídica têm relativa contribuição a oferecer ao estudo sobre a criação da legislação, revelando-se, muitas vezes, incapazes de operar com outras áreas do conhecimento que lhe são imprescindíveis, como a sociologia, a lingüística e a teoria da comunicação.

As disciplinas ou ramos da c*iência da legislação* têm objetivos variados: ora possuem caráter mais abstrato e conceitual, destinando-se ao refinamento de teorias, ora se concentram no aperfeiçoamento de diferentes técnicas, visando à solução de problemas práticos. Além disso, as abordagens teórica e técnica podem incidir tanto sobre o conteúdo, quanto sobre a forma da legislação.

---

[31] João Caupers observa que defendem a posição de enquadramento do fenômeno legislativo no campo da ciência jurídica Werner Maihoffer e Jean Carbonnier, e no campo da metodologia Héctor Fix-Zamudio (Metodologia, docência e investigación jurídicas, 4. ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1996). Cf. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração**, n. 35, out-dez. 2003, p. 7.
[32] *Idem*., p. 7.
[33] *Idem, ibdem*.

Luzius Mader, professor suíço e autor de trabalhos de contribuição significativa sobre *avaliação legislativa*, identifica oito áreas específicas que se destinam a explicar e instrumentalizar a ação de elaboração legislativa. São elas.[34]

> (i) *Legística Material ou Metódica Legislativa*: preocupa-se exclusivamente com o conteúdo da legislação. Propõe um metódico caminho de elaboração de conteúdos normativos e utiliza-se de ferramentas práticas[35] facilitando os diferentes passos ou fases deste enfoque metódico.
>
> (ii) *Legística Formal*: preocupa-se com aspectos formais da legislação, com diferentes tipos de atos normativos, com a sua estrutura formal etc.
>
> (iii) *Redação Legislativa*: diz respeito a aspectos lingüísticos da legislação, a maneira de expressar conteúdos normativos por textos normativos;
>
> (iv) *Comunicação Legislativa*: a publicação de textos normativos, ou mais genericamente, a maneira de comunicar conteúdos normativos, incluindo uma grande quantidade de informação sobre legislação, não apenas a publicação oficial;
>
> (v) *Processo Legislativo*: o processo de elaborar, editar e implementar a legislação segue regras procedimentais de vários tipos; essas regras influenciam em certa medida a qualidade formal e material da legislação;
>
> (vi) *A Administração de Projetos Legislativos*: a preparação da legislação pode ser vista como uma tarefa pela qual os princípios e técnicas de administração de projeto são aplicáveis;
>
> (vii) *Sociologia da Legislação*: o processo político precedente à edição da legislação, a implementação do processo e os efeitos da legislação são importantes campos dos estudos sociológicos e constituem um elemento essencial dos estudos sobre a elaboração da legislação;
>
> (viii) *Teoria da Legislação:* consideração sobre o papel ou função da legislação como um instrumento de controle social pelo Estado.

Por sua vez, Charles-Albert Morand, acompanhando a doutrina francesa, classifica toda a sorte de estudos sobre a formação da legislação em apenas dois segmentos ou disciplinas: a *Legística Formal* e a *Legística Material*[36]. A *Legística Material* se ocupa do processo de produção legislativa em suas diferentes etapas, fornecendo a cada uma delas ferramentas que visam incrementar a eficácia das leis, ao passo que a *Legística Formal* analisa as leis enquanto sistemas de comunicação, fornecendo princípios destinados ao

---

[34] Cf. MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 119.

[35] Fornecidas pelo desenvolvimento de algumas das demais disciplinas acima descritas, como a sociologia da legislação.

[36] Cf. MORAND, Charles-Albert. Éléments de légistique formelle et matérielle. *In*: MORAND, Charles-Aubert (Org.). **Légistique Formelle et Matérielle**. Aix-En-Provence: Presse Universitaires d´Aix-Marseille, 1999, p. 18-45.

aprimoramento dos textos legislativos, os quais também serão aplicados a diferentes etapas de emissão da mensagem.

Independentemente da classificação adotada[37], os autores coincidem no entendimento de que profissionais com formação estritamente jurídica parecem ter melhor desenvoltura para aquelas disciplinas mais atentas a aspectos formais da feitura das leis. Nesse sentido, Luzius Mader observa que:

> Para lidar com aspectos materiais ou substanciais do trabalho legislativo, advogados, ao menos advogados com formação jurídica tradicional não parecem ser melhor preparados do que quem quer que seja. Entretanto, a predominância desses profissionais e a posição privilegiada que ocupam na fase de redação do processo legislativo tem lhes conferido particular responsabilidade pelos aspectos materiais da legislação[38] (tradução nossa).

Esta responsabilidade varia sensivelmente de país para país, dependendo do avanço da *ciência da legislação* em cada Estado. Países como França, Itália e Inglaterra privilegiam a técnica legislativa ou *Legística Formal*, ao passo que as já mencionadas Alemanha e Suíça constituem centros de produção em *Legística Material*.[39]

1.2 Metódica da Legislação

A disciplina *Legística Material ou Metódica da Legislação*[40] corresponde a um ramo da *Ciência da legislação* que se propõe a desenvolver os preceitos metodológicos para cada

---

[37] Joaquim Gomes Canotilho também propõe uma classificação que se distingue das demais. Para o autor, a *ciência da legislação* seria subdividida em cinco áreas: "a) A *teoria* ou *doutrina da legislação*, ocupada com uma reflexão sobre as possibilidades e os limites da reconstrução científica e da aplicação de conhecimentos no âmbito da legislação; b) A *analítica da legislação*, interessada nos *conceitos* e *idéias fundamentais de norma, lei e legislação;* c) A *táctica da legislação*, dedicada ao estudo dos *órgãos* e *procedimentos da legislação bem como* dos *métodos destinados a influenciar e dirigir a produção legislativa;* d) A *metódica da legislação*, ocupada com a problematização das *dimensões político-jurídicas e teorético-decisórias da Legislação, procurando responder às questões da justeza, adequação e efetividade das leis; e)* A *técnica legislativa*, preocupada com *as regras gerais sobre a feitura das leis, as suas divisões, a sua sistemática e a sua linguagem."* CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 10.

[38] Cf. MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 120.

[39] O fato de haver uma predominância de produção científica em uma determinada área não quer dizer que não haja iniciativas válidas para o desenvolvimento da outra. Ver-se-á que mesmo países com pouca tradição em *Metódica da Legislação* tem introduzido experiências de institucionalização da *avaliação legislativa*, ainda que a produção acadêmica nesta seara não tenha se desenvolvido na mesma intensidade.

[40] A expressão *Metódica da Legislação* é traduzida nas línguas inglesa, francesa e portuguesa, respectivamente, por *legislative method, méthode législative* e *Metódica da Legislação*. O termo, que hoje é sinônimo da expressão *Legística Material*, traduz-se mais adequadamente pela expressão *metodologia a adotar para a elaboração da lei*. Neste trabalho optou-se por utilizar indistintamente as expressões *Metódica da Legislação* e

uma das etapas do processo de elaboração do **conteúdo** das normas jurídicas, diferenciando-se da *Legística Formal*, que se ocupa da sistematização, redação e comunicação legislativa.

Questões como clareza e precisão da linguagem, articulação do discurso normativo, objetividade e inteligibilidade da lei não são objeto de estudo da *Metódica da Legislação.* Observa-se, no entanto, que, embora as regras e princípios que balizam esta disciplina distanciam-se da *Legística Formal*, ambas constituem disciplinas ecléticas que se utilizam de conhecimentos e técnicas desenvolvidos por outras ciências. Ver-se-á, no entanto, que apenas na *Metódica da Legislação* a sociologia ocupa papel central.[41]

1.2.1 Etapas do Percurso Legislativo

A *Metódica da Legislação* é formada por regras da experiência aplicadas ao nascimento da legislação. É constituída, na verdade, por meta-normas - normas sobre a produção de normas. As principais regras que compõem o percurso de produção das leis, também denominado *iter* legislativo, incluem[42]:

i) identificação e definição de um problema cuja solução é atribuída à ação legislativa;

ii) determinação dos objetivos da legislação;

iii) definição dos meios potencialmente aptos a gerar os efeitos pretendidos pela legislação e das alternativas diversas para a solução do problema;

iv) *avaliação legislativa* prospectiva ou *ex ante*, consistente na averiguação da capacidade de os possíveis efeitos a serem produzidos pela legislação serem aptos a realizar os fins declarados ou implícitos da legislação.

---

*Legística Material.*Charles-Aubert Morand observa que "o termo Metódica da Legislação fora, entretanto, mal escolhido, porque transmitia a impressão de que a disciplina não oferecia nada além de prescrições, receitas para melhora a qualidade da legislação. O termo não valoriza devidamente os aspectos cognitivos da disciplina" (tradução nossa). MORAND, Charles-Aubert. Éléments de Légistique Formelle et Matérielle. *In*: MORAND, Charles-Aubert. **Légistique Formelle et Matérielle.** Aix-En-Provence: Presses Universitaires D´Aix Marseille, 1999, p. 18. Dessa forma, o autor considera apropriado o uso da expressão *Metódica da Legislação* apenas quando se estiver referindo aos métodos propriamente ditos da legística. Em Portugal, no entanto, o termo *Metódica da Legislação*, assim traduzido por Joaquim Gomes Canotilho, permanece sendo o mais adotado.

[41] Sem prejuízo de outras ciências oferecerem contribuições de destaque, como a economia, para a análise da eficiência, a psicologia, para o estudo dos comportamentos etc.

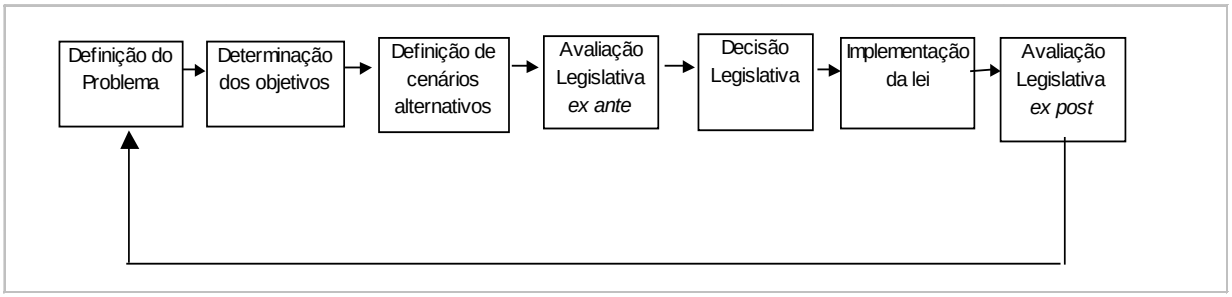
[42] A relação das principais etapas do *iter* legislativo foi extraída da leitura das seguintes obras: ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación.** Madri: Civitas, 1997, p. 64-71; MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 120-121; MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Societé**, n. 10, 1988, p. 393; MORAND, Charles-Aubert. Éléments de

v) escolha do meio ou solução legislativa que será submetida à votação;

vi) Implementação da lei;

vii) *avaliação legislativa* retrospectiva ou *ex post*, consistente no exame dos reais efeitos produzidos pela legislação e na sua comparação com os objetivos declarados ou implícitos da legislação;

viii) adaptação, se necessária, da legislação com base na *avaliação legislativa.*



Para cada uma das etapas acima indicadas, regras deverão ser observadas para que se possa atingir o resultado almejado, que é o de produzir uma legislação de melhor qualidade, viável do ponto de vista operacional e equilibrada no tocante aos interesses de seus destinatários.

A primeira etapa, que será melhor delimitada no capítulo seguinte, consiste na identificação e definição de um problema que se pretende solucionar com a edição de um ato normativo. Há que se distinguir, neste particular, o *impulso legislativo* da *competência legislativa*.[43] Embora ambos se destinem a definir o problema que receberá tratamento legislativo, o primeiro se distingue do segundo por se originar da própria sociedade, por ser provocado por pessoas, entidades ou grupos diversos, que exercem o direito de petição ou pressionam o órgão competente para a tomada da decisão legislativa. Já o órgão com

---

Légistique Formelle et Matérielle. *In*: MORAND, Charles-Aubert. **Légistique Formelle et Matérielle.** Aix-En-Provence: Presses Universitaires D´Aix Marseille, 1999, p. 17-45.

[43] A distinção entre impulso legislativo e competência legislativa será melhor explicitada no capítulo seguinte. Cf. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 30-31.

competência legislativa é aquele que exerce a iniciativa legislativa por meio de uma determinação constitucional, podendo ou não agir em consonância com o *impulso legislativo* referido.

A segunda etapa do percurso legislativo consiste na determinação dos objetivos da legislação, em que o legislador ou editor de atos normativos deverá identificar com precisão o que pretende alcançar com a medida proposta. Esta ação do percurso legislativo, cuja descrição apropriada será realizada no terceiro capítulo, condicionará as estratégias a serem adotadas em todas as etapas seguintes. Para se identificar os meios aptos a solucionar os problemas inseridos na pauta legislativa, torna-se necessário ter clareza de seus fins. A indefinição ou imprecisão nas definições dos objetivos da legislação enseja, portanto, um rompimento na racionalidade de todo o processo de elaboração normativa.

Nesta etapa será ainda necessário averiguar também a *possibilidade*, *necessidade* e *oportunidade* de um ato normativo. Por *possibilidade* entende-se a viabilidade de uma lei para solucionar problemas. Ver-se-á no terceiro capítulo que há fatores de ordem natural, econômica e jurídica que inviabilizam uma lei de solucionar certos problemas. Nestes casos, é possível identificar de antemão a incapacidade de uma lei de atingir os objetivos almejados pelo legislador. Em outras situações, a lei poderá até ser *possível*, porém não será *necessária*, em face de alternativas que permitam o alcance dos objetivos pretendidos sem a necessidade de intervenção do legislador. Por fim, uma lei poderá ser *possível*, *necessária*, porém o momento de legislar poderá não ser *oportuno*. "A *inoportunidade* decorrerá de dificuldades conjunturais insuperáveis em articular e compatibilizar os objetivos da lei com os objetivos de outras intervenções legislativas ou políticas."[44]

A terceira etapa consiste na determinação do conteúdo material da lei. O legislador se vê neste momento empenhado em eleger os instrumentos técnicos que considera mais adequados para a realização dos objetivos por ele estabelecidos. O legislador deve se perguntar, portanto, se é preferível impor uma conduta, por meio de *prescrições*, ou instituir *estímulos* que a favoreçam. O formulador da legislação deverá também se perguntar se deve proibir uma conduta de um particular, ou instituir *intervenções administrativas* que regulem sua atividade. Deverá também avaliar se um serviço deve ser desempenhado por entidade pública, ou se este poderá ser desempenhado por uma entidade privada, por meio de um

contrato administrativo ou instrumento congênere. O legislador deve ater-se também ao problema da *densidade da lei*. A lei será mais densa, quando se optar pela normatização de comportamentos de forma clara e precisa, em situações em que se prima por absoluta segurança jurídica, como no caso do direito penal. Em outras situações, a lei será mais fluida, de modo a preservar a "flexibilidade das relações jurídico-privadas ou variabilidade dos interesses públicos que à administração pública cumpre prosseguir."[45]

Nessas situações, que são meramente exemplificativas, o legislador deverá conscientizar-se acerca das vantagens e desvantagens de cada um dos instrumentos que detém a seu dispor. Obviamente, esta avaliação dos prós e contras de cada instrumento não pode vir desacompanhada de uma consideração acerca de sua inserção no ordenamento jurídico. Esta é uma das razões, inclusive, pela qual ensinamentos de *Metódica* sugerem que o legislador deva formular várias alternativas possíveis para a solução de um problema, de modo que no momento da decisão legislativa seja possível sopesar as vantagens e desvantagens de cada uma. Pode ser que uma solução jurídica tenha grandes méritos do ponto de vista operacional, porém não guarde nenhuma harmonia com o ordenamento jurídico vigente, o que poderá trazer mais prejuízos do que benefícios para a adoção dessa opção legislativa.

Charles-Albert Morand indica quatro princípios essenciais de *Metódica da Legislação* que deverão nortear a criação da norma legal. São eles:[46] (i) *princípio da igualdade*, na qual todos os destinatários das normas que se encontram em circunstâncias objetivamente idênticas devam receber igual tratamento; (ii) *princípio da adequação*, que dita uma relação de adequação, necessidade e razoabilidade da medida escolhida para se atingir os objetivos almejados; (iii) *princípio da segurança*, que estabelece um mínimo de estabilidade à lei, rechaçando, portanto, medidas como a da retroatividade normativa; (iv) *princípio da densidade suficiente*, na qual as condutas visadas devam ser suficientemente determinadas ou determináveis com base em parâmetros pré-estabelecidos.

A quarta etapa de *Metódica da Legislação* corresponde à *avaliação legislativa* prospectiva ou *ex ante*, que consiste em prever as conseqüências da lei, antes de sua entrada

---

[44] CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 34.
[45] *Idem*, p. 39.
[46] MORAND, Charles-Albert. L'évaluation legislative ou l'irrésistible ascension du quatrième pouvoir. In: DELCAMP, A.; BERGEL, Jean-Louis; DUPAS, A. (Coord). **Contrôle parlamentaire et evaluation.** Paris: La documentation française, 1995, p. 133-152.

em vigor, com o auxílio da melhor informação possível sobre os problemas que se pretende solucionar coma intervenção normativa.[47]

Historicamente, esta foi a primeira modalidade de *avaliação legislativa* utilizada na Alemanha,[48] assumindo hoje grande importância para a tomada de decisão legislativa em diversos países.[49]

Duas análises apontadas por João Caupers são essencialmente importantes para *avaliação legislativa ex ante* ou prospectiva.[50]

A primeira delas é a verificação das condições adequadas para que a lei produza seus efeitos. A lei pode freqüentemente é condição necessária, porém não suficiente, para que os objetivos estabelecidos pelo legislador sejam atingidos.

Nesse sentido, Caupers aponta três fatores que podem contribuir ou inviabilizar a produção de efeitos de uma lei: (i) a existência de recursos financeiros; (ii) infra-estrutura técnica; (iii) capacitação e treinamento dos funcionários que velarão pelo cumprimento das normas legais.

A segunda questão a ser enfrentada na *avaliação legislativa ex ante* diz respeito à antecipação das reações dos destinatários da lei. O legislador, ao instituir uma medida interventiva, terá de se perguntar se o destinatário não encontrará meios de se dissuadir do cumprimento da norma. É comum, por exemplo, o aumento de alíquotas tributárias provocar o efeito inverso do esperado: ao invés de o aumento da alíquota contribuir para uma maior arrecadação financeira, aquela pode estimular a sonegação, em razão da baixa probabilidade de se fiscalizar e sancionar o sonegador.

Uma vez concluída a avaliação legislativa retrospectiva, introduzem-se no projeto de lei as alterações que porventura esta tenha recomendado, de modo a se estabelecer um texto

---

[47] CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 41.

[48] KARPEN, Ulrich. *Avaliação legislativa* - a experiência alemã. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 11. O autor é Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade de Hamburgo.

[49] No âmbito da OCDE, a avaliação legislativa vem sendo trabalhada sob a nomenclatura *regulatory impact analysis.*

[50] CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 42-46.

final que deverá ser submetido à aprovação dos órgãos que detém competência legislativa, o que corresponde à quinta etapa do percurso de elaboração das leis.

A sexta etapa diz respeito ao que se denomina *implementação da lei*. A expressão *implementação da lei* não é auto-evidente, sobretudo para os não iniciados em *Metódica da Legislação*. Uma primeira observação, nesse sentido, é a de que *implementação da lei* não se confunde com *promulgação da lei*, já que não possui viés dogmático-constitucinal.

Por *implementação da lei* entende-se um conjunto de ações destinadas a motivar os destinatários da lei a obedecer-lhe. João Caupers observa que é muito comum uma lei nova necessitar de implementação por parte de uma entidade pública, já existente ou instituída pela própria lei.[51] Em outras situações, a nova lei exigirá, como condição de implementação, agentes com preparação técnica específica. Por fim, dentro do escopo da *implementação da lei* encontra-se também as ações de *marketing* visando a persuadir os destinatários da norma de sua importância e vantagens em observá-la.[52]

Concluídas as etapas acima descritas, é preciso que haja um controle da qualidade da lei que já se encontra em vigor, em que se procurará identificar: (i) se a norma produziu os efeitos pretendidos pelo legislador; : (ii) se os objetivos previstos para a legislação foram atingidos total ou parcialmente; (iii) se foram produzidos outros efeitos, não previstos e nem pretendidos; (iii) as causas determinantes da produção dos efeitos não esperados.

Este controle recebe a denominação de *avaliação legislativa retrospectiva* ou *ex post.*

Para que a *avaliação legislativa retrospectiva* possa identificar as respostas para as questões acima mencionadas, João Caupers ressalta a necessidade de que sejam realizadas análises comparativas: (i) entre o que deveria ter acontecido - para que os objetivos fixados tivessem sido atingidos - e o que realmente aconteceu; (ii) entre a situação anterior à data da entrada em vigor da norma e a situação atual.[53]

Note-se que a *avaliação legislativa* pode se restringir em identificar se os efeitos da legislação foram ou não atingidos - o que demandará uma análise de sua *eficácia* e *efetividade*

---

[51] Cf. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 48.
[52] *Idem*, p. 48-49.

- bem como poderá mapear todas as conseqüências decorrentes da aplicação de um determinado instrumento normativo - o que implicará uma avaliação de seu *impacto*.

Descritas todas as etapas do processo de elaboração legislativa, observa-se que a *avaliação legislativa* faz parte e depende de toda essa engrenagem construída pela *Metódica da Legislação.* Para que a *avaliação legislativa* cumpra seus objetivos, consistentes em analisar os efeitos e os impactos produzidos pela legislação, é preciso que sejam conhecidos os objetivos de uma lei, os problemas que esta pretende solucionar, e os meios escolhidos para que tais finalidades sejam alcançadas.

1.2.2 Racionalidade da *Metódica da Legislação*

Cada uma das etapas acima descritas comporta uma série de regras e de princípios cuja racionalidade se distancia daquela aplicável às regras e princípios da ciência jurídica. A racionalidade do direito seria pressuposta, ou seja, a lei é considerada racional desde que decorra de um modelo lógico-pressuposto. Para a *Metódica da Legislação*, no entanto, não basta que a lei tenha sido elaborada mediante regras de processo legislativo e que se coadune com os princípios e regras do ordenamento jurídico. A lei, para ser considerada legítima, tem de servir, de fato, aos propósitos para os quais foi elaborada.

As regras de *Metódica da Legislação*, dessa forma, assumem uma função eminentemente instrumental. Toda elaboração ou adequação de conteúdo a ser aplicada em qualquer uma das etapas do *iter* legislativo acima descrito deve, tão somente, garantir que a legislação que se pretenda elaborar ou revisar constitua meio adequado para a realização de certas finalidades.

Nesse sentido, a *avaliação legislativa retrospectiva* constitui a "trave mestra do movimento de racionalização"[54] do fenômeno legislativo, a peça principal do modelo analítico oferecido pela *Legística Material*, já que esta é indispensável para se averiguar se uma lei produz, de fato, seus efeitos, e se, portanto, pode ser considerada legítima.

---

[53] Cf. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 48.

[54] CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, n. 3, jan-mar., 1992, p. 18.

Não cabe, dentro do escopo dessa disciplina, avaliar se os fins declarados ou implícitos de uma determinada legislação são bons ou ruins. Exemplo emblemático[55] é o da lei que tenha sido editada apenas para uso simbólico, ou seja, que possua finalidade (implícita) de que seus destinatários não cumpram a conduta prescrita[56]. Sob a perspectiva estritamente instrumental, o uso simbólico da lei não é *per se* irracional. Irracional, sob essa ótica, seria o cumprimento pelos destinatários de uma norma que tenha sido editada com a finalidade - reitera-se, implícita - de que a norma não seja cumprida, e que, portanto, não exerça nenhum tipo de controle ou transformação social.

Na tentativa de desmistificar as vozes que procuram desqualificar a racionalidade instrumental das etapas de elaboração das leis, que denunciam um caráter perverso das técnicas legislativas, Manuel Atienza oferece uma visão abrangente da teoria da legislação, em que o processo de elaboração legislativa seria, em última instância, testado em um nível de racionalidade material - e não mais instrumental - a lhes garantir fundamento ético.[57]

Sendo assim, após definidos os problemas e os meios aptos a solucioná-los por meio da edição de uma determinada lei, há que se perguntar se tal instrumento normativo, cuja necessidade se reconhece, é justo, "procedendo a uma composição equilibrada dos interesses em jogo".[58]

O autor observa, no entanto, que este nível de racionalidade da teoria da legislação cumpre uma função mais negativa do que construtiva, na medida que a racionalidade ética, diferentemente das demais racionalidades, não se vale de nenhuma técnica legislativa específica, como se observa do texto transcrito, *in verbis*:

> A racionalidade ética – à diferença de outros níveis de racionalidade – não gera nenhuma técnica legislativa específica: não há nenhum procedimento para atingir, com o apoio das leis, a liberdade, a igualdade e a justiça fora das técnicas de caráter eminentemente instrumental. O único instrumento de que dispõe a ética é um discurso moral, mas justamente se trata de um instrumento

[55] ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación.** Madri: Civitas, 1997, p. 44.
[56] Um exemplo de lei cujos efeitos almejados pelo legislador são inteiramente simbólicos é a norma constitucional sobre o salário mínimo, cujo valor teria de atender às necessidades sociais vitais do trabalhador e de sua família com moradia, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. (Art. 7º, IV da CF). Este comando normativo tem um significado simbólico importante, que é o de *garantir* o salário mínimo pela Constituição Federal.
[57] ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación.** Madri: Civitas, 1997, p. 39-40.
[58] Canotilho também incluiu no âmbito da metódica da legislação a análise da justiça da decisão legislativa antes que esta seja concluída. Cf. CANOTILHO, Joaquim Gomes. Os impulsos modernos para uma teoria da legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, n. 1, abr-jun. 1991, p.7-14.

> que se desnaturaliza se for utilizado para obter finalidades (fins perlocucionários) que vão além do próprio discurso (tradução nossa)[59].

Dessa forma, ao contrário do observado em cada etapa do processo de elaboração legislativa acima referido, que desenvolveu metodologia própria consistente num conjunto de técnicas a serem oportunamente descritas neste trabalho[60], não há técnica ou caminho a ser percorrido para que os fins preconizados pela legislação justifiquem-se eticamente. Caberá ao legislador, portanto, apenas verificar se os fins que atribuiu à legislação não são imorais ou ilegítimos em face de determinada teoria ética.

1.3 A Avaliação legislativa Retrospectiva

Embora a *avaliação legislativa*, conforme já observado, esteja intimamente relacionada com as outras etapas do processo metódico de elaboração das leis, esta tem recebido, nas últimas duas décadas, *status* de uma disciplina autônoma[61].

Serão apresentados, a seguir, os principais temas concernentes a esta disciplina.

1.3.1 Tipos de *Avaliação Legislativa*

A *avaliação legislativa*, conforme já antecipado, pode ser empreendida para identificar tanto os *efeitos* quanto os *impactos* decorrentes da aplicação de uma legislação.

Por *efeitos*, entende-se aqui somente as conseqüências pretendidas pelo legislador, ao passo que os *impactos* representam todas as conseqüências decorrentes da aplicação de uma legislação, ainda que não previstas ou pretendidas por quem a formulou.

No tocante aos *efeitos* da legislação, este pode ser avaliado sobre três critérios específicos - a efetividade, eficácia e a eficiência.

---

[59] *Idem, ibidem*, p. 39-40.
[60] As principais técnicas aplicáveis em momentos outros que não o da etapa da *avaliação legislativa* prospectiva ou *ex post* serão (sucintamente) descritas apenas quando forem úteis para ampliar a compreensão desta.
[61] O trabalho MADER, Luzius. **Lévaluation législative.** Pour une analyse empirique des effets de la legislation. Lausanne: Payot, 1985, é uma obra que difundiu a *avaliação legislativa* como objeto do conhecimento até hoje é tida como uma referência sobre a matéria.

A efetividade ou eficácia social constitui a observância dos destinatários de uma determinada norma ao comportamento esperado pelo legislador. Mader[62] salienta que no exame de efetividade de uma norma duas questões necessitam ser respondidas: 1) se, do ponto de vista externo, os destinatários se comportam de acordo com o esperado pelo legislador; 2) se o comportamento dos destinatários pode, de fato, ser atribuído à norma avaliada.

Observa-se que a efetividade ou eficácia social não equivale necessariamente à obediência do destinatário da lei ao enunciado da norma. "A obediência é um critério importante para o reconhecimento da efetividade, mas esta não se reduz à obediência."[63] Nas normas de efeitos simbólicos, é comum não se esperar a obediência do destinatário à norma. A conduta esperada pelo legislador, nesses casos, é a da não obediência ao conteúdo normativo. Levando-se em conta a função instrumental acima assinalada, a não obediência a uma norma de objetivos meramente simbólicos é considerada, dessarte, efetiva.

Já a eficácia técnica corresponde à aptidão de uma determinada lei para atingir as finalidades que prescreve[64]. Trata-se de um problema pré-jurídico[65], já que depende da capacidade do legislador, que deverá formular proposições aptas a atingir os objetivos pretendidos. Como conseqüência prática dessa afirmação, observa-se que se os objetivos de uma lei não estiverem claramente definidos, torna-se impossível avaliar a eficácia de uma legislação. Tais objetivos, no entanto, não precisam estar necessariamente previstos na própria norma, podendo ser identificados no prêambulo de uma lei, na exposição de motivos do projeto legislativo ou até mesmo nos debates parlamentares antecedentes a sua votação.

Observa-se que a efetividade não corresponde necessariamente a uma garantia da eficácia técnica. A efetividade, segundo Mader, apenas garantirá a realização da eficácia se a observância à norma realmente conduzir à realização dos objetivos estabelecidos pelo legislador. Observa-se, no entanto, que embora a efetividade não corresponda

---

[62] MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 124.

[63] FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 198.

[64] Observa-se que a eficácia técnica aqui delimitada transcende à visão estritamente normativista, "definida como o poder de produção de efeitos jurídicos concretos na regulação de situações, relações e comportamentos previstos pelos códigos e leis vigentes". FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 123. Sob a visão estritamente normativista, a "aptidão" de uma lei à produção das finalidades que prescreve coincidiria com a análise jurídico-formal da lei, ou seja, se esta é capaz de produzir seus efeitos na medida que se encontra formalmente válida e em harmonia com o sistema jurídico no qual está inserida.

[65] CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação." **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 56.

necessariamente a uma garantia da eficácia, aquela representa um fator condicionante desta, uma vez que a realização dos objetivos de uma norma pode decorrer de outros fatores que não a obediência à legislação, situação esta em que uma lei jamais poderá ser considerada eficaz.[66]

Para ilustrar as dimensões da efetividade e eficácia, menciona-se o exemplo de uma lei que obrigue todos os motoristas a utilizarem cinto de segurança com o objetivo de reduzir o número de acidentes de trânsito. Se puder-se afirmar, com certo grau de confiabilidade, que a maioria dos motoristas usa o cinto de segurança porque há uma norma que os obriga a tal conduta, esta norma será considerada efetiva. Por sua vez, se houver evidências que comprovem que o uso de cinto de segurança reduz o número de acidentes de trânsito, então a mesma norma poderá ser considerada eficaz. Observa-se que, neste exemplo, caso houvesse uma redução no número de acidentes de trânsito que não fosse atribuída ao uso do cinto de segurança, a lei em exame não seria efetiva, tampouco eficaz.

Um outro exemplo fornecido por João Caupers[67] diz respeito a uma lei que tenha estipulado o uso obrigatório do capacete para motoristas e passageiros que trafegam em rodovias, visando a reduzir o número de mortes por traumatismo craniano nos acidentes por choque de veículos. Se a lei conseguir generalizar o uso dos capacetes entre condutores, está será considerada efetiva. Se, no entanto, as estatísticas comprovarem que não obstante os motoristas tenham passado a utilizar o capacete, o número de fatalidades causadas por traumatismo craniano não diminuiu, esta lei será então ineficaz.

Costuma-se também definir como critério de avaliação dos efeitos da legislação a eficiência. A eficiência constitui a relação entre os "custos" e os "benefícios" de uma legislação. Segundo Mader, todos os efeitos produzidos pela legislação que forem compatíveis com seus respectivos objetivos podem ser considerados benefícios. A avaliação da *Ciência da legislação* leva em conta, portanto, todos os custos[68] empreendidos para que a legislação atinja seus objetivos. O autor ainda observa que a avaliação dos custos e benefícios de uma legislação pode ser empreendida sob uma ótica interna, em que se avalia os sacrifícios a que será submetido o legislador ou o poder público para editar determinada norma, mas

---

[66] MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 125.

[67] CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação." **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 54-55.

[68] Os custos assumem aqui uma dimensão abrangente, que não só abrange fatores materiais, mas também inconveniências de caráter emocional ou psicológico.

também é possível levar em consideração sua dimensão externa, com foco nas inconveniências a serem suportadas pelos destinatários das leis.[69]

Observa-se, ainda, que a eficiência não incide apenas sobre o conteúdo da legislação, não sendo, portanto, um critério exclusivo da *avaliação legislativa*. A esse respeito, Manuel Atienza esclarece que:

> mesmo no nível de racionalidade lingüística, pode haver situações em que o empenho pela clareza e precisão no texto normativo deve ser feito até determinado ponto, ou seja, não deve ser empreendido quando "o ´benefício´ que se supõe com um incremento da precisão lingüística não compensa o ´custo´ no que diz respeito à extensão da lei, ao tempo empregado em sua redação etc (tradução nossa).[70]

A tipologia dos efeitos da legislação os distingue em diferentes categorias, classificando-os como declarados e não declarados, expressos e implícitos, desejados e não desejados, previstos e não previstos, benéficos e prejudiciais, diretos e indiretos, imediatos e atrasados etc.

Veja-se um exemplo fornecido por Atienza. Uma lei, ao regular a estrutura administrativa de uma Universidade, dispõe que o Conselho de Administração desta seja composto por um elevado número de funcionários. Não sendo possível cumprir o *quorum* para as reuniões, os funcionários passam a deliberar em caráter extraordinário, em instâncias com poucos participantes, de forma antidemocrática. Neste caso, verifica-se que os efeitos **não declarados** e **não desejados** pelo legislador ocasionaram conseqüências **prejudiciais** à coletividade.[71]

Quando a *avaliação legislativa* estiver centrada na reconstituição de todos os efeitos produzidos por uma lei, inclusive aqueles não previstos pelo legislador, estar-se-á diante de uma avaliação de *impactos* da lei. A *avaliação legislativa* de *impacto* leva em conta, portanto, outros fenômenos não previstos que podem ter sido impulsionados pela legislação. Numa avaliação de *impacto*, não basta ao avaliador mediar os graus de eficácia, efetividade e eficiência de uma lei. No exemplo dado acima, suponha-se que a lei que instituiu a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança tenha, inesperadamente, estimulado motoristas e pedestres a circularem em maior velocidade e que, por conseqüência, tenha ocorrido um

---

[69] MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 125.
[70] ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación.** Madri: Civitas, 1997, p. 93.
[71] ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación.** Madri: Civitas, 1997, p. 46-47.

aumento de atropelamentos de ciclistas e pedestres. Este efeito, por ser destoante das expectativas do legislador, recebe a nomenclatura de *impacto.*[72]

Observa-se, ademais, que nem sempre os impactos serão prejudiciais aos destinatários de uma lei. É possível que uma legislação produza outros efeitos que, embora não esperados pelo legislador, possam ser benéficos para a sociedade. Este é o caso, por exemplo, de um programa de renda mínima instituído por lei, que tenha por efeitos, além da diminuição da pobreza e desigualdade social, o fortalecimento das relações econômicas numa determinada região.

É preciso, na avaliação dos *impactos* de uma legislação, assim como na avaliação dos *efeitos*, identificar se as conseqüências atribuídas à lei decorrem realmente de sua aplicação. Obviamente, esta análise se situará no domínio da probabilidade ou da plausibilidade, e não da certeza inerente às ciências exatas, de modo que sempre haverá um risco de que os comportamentos atribuídos à lei não tenham sido provocados por ela.[73]

Ambas as modalidades de *avaliação legislativa* - a dos *efeitos* e a dos *impactos* - comporta uma avaliação mais restrita e outra mais abrangente. Numa acepção mais restrita, a avaliação pode se restringir a *descrever* e *mensurar* os efeitos e os impactos de uma legislação. Numa concepção mais alargada, caberá ao avaliador *explicar* os efeitos e os impactos da legislação, reconstruindo os motivos pelos quais estes foram provocados.

1.3.2 *Avaliação Legislativa* e *funções eficaciais* das normas

O ato de avaliar, independentemente do seu objeto, pressupõe um ponto de referência, um modelo para que se possa atribuir um valor ao que está sendo avaliado.

Por tudo o que já foi observado, percebe-se que este ponto de referência diz respeito aos objetivos normativos. Sem conhecer os objetivos de uma legislação, não há como

---

[72] Na Suíça, país em que o nível de institucionalização da *avaliação legislativa* encontra-se avançado, os projetos de lei devem ser acompanhados de uma apresentação dos objetivos da lei, que enunciem não só os efeitos desejados, mas também outros efeitos que porventura possam ser provocados pela aplicação da legislação. A esse respeito, cf. MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 143.

[73] Cf. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação." **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 53-54.

identificar aqueles efeitos que lhe são inerentes, e, por conseqüência, torna-se impossível afirmar se esta se revela ou não eficaz.

Os objetivos normativos podem também receber a denominação de *função eficacial* da norma. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr. identifica três *funções eficaciais* principais de uma norma: (i) a *função bloqueio*; (ii) a *função de programa*; (iii) e a *função de resguardo*.[74]

A *função bloqueio* possui o sentido de impedir ou cercear condutas indesejáveis, ao passo que a *função de resguardo* equivale a assegurar uma conduta desejada. A *função de programa*, por sua vez, identifica-se com a realização de um objetivo, que funciona como um "telos programático".

As normas jurídicas podem assumir simultaneamente as funções acima indicadas, já que estas constituem tipos idealizados. É comum, no entanto, que uma *função eficacial* prevaleça sobre as demais. É nesse sentido que uma determinada *função eficacial* pode ser tanto *primária*, no sentido de principal, ou *secundária*, ocupando posição subsidiária.

Exemplo de norma cuja *função bloqueio* é *primária* é a norma penal, que tem por função principal coibir condutas consideradas socialmente ofensivas. Já a norma que garante o direito de exclusividade do autor de utilização, publicação e reprodução de suas obras tem como *função primária* o *resguardo*, ao passo que a *função de bloqueio* - no sentido de proibir a utilização de obra alheia sem a autorização do autor - revela-se *secundária*. Por sua vez, a norma constitucional que estabelece que o Estado apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais possui claramente a *função de programa*.

Feitas essas observações, é possível afirmar que as normas podem ser consideradas mais ou menos vocacionadas para a *avaliação legislativa*, dependendo dos seus objetivos ou *funções eficaciais*. Para Delley[75], os fins das regulamentações de *conduta* ou *resguardo* não se prestam a avaliações sistemáticas, porque os objetivos de sua regulamentação não têm vocação para ser formulados.

---

[74] FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 199-200.

[75] 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, p 94.

O mesmo autor observa, no entanto, que mesmo normas com *função de programa* podem possuir finalidades tão genéricas - e portanto incompreensíveis - quanto as expressas nos códigos ou regulamentações de conduta. Para identificar seus objetivos será necessário, muitas vezes, revisar toda a legislação até seu último nível hierárquico.[76]

1.3.3 *Avaliação legislativa* e alcance dos seus resultados

Analisar as causas dos comportamentos dos destinatários das normas é das tarefas mais complexas, podendo-se afirmar que, por estar se tratando de fenômenos sociais, não se pode chegar a conclusões absolutas e inequívocas, e sim a apenas probabilidades acerca do nexo de causalidade existente entre os objetivos declarados no enunciado normativo e os efeitos produzidos pela legislação.

Além disso, independentemente da escassez de tempo e de recursos, a avaliação revela-se incompleta muitas vezes porque alguns dados que lhe seriam essenciais não estão disponíveis, por não se encontrarem os métodos analíticos necessários à sua obtenção plenamente desenvolvidas.

Mader é enfático ao afirmar que isso não diminui a importância ou mesmo a necessidade da avaliação. O objetivo da *avaliação legislativa*, nesse contexto, seria o de assegurar:

> (1) que as relações causais subjacentes à ação legislativa tornem-se mais evidentes e diferenciadas quanto for possível quando novas iniciativas legislativas forem preparadas;
> (2) que elas se fundamentem na melhor base teórica possível e na informação mais confiável que esteja disponível;
> (3) que sua consistência seja examinada depois que a legislação entre em vigor.[77] (tradução nossa)

Observa-se, da exposição dos elementos acima, que a *avaliação legislativa* não necessariamente oferecerá medidas rigorosas de eficácia e de eficiência, mas procurará evidenciar, da maneira mais consistente e confiável possível, as relações causais subjacentes à ação legislativa, que representam, em essência, as finalidades que podem intervir na elaboração e na aplicação de uma determinada lei, bem como os fenômenos que, previstos ou imprevistos pelo legislador, poderão ter sido impulsionados por uma determinada legislação.

---

[76] 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., p. 98.
[77] MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 122-123.

Ainda acerca do alcance dos resultados produzidos pela *avaliação legislativa*, é preciso distinguir dois tipos principais de avaliação *ex post*: as *avaliações legislativas* sistemáticas e as *avaliações legislativas* subjetivas.

> Numa avaliação sistemática, o processo de observação e a avaliação dos efeitos da legislação ocorre através de meios de investigação científica. Nas avaliações subjetivas, os métodos utilizados na investigação e avaliação dos efeitos não são os primeiramente científicos (empíricos); são antes métodos de observação.[78]

A *avaliação legislativa* subjetiva, conforme depreende-se da afirmação supra, não tem a pretensão de oferecer explicações suficientes para que se proceda a uma alteração do texto legislativo com vistas ao seu aprimoramento.

Já a *avaliação legislativa* sistemática pode eventualmente produzir resultados, de cunho descritivo ou explicativo, que conduzam a uma melhoria da legislação.

Independentemente do alcance dos resultados da *avaliação legislativa*, observa-se que as avaliações podem ser tanto de tipo descritivo quanto explicativo. As avaliações de cunho descritivo voltam-se exclusivamente para a explicação das relações causais entre efeitos da lei e intenções do legislador. As avaliações de cunho explicativo, por sua vez, têm abrangência mais ampla, pois não só descrevem tais relações causais, mas também oferecem explicações para os fenômenos observados. Conforme observado no item anterior, a avaliação de cunho explicativo assume suma importância quando o nexo de causalidade entre efeitos produzidos pela lei e as intenções do legislador revelar-se inesperado.

É comum, no entanto, observar que os resultados provenientes da utilização da *avaliação legislativa* raramente serão conclusivos no sentido de se corrigir ou revisar a legislação. Isso não elimina, no entanto, a importância da *avaliação legislativa*. Sua maior contribuição talvez não esteja centrada na correção das leis existentes, mas na solução dos problemas relacionados com a real prática de sua aplicação.

---

[78] VOERMANS, Wim. Avaliação da legislação nos Países Baixos. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 65.

1.3.4 Planejamento da *Avaliação legislativa*

Conforme observado anteriormente, a *avaliação legislativa* nem sempre será realizada a partir das medidas mais rigorosas de análise científica, pois estas muitas vezes demandam tempo e esforço excessivo, ultrapassando os limites materiais disponíveis ao legista.

A *avaliação legislativa*, no entanto, já terá inegável valor se tiver como fundamento as mais acuradas e confiáveis experiências, informações e conhecimentos teóricos que estiverem à disposição do avaliador.

As técnicas aplicáveis à *avaliação legislativa* variam conforme a modalidade de avaliação que se queira realizar (*ex ante* e *ex post*) as circunstâncias de cada caso concreto e, principalmente, o grau de plausibilidade e confiabilidade dos resultados[79].

Demais disso, a *avaliação legislativa* não depende necessariamente de uma análise propriamente científica, havendo situações em que uma intuitiva avaliação de caráter político, assentada no uso sistematizado de conhecimento prático e experiência disponível internamente às instâncias administrativas, se faz suficiente.[80]

Tanto para a avaliação *ex ante* como para a *ex post* existe uma variedade de técnicas de pesquisa, provenientes das ciências sociais, que podem ser construídas a partir do uso isolado ou combinado de métodos e estratégias destinados a analisar os efeitos de uma legislação.

Embora a *avaliação legislativa ex ante* apresente diferenças cruciais em métodos e técnicas em relação à *avaliação legislativa ex post*, a complementariedade entre ambas é fator inegável. Mader observa que os esforços para se avaliar metodologicamente os possíveis efeitos de uma legislação antes do início da sua vigência podem facilitar consideravelmente a *avaliação legislativa ex post*, já que esta poderá se valer de informação muito mais consistente e confiável acerca dos objetivos inerentes à legislação a ser retrospectivamente avaliada. Sob essa perspectiva, o legislador deve, ao empreender a *avaliação legislativa ex ante*, verificar se o texto que pretende elaborar deixará claro, para fins de *avaliação legislativa ex post*, o objetivo esperado e os efeitos que o ato normativo possa ter. Por outro

---

[79] MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 126.
[80] MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 200, p. 126.

lado, uma boa avaliação retrospectiva poderá fornecer bases mais sólidas para a avaliação prospectiva sempre que aquela produzir resultados que confirmem a necessidade de uma revisão da legislação.[81]

A *avaliação legislativa ex ante* utiliza-se de diversas técnicas como simulações, antecipação de efeitos, análise de sistemas, reprodução de ambientes etc.[82] Embora esta não constitua o foco central do presente trabalho, cabe mencionar alguns exemplos de aplicação dessas técnicas.

Um deles é a aplicação do *Business Effects Test* ("BET") nos projetos de lei que versam sobre o setor empresarial. O BET é um instrumento concebido sob a forma de questionário cujas principais questões destinam-se a avaliar os efeitos, sobretudo os não intencionais, dos projetos legislativos para as empresas. Cada país que utiliza o BET se vale de uma lista de verificação, consistente de um conjunto de problemáticas de natureza permanente que dão forma e conteúdo a toda e qualquer avaliação de projetos de leis para empresas. À título de exemplo, nas recomendações do Ministério de Assuntos Econômicos dos Países Baixos concernentes à aplicação do BET, solicita-se que o legislador leve em consideração na avaliação dos efeitos da legislação os seguintes temas constantes da lista de verificação:

> 1) Em que setores empresariais é que o projeto legislativo poderá ter efeitos?
> 2) Qual o número efetivo de empresas?
> 3) Qual a natureza e escala mais prováveis dos custos e benefícios do projeto legislativo para as empresas em questão? (...)
> 4) Como é que os custos e benefícios do projeto legislativo se poderão comparar com os recursos das empresas em questão?
> 5) Em termos de legislação nos diferentes domínios, qual é a posição dos países considerados concorrentes das empresas holandesas em questão? (Teste estrangeiro)
> 6) Quais as conseqüências do projeto legislativo para o funcionamento do mercado?
> 7) Quais os efeitos socioeconômicos do projeto legislativo (emprego, produção etc.)?[83]

Segundo diretrizes do referido órgão ministerial, "quanto maior for a magnitude dos efeitos intencionais sobre as empresas e o desenvolvimento socioeconômico, mais rigorosos

---

[81] *Idem*, p. 123.
[82] *Idem*, p. 126.
[83] Cf. PAÍSES BAIXOS. Ministério de Assuntos Econômicos. Lista de Verificação do BET. Haia, set. 1995.

serão os requisitos dos testes"[84]. Nessa esteira, nem todo o projeto legislativo que verse sobre empresas deve ser submetido à *avaliação legislativa*, do mesmo modo que nem toda a *avaliação legislativa* deverá ser realizada com a mesma extensão e profundidade.

Outra técnica de *avaliação legislativa ex ante* é a simulação de uma lei a partir da construção de uma espécie de ambiente laboratorial ou de ensaio. Ulrich Karpen relata um exemplo interessante, em que o governo alemão procurou reproduzir o contexto, da forma mais precisa possível, em que funcionaria uma nova lei sobre processo civil. O ambiente laboratorial foi construído no Estado alemão do Reno-Vestefália, em que vários casos foram processados de acordo com as propostas de alteração à legislação no que tange à reorganização das instâncias dos tribunais. O resultado dessa simulação foi conclusivo no sentido de que a nova lei sobre processo civil poderia originar encargos mais elevados do que a lei anterior. [85]

Outra possibilidade é o teste num ambiente de ensaio mais natural, em que "a lei é submetida a uma experiência de aplicação numa situação real, por um determinado período de tempo, durante a fase preparatória."[86] Nesta situação, a íntegra ou um determinado excerto da lei, com a formulação exata que terá após sua aprovação pelo poder legislativo, é "experimentada" durante um período determinado.

A esse respeito, Jean Carbonnier observou que:

> A experimentação legislativa está em antinomia com a noção clássica de lei, norma permanente e geral. Aqui, a lei encontra-se afetada de antemão por uma possibilidade de variação e, muitas vezes, é experimentada só numa parte do território, o que permitirá comparar os seus efeitos com os do direito não reformado que continuou, por hipótese, a reger o resto do país. Só se deve, aliás, falar de experimentação legislativa quando exista da parte do legislador uma intenção científica.[87]

---

[84] Cf. PAÍSES BAIXOS. Ministério de Assuntos Econômicos. Lista de Verificação do BET. Haia, set. 1995. *In:* **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 84.

[85] KARPEN, Ulrich. *Avaliação legislativa* - a experiência alemã. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 11-12.

[86] VOERMANS, Wim. Avaliação da legislação nos Países Baixos. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 64-65.

[87] Tradução de Diogo Leite de Campos. **Sociologia Jurídica.** Coimbra: Almedina, 1979, p. 358 O autor menciona inclusive exemplos de legislação experimental realizadas no século XVIII. Um deles, inclusive, consiste na abolição da pena de morte ocorrida na Inglaterra a título experimental, em que uma lei de 1965 suspendia a pena de morte até 31 de julho de 1970, data designada para o Parlamento decidir entre a manutenção da medida ou o regresso ao sistema anterior. CARBONNIER, Jean. *Idem*, p. 360.

O uso da legislação experimental, no entanto, é mais comumente adotado na *avaliação legislativa ex post*. Dessa forma, a lei ou parte dela[88] é editada com o propósito de permanecer em vigor por um período limitado, no qual será submetida à *avaliação legislativa ex post*. Mader observa que a *legislação experimental* deve obedecer aos seguintes requisitos:[89]

a) deve ser limitada no tempo;
b) deve expor claramente o seu propósito;
c) deve especificar os fins da ação legislativa planejada;
d) deve indicar os critérios utilizados para avaliar se as provisões adotadas por um período temporário são apropriadas;
e) deve especificar os dados a serem coletados e as responsabilidades pela coleta dos dados e avaliação dos resultados.

À título ilustrativo sobre a legislação experimental, menciona-se o Código de Procedimento Administrativo aprovado em Portugal por força do Decreto-Lei n. 442/91. O referido diploma legal previa um período experimental de três anos de experiência ao Código, findo o qual este deveria ser obrigatoriamente revisto. O processo de revisão do código, que culminaria na edição de um novo Decreto-Lei[90], contemplou estudo de *avaliação legislativa* realizado pelo Instituto Nacional de Administração ("INA")[91]. O referido estudo, de caráter multidisciplinar, mas sobretudo apoiado em referenciais teóricos oriundos da Sociologia do Direito, teve como objetivo fundamental avaliar os efeitos das normas no tocante ao seu cumprimento (efetividade) e aos impactos decorrentes de sua aplicação. O Código de Procedimento Administrativo foi submetido, posteriormente, a novo processo de avaliação, que não pôde ser concluído devido a limitações de tempo impostas pelas instâncias políticas[92].

---

[88] Denomina-se legislação experimental *global* aquela submetida, na integralidade, à *avaliação legislativa*. Cf. ALMEIDA, Marta Tavares. Avaliação da legislação em Portugal. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 98.

[89] MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 123-124.

[90] Decreto-Lei n. 6, de 31 de janeiro de 1996.

[91] O INA é uma instituição independente que tem como missão auxiliar o Estado português na modernização da Administração Pública, o que o faz por meio de diversas ações, dentre as quais a promoção de estudos visando o aprimoramento da qualidade legislativa. Esta competência esta prevista nos seguintes dispositivos do Decreto-Lei nº 144/92, que define a estrutura orgânica do INA: "Art. 2º. Atribuições e Competências. 1 - O INA tem por missão fundamental contribuir, através da formação, da investigação científica e da assessoria técnica, para a modernização da Administração Pública e para a qualificação e actualização de seus funcionários. 2 - Para efeitos do número anterior, compete em especial ao INA: (..) c) Conduzir a investigação aplicada no domínio da ciência da administração, dos assuntos europeus e da **Ciência de Legislação**."

[92] O relatório da primeira revisão foi publicado em CAUPERS, João; ALMEIDA, Marta Tavares; GUIBENTIF, Pierre. Efeitos de algumas normas do Código de Procedimento Administrativo: estudo de caso em *avaliação legislativa*. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 12, jan-mar. 1995, p. 5-48. Já o relatório da segunda revisão, realizada no segundo semestre de 2001, encontra-se publicado em ALMEIDA, Marta Tavares; BARROS, Pedro Pita; GAROUPA, Nuno. *Avaliação legislativa* do CPA. Deferimento Tácito (art. 108). **Cadernos de Ciência de Legislação**, n. 30/31, jan-jun., 2002, p. 191-226.

Outro exemplo recorrentemente mencionado é o da legislação experimental suíça sobre a melhoria das condições de vida dos toxiodependentes, que prevê, no quadro de um conjunto de investigações científicas implementadas para a revisão da Lei de Tóxicos, a prescrição de heroína e outras drogas pesadas aos viciados. Luzius Mader observa que "este exemplo revela os traços distintivos essenciais de uma legislação experimental genuína. Neste sentido, é exemplar. Tendo em conta que aborda uma área tão delicada e um problema que é tema de debate altamente controverso."[93]

A *avaliação legislativa ex post* apoiar-se-á nas técnicas de pesquisa conhecidas de todo o cientista social, como entrevistas, experimentos, análise de documentos, estudos estatísticos, enfim, todos as ferramentas de pesquisa social que possam ser úteis para identificar e explicar as causas dos efeitos e impactos de uma lei.

No tocante às estratégias de pesquisa que conduzirão o uso das referidas técnicas, observa-se que estas deverão se adequar aos propósitos da *avaliação legislativa* que se pretenda realizar.

Segundo Robert K. Yin, a principal questão a ser levada em consideração na adoção de uma determinada estratégia de pesquisa consiste no tipo de questão de pesquisa proposta.[94]

Para uma *avaliação legislativa* em que se pretende *quantificar* os efeitos de uma determinada lei, ou identificar *quais* foram os impactos de sua incidência, as estratégias de pesquisa mais favoráveis consistem no *levantamento de dados* ou na *análise de arquivos*.[95]

Para uma *avaliação legislativa* que pretenda *explicar* o "porquê" das conseqüências produzidas por uma lei, em que o objetivo é produzir generalizações analíticas ao invés de generalizações estatísticas, o *estudo de caso* e o *experimento* se revelam estratégias de pesquisa adequadas.

---

[93] Cf. MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 147.
[94] YIN, Robert K. **Estudo de Caso.** Planejamento e Métodos. 3.ed. Porto Alegre: Bookman, 2005, p. 24.
[95] À título de exemplo, menciona-se *a avaliação legislativa* de *impacto* de um determinado comando do Código de Procedimento Administrativo de Portugal. O instituto avaliado previa o "deferimento tácito" de pleito de administrado em situação na qual a Administração Pública não ofereça nenhuma resposta após o decurso de certo prazo. Para avaliar se o instituto do deferimento tácito deveria ou não ser revogado, levando em consideração sua finalidade, que é a de garantir maior proteção dos direitos dos particulares na sua relação com a Administração Pública, procedeu-se a um *levantamento de dados* e a uma *análise de documentos* que permitisse avaliar os efeitos reais de sua aplicação.

Observa-se, ainda, que em um estudo exploratório, em que se pretende aperfeiçoar hipóteses e proposições pertinentes a inquirições adicionais, todas as estratégias de pesquisa poderão ser úteis, incluindo a escolhida para esta pesquisa, consistente no *estudo de caso.*[96]

Segundo Yin, o estudo de caso "é a estratégia escolhida ao se examinarem acontecimentos contemporâneos, mas quando não se podem manipular comportamentos relevantes."[97] Para tanto, o estudo de caso pode se valer de várias técnicas simultaneamente, como análise de documentos primários e secundários, artefatos físicos e culturais, observação direta dos acontecimentos e realização de entrevistas.

O presente estudo de caso, como será visto, privilegiará a análise de documentos primários e secundários e a realização de entrevistas.

1.3.5 Experiências de institucionalização da *Avaliação legislativa*

Diversos países têm se empenhado em prever a adoção da *avaliação legislativa* como atividade essencial do processo de elaboração das leis.

A institucionalização da *avaliação legislativa* pode se dar de diferentes formas. Em raras situações, a *avaliação legislativa* está prevista na Constituição ou em outras leis como uma obrigação imputada ao legislador para que a observe no exercício de sua função legislativa[98]. Com muito mais freqüência, a competência para uso da *avaliação legislativa* é apenas prevista nos regimentos internos das casas parlamentares, que especificam as situações nas quais ela deva ser utilizada. Por vezes, o poder executivo também está obrigado, por lei ou por estatuto regulamentar, a empreender a *avaliação legislativa* quando formula leis de sua iniciativa, quando regulamenta matérias sob a forma de decreto e especialmente quando aplica

---

[96] YIN, Robert K. **Estudo de Caso.** Planejamento e Métodos. 3.ed. Porto Alegre: Bookman, 2005, p. 24-26.
[97] *Idem*, p.26.
[98] A Suíça atingiu tal nível de institucionalização. "O artigo 170 da Constituição Federal suíça salienta a responsabilidade do Parlamento na investigação da eficácia das medidas adotadas pela Confederação e, conseqüentemente, a responsabilidade do legislador pelas conseqüências de sua atividade." MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 142. Em nível infraconstitucional, uma Lei Federal de 1984 institucionalizou a avaliação prospectiva na Suíça, obrigando o legislador a especificar em seus projetos de lei os seus efeitos em termos financeiros e de recursos humanos, as implicações em termos de custos para os cantões e as autoridades locais etc. Uma alteração sofrida nessa mesma lei em 1999 obrigou ademais, o legislador a demonstrar "de que forma o processo legislativo preliminar avaliou o modo mais fácil de aplicar a proposta de lei e de que forma a experiência adquirida com a aplicação da lei será registrada e avaliada." MADER, Luzius. Idem, p. 143.

a lei. De forma mais rara, por sua vez, a *avaliação legislativa* recebe tratamento jurisprudencial, quando o tribunal competente pelo exercício do controle de constitucionalidade, conforme será melhor detalhado no item seguinte, afere a legitimidade de uma lei pela observância dos princípios de *Metódica Legislativa.*

Quanto às modalidades de *avaliação legislativa*, observa-se que nem sempre os métodos aplicáveis prospectiva, concomitante e retrospectivamente à aprovação das leis são utilizados da mesma forma. Os Estados podem se valer de apenas uma dessas modalidades, ou podem recorrer a todas em diferentes graus de intensidade.

Nos casos em que a *avaliação legislativa ex post* se faz prevalecer, esta poderá ou não incidir sobre *legislação experimental*, em que a lei é submetida a uma experiência de aplicação numa situação real, por um determinado período de tempo, até seja submetida a novo processo avaliativo.[99]

Além disso, as avaliações podem tanto destacar a eficiência dos atos normativos como critério principal de análise[100], quanto podem centralizar-se na análise dos impactos de natureza não econômica produzidos pelas leis. Nesse particular, observa-se uma tendência em obrigar que o legislador leve em consideração, na formulação das leis, "não apenas seus objetivos estritamente considerados, mas também a globalidade dos efeitos produzidos, nomeadamente a nível econômico, social e ambiental."[101]

As técnicas utilizadas para cada modalidade de *avaliação legislativa* também alteram-se. Enquanto alguns Estados fazem uso de avaliações sistemáticas, com grande potencial para o aprimoramento da qualidade legislativa, outros ainda esforçam-se por implementar instrumentos de avaliação de menor custo e complexidade. A esse respeito, observa-se que as *avaliações legislativas* empreendidas em legislação experimental assumem destaque na melhoria da qualidade das leis.

---

[99] Cf. exemplos fornecidos acima, como o da legislação experimental suíça sobre a melhoria das condições de vida dos toxiodependentes.

[100] A análise da eficiência constitui o referencial por excelência da avaliação da legislação que versa sobre assuntos econômicos de impacto direto na iniciativa econômica privada, como confirma o exemplo citado no item anterior, de utilização do BET, nos Países Baixos, para as normas destinadas às empresas.

[101] MORAIS, Carlos da Costa. Sistema de Avaliação do Impacto das Normas Jurídicas. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 32, out.-dez. 2002, p. 39-55.

As *avaliações legislativas* podem tanto ser promovidas por órgãos que estão fora do círculo dos diretamente envolvidos na elaboração das leis ou atos regulamentares[102], quanto podem ser empreendidas diretamente pelos membros dos poderes legislativo e executivo[103]. A esse respeito, Mader observa que embora os órgãos não estatais demonstrem maior capacidade para a realização de estudos de *avaliação legislativa*, a experiência de institucionalização suíça revela que os resultados desses trabalhos são melhor integrados no processo de tomada de decisão política quando a avaliação é realizada por órgãos da própria Administração.[104]

Em outras situações, observa-se o alargamento das competências de órgãos estatais que tradicionalmente se concentravam na avaliação da legalidade e legitimidade dos programas de governo, e que agregaram às suas tarefas ordinárias a análise da eficácia e da eficiência das ações governamentais.[105]

Além disso, as *avaliações legislativas* podem ser aplicadas somente sobre atos normativos primários - as leis - ou também podem ser estendidas aos atos normativos secundários - os decretos, regulamentos e congêneres[106]. Em ambas as situações, a avaliação pode se dar de modo total ou parcial quando, respectivamente, incidir sobre todos ou apenas alguns dispositivos do texto normativo.

---

[102] Este é o caso de Portugal, em que as avaliações legislativas têm sido empreendidas, em sua grande maioria, por equipes externas aos departamentos promotores da iniciativa legislativa. A esse respeito, cf. ALMEIDA, Marta Tavares. Avaliação da legislação em Portugal. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 93-106.

[103] Menciona-se a experiência do Reino Unido, em que há uma Unidade de Impacto Normativo junto ao Gabinete do Primeiro-ministro, bem como Unidades de Impacto Normativo constituídas nos diversos ministérios, cuja responsabilidade consiste em efetuar a avaliação dos impactos normativos das normas que produzam efeitos substanciais sobre a atividade empresarial, as instituições de beneficência, bem como as organizações sem fins lucrativos. Cf. COURTNEY, Mark. Quadro de uma política para a melhoria da qualidade da ação normativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 111.

[104] Cf. MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 155.

[105] Os Tribunais de Contas de diversos países vêm assumindo essa competência mais "alargada", inclusive o Brasil, conforme será visto adiante.

[106] No Reino Unido, não só as leis, mas também os regulamentos administrativos que produzam efeitos substanciais sobre a atividade empresarial, as instituições de beneficência, bem como as organizações sem fins lucrativos, devem ser avaliados quanto ao seu impacto normativo. Além disso, as normas de procedimentos e condutas aprovadas no âmbito interno das empresas que produzam impacto em sua atividade empresarial também deverão submeter-se à avaliação de seus impactos. Cf. COURTNEY, Mark. Quadro de uma política para a melhoria da qualidade da ação normativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 107-123. A Suíça também é repleta de exemplos de disposições que estabelecem a *avaliação legislativa* no nível da legislação secundária. Cf. MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 145.

As experiências em *avaliação legislativa* são muito variadas, adequando-se ao contexto institucional de cada país. É possível, no entanto, constatar alguns traços comuns à maioria das experiências aqui mencionadas. Os relatos dessas experiências confirmam que a prática, ou seja, a aplicação da *avaliação legislativa*, encontra-se muito aquém das possibilidades legais. Para os países que atingiram estágio avançado de institucionalização da *avaliação legislativa*, a prática, ainda assim, destoa das obrigações legais, sendo muitas vezes ignoradas pelos órgãos responsáveis pela avaliação.[107]

No que diz respeito à imputação de obrigações legais, há um consenso no sentido de que a *avaliação legislativa* não deve ser utilizada indiscriminadamente, ou seja, somente deve ser aplicada "a diplomas que pela sua natureza e/ou complexidade têm particular incidência na sociedade."[108] Defende-se a seletividade da *avaliação legislativa* principalmente em decorrência do caráter dispendioso e moroso de sua realização.

Observa-se, no entanto, que embora haja consenso quanto à seletividade do uso da *avaliação legislativa*, a mesma unanimidade não permanece no que tange a sua obrigatoriedade. Para alguns autores, deve haver algum consenso, ainda que mínimo, na elaboração de diretrizes legislativas, do contrário "a nova lei não passará de um exercício formal de conflitantes utopias inalcançáveis. Entrará na história, sem ter passado pela vida".[109]

As opiniões de especialistas parecem também coincidir na constatação de que a *avaliação legislativa ex post* contribui muito mais para a melhoria da qualidade legislativa do que a *avaliação legislativa ex ante*, dada a dificuldade de se esboçar antecipadamente os efeitos de uma legislação de grande impacto social. Isso porque as técnicas predominantes da *avaliação legislativa ex ante*, consistentes na realização de experimentos em ambientes laboratoriais, "controlam" o contexto social em que as leis produzirão seus efeitos, elegendo apenas algumas variáveis - que poderão não ser as únicas, tampouco as mais relevantes - a determinar o impacto efetivo dos instrumentos normativos na realidade social[110].

---

[107] Cf. MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 149.
[108] CAUPERS, João; ALMEIDA, Marta Tavares; GUIBENTIF, Pierre. Efeitos de algumas normas do Código de Procedimento Administrativo: estudo de caso em *avaliação legislativa*. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 12, jan-mar. 1995, p. 6.
[109] FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, 136.
[110] Cf. YIN, Robert K. **Estudo de Caso.** Planejamento e Métodos. 3.ed. Porto Alegre: Bookman, 2005, p.32-33.

1.4 O Poder Judiciário e *Metódica da Legislação*

No que tange à observância dos princípios de *Legística Material* pelo poder judiciário, é possível intuitivamente afirmar que este órgão não segue tais postulados quando se pronuncia, por exemplo, acerca da constitucionalidade de uma lei. E não o faz, primeiramente, porque não dispõe de tempo, recursos e capacitação profissional para tanto. Morand observa que a atuação do juiz constitucional, nesse contexto, revela dois tipos de comportamento: um agressivo e incoerente e outro displicente[111].

O juiz age agressivamente quando se apóia em informações frágeis - como reportagens ou pesquisas isoladas, ou até mesmo no próprio senso comum - para fundamentar sua decisão. Para exemplificar tal postura, cita-se excerto de conhecido acórdão do STF em que o relator considerou excessivo o valor de uma multa acessória ao não cumprimento de uma obrigação tributária, com base no seguinte argumento, *verbis*[112]:

> Sr. Presidente, esse problema da vedação de tributos confiscatórios que a jurisprudência do Tribunal estende às multas gera, às vezes, uma certa dificuldade de identificação do ponto a partir de quando passa a ser confiscatório.
>
> (...)
>
> **não sei a que altura um tributo ou uma multa se tornam confiscatórios; mas uma multa de duas vezes o valor do tributo, por mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes, em caso de sonegação, certamente sei que é confiscatório e desproporcional.**

Observa-se que o juiz que proferiu o voto supra considera confiscatória, independentemente de análise de dados empíricos, toda e qualquer multa de valor equivalente a duas vezes o valor do tributo, em caso de atraso no pagamento, e de cinco vezes, em caso de sonegação. O juízo, para proferir seu voto, não buscou saber os motivos subjacentes à lei atacada, tampouco se questionou se haveria, porventura, circunstâncias fáticas que pudessem ensejar o arbitramento da multa naquela proporção, como o perfil e comportamento dos destinatários daquela lei tributária, por exemplo. Em outras situações, que não envolvem somente os juízes constitucionais, essa postura se revela tão ou mais agressiva quando o magistrado se propõe a revisar políticas públicas competentes ao poder executivo, sem, no

---

[111] MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Societé**, n. 10, 1988, p. 397.

[112] Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 551-/RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 24 out. 2002. **D.J.U.** 14 fev 2003.

entanto, dispor de informações que fundamentem a realocação dos recursos previstos nas leis orçamentárias[113]. Nestes casos, o juiz modifica as leis orçamentárias sem no entanto,

Já a postura displicente apontada por Charles-Albert Morand corresponde a uma total inércia dos juízes nas situações em que estes não dispõem de evidências empíricas adequadas e suficientes para embasar suas decisões, de modo que nenhum controle material passa a ser exercido de fato sobre as leis. A argumentação dos juízes, nestes casos, é a de que o legislador dispunha de melhores condições de apreciação da matéria, e que portanto suas escolhas - ainda que decorrentes de atitudes negligentes - devem ser respeitadas[114].

A Corte constitucional alemã, conforme observa Morand[115] adotou posição intermediária, pois, em última instância, passou a exigir a observância de princípios essenciais à *Metódica Legislativa* e a impor sanções à utilização defeituosa de tais princípios. Segundo Morand[116], são quatro os princípios de *Metódica Legislativa* que a Corte constitucional alemã instituiu como exigências ao legislador: (i) obrigação de conhecer os fatos que constituem a base de uma legislação[117]; (ii) obrigação de apreciar os dados e as alternativas[118]; (iii) obrigação de avaliação prospectiva; (iv) obrigação de avaliar retrospectivamente e de corrigir uma legislação, se necessário[119].

É inegável que a solução encontrada pela corte constitucional alemã assume função simbólica importante, na medida que esta, diferentemente da maioria dos demais tribunais constitucionais, reconhece a importância da eficácia jurídica para o controle material das leis.

Entretanto, a Corte imputou esta obrigatoriedade ao legislador porque se assumiu incapaz de aplicar os referidos métodos[120], sobretudo em se tratando de *avaliação legislativa*

---

[113] Esta foi a conclusão a que chegou a pesquisa realizada por pesquisadores da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, ao investigarem a atuação do poder judiciário no tocante à política pública de fornecimento de medicamentos a portadores do vírus HIV. FERREIRA, Camila Duran *et. al.* O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o caso AIDS. *In*: Prêmio **Ipea 40 anos - Ipea-Caixa 2004**: monografias premiadas. Brasília: Ipea, 2005, p. 387-431.

[114] MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Societé**, n. 10, 1988, p. 394.

[115] *Idem*, p. 394.

[116] *Idem*, p. 395-397.

[117] Esta ação equivale à identificação e definição de problemas que deverão ser solucionados pela legislação, constituindo, conforme visto, a primeira fase da *Metodologia Legislativa.*

[118] Correspondente à obrigação de escolher o mais adequado instrumento jurídico apto a solucionar o problema identificado.

[119] Este princípio determina que não sejam reformados todos aqueles dispositivos legais que não estejam produzindo os efeitos que lhes são inerentes.

[120] Apesar de não ser sua competência estabelecer os objetivos e examinar os efeitos da legislação, uma vez que está confinada a examinar questões de direito, esta é a tarefa que a corte constitucional alemã pretendia

prospectiva. Os efeitos dessa imputação, levados às últimas conseqüências, são irracionais, uma vez que a Corte alemã passa a ter poderes de declarar a inconstitucionalidade de certas leis pela falta de observância, por parte do legislador, de regras de *Metódica Legislativa*, sem, no entanto, ter condições de avaliar se, de fato, os métodos foram equivocadamente aplicados.

"Uma lei produzida em condições deficientes irá, muito provavelmente, originar problemas de interpretação e aplicação, obviamente problemas de ciência jurídica."[121] No entanto, a Corte constitucional, ao **obrigar** o poder legislativo a observar princípios de *Metódica Legislativa,* ignorou certas contingências inerentes ao fenômeno de produção legislativa, como (i) a de que nem todo efeito produzido pela aplicação da lei contrário à constituição decorre da má observância dos métodos aplicáveis à atividade legiferante; (ii) a de que o parlamento nem sempre dispõe de condições materiais para aplicar as técnicas de *Metódica Legislativa;* (iii) a de que poderá haver resistência das forças políticas representativas do parlamento à aplicação dos princípios de *Metódica Legislativa* que não compensem a imputação da referida obrigatoriedade, sob pena de se ameaçar a ordem democrática.

A respeito disso, Morand alerta para a dificuldade de harmonização de duas ordens normativas voltadas para objetos distintos, quais sejam, a concretização de valores constitucionais e a otimização dos efeitos das normas jurídicas. Por um lado, observa-se o paradigma da racionalidade intrínseca do direito que privilegia o controle de regularidade - da constitucionalidade e da legalidade das normas e procedimentos. Por outro, a lógica que preside às regras de *Metódica Legislativa*, que legitimam a lei pela avaliação do cumprimento dos objetivos declarados ou implícitos da legislação pela observância dos efeitos que a lei produz.

A observância de princípios constitucionais impõe uma racionalidade mínima para a produção legislativa. Esta racionalidade, no entanto, prescinde, em certos casos, de uma análise de eficácia jurídica, quando se examina, por exemplo, a conformidade de uma determinada lei com a ordem constitucional. A *interpretação conforme a constituição*, regra

---

desempenhar. Reconhecendo-se incapaz de desempenhar tal tarefa, a solução encontrada foi a de exigir do legislador a observância dos princípios de *Metodologia Legislativa.*

[121]CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação." **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 21.

que também é reconhecido e utilizada no Brasil[122], determina que o controle da constitucionalidade seja exercido de tal forma que, em havendo duas ou mais possíveis interpretações que determinem o sentido de uma lei, prevalecerá aquela que esteja em conformidade com a constituição, ainda que outro entendimento - eventualmente até mais consistente - sustente a inconstitucionalidade do dispositivo atacado[123].

Neste exemplo, observa-se que ainda que o legislador tenha encontrado soluções normativas equivocadas - capazes de produzir efeitos na realidade social contrários aos valores constitucionais - os juízes que exercem o controle abstrato das leis têm o poder de atribuir um sentido à norma que preserve a sua constitucionalidade, elegendo uma interpretação acerca dos objetivos da lei questionada - que conseqüentemente trarão novos efeitos - que deverá ser observado por todos os destinatários da lei atacada. Ao aplicarem a *interpretação conforme*, os juízes não se pautam por dados que evidenciam os reais efeitos produzidos pela norma cuja constitucionalidade está sendo atacada, mas sim, elegem a interpretação que supostamente produziria, em tese, os efeitos que consideram mais adequados ou em maior conformidade com a Constituição.[124]

Virgílio Afonso da Silva alerta para situação paradoxal na qual os juízes, ao aplicarem a *interpretação conforme*, sob o discurso de estarem respeitando a obra do legislador e a separação dos poderes, não estão fazendo outra coisa que não intervir e modificar o conteúdo de sua obra, fixando novos sentidos aos objetivos das leis. Este "respeito", em verdade, seria um mero pretexto para a "correção legislativa" pelo poder judiciário. "Na verdade, o tribunal

---

[122] O Art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 previu eficácia erga omnes e de caráter vinculante para a adoção do instituto pelo STF.

[123] No Brasil, a aplicação do *princípio da interpretação conforme a constituição* pelo STF vem sendo equivocadamente aplicada, uma vez que os juízes têm invocado esta técnica interpretativa para declarar nulidade parcial de uma lei sem redução de texto. A declaração parcial de lei sem redução de texto não pretende salvar a lei modificando seu significado, como o faz a interpretação conforme, que busca evitar a inconstitucionalidade de uma norma, mas sim excluir sua aplicação para determinados casos ou determinados destinatários. A esse respeito, cf. SILVA, Virgílio Afonso. La Interpretación conforme a la constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**, n. 12, jan-jun. 2005, p. 20.

[124] "A ordem jurídica pode submeter a lei a um processo de validação, nomeadamente constitucional. Mas, se os juristas podem dizer de uma lei, com maior ou menor certeza, se ela é conforme à Constituição - e, nessa medida, válida -, não são igualmente aptos a esclarecer se ela é uma boa ou uma má lei, no sentido de se tratar de um instrumento de regulação social adequado à prossecução dos interesses da coletividade. A lei poderá ser inconstitucional e boa (neste sentido) - com o que nem todos concordarão -, mas poderá também ser considerada constitucional e má - hipótese que a generalidade admitirá como possível. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação." **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 14.

oferece a sua interpretação ao dispositivo para compatibilizá-lo com aquilo que *o próprio tribunal*, e ninguém mais, crê que é constitucional."[125]

Virgílio Afonso da Silva não considera essa tarefa desempenhada pelo tribunal, em si, problemática, já que esta seria uma implicação natural de todo controle de constitucionalidade e de toda a aplicação da lei por órgãos judiciais. "O problemático é tentar esconder este fato recorrendo a uma suposta interpretação conforme a Constituição."[126]

Em seu ensaio sobre Técnica Legislativa, Victor Nunes Leal, inspirado em Carlos Campos, já observava:

> Uma análise sociológica mais profunda - observa o Prof. Carlos Campos - revela que o juiz, às vezes, cria realmente o direito, sob pretexto de o interpretar e aplicar. Mas uma coisa é constatar o fato, numa verificação objetiva, outra coisa é erigir desse fato um preceito, em norma a ser adotada. Se os juízes, às vezes, criam direito, daí não se segue que devam criá-lo.[127]

Virgílio Afonso da Silva aponta que "há uma desavença entre o que a doutrina predica - respeito ao legislador e separação dos poderes - e os efeitos que a interpretação conforme a Constituição pode ter, e que são justamente os de corrigir ou estender aquilo que a lei dispõe."[128] Para o autor, o grande problema da *interpretação conforme* estaria, na verdade, na sutil centralização da tarefa interpretativa da Constituição e de todas as leis em um único tribunal, excluindo-se qualquer "desobediência" dos demais órgãos judiciais[129].

Observa-se, diante dessa descrição, que a atuação do juiz, seja para aplicar a técnica da *interpretação conforme*, seja para declarar a nulidade de uma lei, com ou sem redução do seu texto, prescinde de um exame acurado da realidade social, de uma avaliação dos efeitos que sua decisão de ampliar, restringir ou até mesmo excluir o alcance de uma lei possa ter sobre a realidade.

---

[125] SILVA, Virgílio Afonso. La Interpretación conforme a la constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**, n. 12, jan-jun. 2005, p. 22.
[126] *Idem*, p. 24.
[127] LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. *In:*LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público.** Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 29.
[128] SILVA, Virgílio Afonso. La Interpretación conforme a la constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**, n. 12, jan-jun. 2005, p. 25.
[129] "Com isso, o Supremo Tribunal Federal não somente desempenha sua função de guardião da Constituição de forma cada vez mais centralizada, mas também para a ter a possibilidade quase ilimitada de excluir qualquer 'desobediência' interpretativa por parte de quase todos os órgãos judiciais que, até o presente, sempre tiveram no sistema brasileiro grande liberdade para interpretar a Constituição." SILVA, Virgílio Afonso. La Interpretación conforme a la constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**, n. 12, jan-jun. 2005, p. 26.

Essa situação assume ou ao menos deveria assumir outro tratamento quando se trata da aplicação do princípio ou da regra[130] constitucional da *proporcionalidade*, presente na grande maioria dos sistemas jurídicos de origem civilista para julgar atos normativos restritivos aos direitos fundamentais. Diferentemente do exemplo anterior, para a aplicação do princípio da proporcionalidade, o juiz deve calcar-se muito mais na realidade social para proferir suas decisões.

O direito constitucional estabeleceu três requisitos essenciais para a aplicação do princípio da proporcionalidade: (i) a *adequação*; (ii) a *necessidade*; e (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito*.

A regra da *adequação* determina que o juiz avalie se a medida escolhida pelo legislador pode ser considerada apta à realização dos efeitos declarados na legislação. Sem a devida adequação entre meios e fins a serem tutelados pela norma não se preenche o primeiro requisito de aplicação do princípio da proporcionalidade e não se prossegue ao exame dos demais critérios. O juiz, nesse caso, deve se colocar no lugar do legislador e proceder a uma avaliação prospectiva de seus efeitos. Morand aventa ainda, a esse respeito, a possibilidade de que em caso de controle concreto de constitucionalidade o juiz ao menos deveria proceder a uma avaliação retrospectiva dos efeitos legislativos[131].

A regra da *necessidade*, por sua vez, implica a avaliação por parte do juiz de medidas alternativas que produziriam os mesmos efeitos pretendidos pela lei com menor restrição aos direitos fundamentais. Caso haja outra medida que fomente, com a mesma eficiência, o objetivo a ser atingido, mas que sacrifique em menor intensidade o direito fundamental a ser afetado, não há que se questionar a *necessidade* da medida.

Já o exame da *proporcionalidade em sentido estrito*, a ser realizado apenas se os dois requisitos anteriores tiverem sido preenchidos[132], consiste na comparação entre os interesses

---

[130] Embora consciente da discussão terminológica acarretada pela utilização da expressão "princípio da proporcionalidade", quando se sustenta doutrinariamente que o uso correto seria a expressão "regra da proporcionalidade", optou-se aqui pela utilização do primeiro termo, por ser de uso corrente e por não se tratar do objeto central do presente trabalho. Para o aprofundamento deste debate terminológico, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **RDA**, n. 215, 1999, p. 607-630.

[131] MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Societé**, n. 10, 1988, p. 395.

[132] Conforme explica Virgílio Afonso da Silva, "(...) a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade". SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 34.

públicos e privados que estão em jogo, ou, em outras palavras, no sopesamento entre o direito fundamental restringido com a lei e o direito fundamental que fundamenta a referida restrição. Charles-Aubert Morand observa que, à primeira vista, a aplicação da regra da proporcionalidade parece exigir apenas uma comparação de valores, quando, na verdade, demanda uma análise acurada das situações reais que ensejaram o conflito[133]. Dessa forma, para Morand, a Corte constitucional alemã, vendo-se incapaz de aplicar o princípio da proporcionalidade, por não dispor de meios de investigação apropriados, optou por transferir este ônus ao legislador, obrigando-o a seguir as regras de *Metódica Legislativa* supra mencionadas.

> Se fizermos um balanço provisório e não exaustivo das análises da realidade que o juiz deveria fazer para se assegurar do respeito de qualquer princípio constitucional, e se refletirmos sobre os meios muito limitados de investigação sociológica da realidade de que dispõe o juiz constitucional, compreende-se porque a Corte constitucional alemã escolheu uma outra via. No lugar de realizar ela mesma um estudo da realidade e de proceder às avaliações que ela assume ser incapaz de realizar, ela se contentou em impor ao legislador certas exigências de *Metódica Legislativa* e de controlar o seu respeito. Reconhecendo os limites de sua incompetência, ela deixou de fazer aquilo que ela realmente dizia querer fazer, ou seja, de examinar o fundamento de uma medida numa realidade complexa e de avaliar seus efeitos sobre uma realidade também complexa[134] (tradução nossa).

No que diz respeito especificamente à *avaliação legislativa*, se a Corte constitucional alemã constatar, na ausência de evidências empíricas[135], que determinada lei produziu efeitos que aparentemente estejam em desacordo com a constituição, a inconstitucionalidade será reconhecida sem que seja empreendida a avaliação *ex post*, a qual, conforme enfatizando por Morand, o órgão jurisdicional "manifestamente não possui os meios para realizar"[136]. Ao assim proceder, a Corte nada mais faz do que impor arbitrariamente seus pontos de vista em relação aos das autoridades legislativas (e executivas) que editam as leis, carecendo, no entanto, da devida fundamentação a qual só pode ser obtida, no caso da observação dos efeitos legislativos, a partir de consistentes evidências empíricas.

---

[133] O autor exemplifica esta afirmação com a análise de uma lei que proíba o trabalho noturno. Para que se possa avaliar se a solução adotada pela lei é proporcional, faz-se necessário analisar a complexidade dos efeitos do trabalho noturno sobre a saúde dos trabalhadores, sobre a vida familiar etc. Cf. MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Societé**, n. 10, 1988, p. 395.

[134] Cf. MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Societé**, n. 10, 1988, p. 395.

[135] Na eventualidade de o legislador não proceder à *avaliação legislativa* ex post.

1.5 *Ciência da legislação* no Brasil

Doutrinariamente, muito pouco se produziu e tem se escrito no Brasil acerca do "processo", "arte" ou "ação" de fazer as leis. Os trabalhos doutrinários anteriores à edição da da Lei Complementar ("LC") nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que instituiu regras e preceitos de técnica legislativa, foram poucos e esparsos. Tais trabalhos, elaborados sob a denominação de "técnica legislativa" trataram predominantemente sobre temas de legística formal, em especial sobre estrutura e organização interna do texto legislativo.

O trabalho de Hésio Fernandes Pinheiro, intitulado Técnica Legislativa e as Constituições e Leis Constitucionais do Brasil, publicado originalmente em 1945[137], foi um dos primeiros a tratar de forma sistemática temas caros à legítica formal como técnicas de redação de conteúdos normativos, estruturação dos conteúdos das leis, os quais devem ser distribuídos em artigos, bem como desdobramentos ou agrupamentos destes.

Victor Nunes, inspirado na obra de Hésio Fernandes Pinheiro, produziu naquele mesmo ano um ensaio[138] sobre técnica legislativa que mantém a originalidade característica de suas obras. O autor, já naquela época, reconhecia

> Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.[139]

O ensaio aborda assuntos típicos de legística formal, embora no mesmo texto seja possível reconhecer originais, apesar de ligeiros, conselhos para a elaboração do conteúdo das leis. Eis um de seus principais conselhos:

> As fontes de informação do legislador devem ser fidedignas. Ao redigir uma lei, o legislador não pode perder de vista a observação real da vida, porque a malícia encontra muitos atalhos por onde infiltrar-se por entre as sanções da lei, sem incidir nelas. Não basta ter em mira o resultado a

---

[136] MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Societé**, n. 10, 1988, p. 396.
[137] PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica legislativa e as Constituições e Leis constitucionais do Brasil.** Rio de Janeiro: A. Noite, 1945.
[138] O ensaio foi publicado originalmente na **Revista de Direito Administrativo**, vol. 2, jul. 1945. Posteriormente, passou a fazer parte da obra **Problemas de Direito Público**, consultada para fins de redação deste trabalho.
[139] LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. *In:*LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público.** Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.8.

> atingir: é preciso escolher cuidadosamente os meios adequados, velando por que não sejam excessivamente severos, nem inócuos.[140]

No que diz respeito à qualificação que considera indispensável para as pessoas responsáveis pela elaboração das leis, o autor aconselhou que esta incumbência fosse oferecida "a juristas que, além de sólida cultura, tenham muito tirocínio na aplicação do direito, quer como advogados, quer como juízes, e que sejam homens de mentalidade receptiva, de alma aberta às transformações do mundo."[141] E prossegue, ainda, sobre o mesmo assunto:

> A participação, na redação das leis, de quem não seja jurista, mas conheça bem os assuntos de que elas se ocupam, é também imprescindível em muitos casos. A lei regula, em escala cada vez maior, relações de conteúdo técnico, cujo conhecimento escapa ao jurista. (...) Saúde pública, educação, indústria, comércio, transportes etc., cada um dos setores que a lei vai progressivamente invadindo, reclama a colaboração legislativa de elementos estranhos aos meios jurídicos.[142]

Depois de longo hiato entre os primeiros trabalhos doutrinários da disciplina "técnica legislativa" e o surgimento de propostas de institucionalização de seus conteúdos, é editada, em 1998, a LC nº 95, que instituiu regras sobre a “elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

Esta lei, em conjunto com o Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002[143] que a regulamenta, trata de assuntos tipicamente de *Legística Formal* ou, seguindo denominação consagrada no Brasil, Técnica Legislativa.[144]

Estas normas dispõem sobre a estrutura que deve obedecer uma lei, subdividindo-se em partes preliminar, normativa e final[145]; estabelecem regras de redação legislativa, imputando ao legislador a obrigação de clareza, precisão e lógica na linguagem utilizada[146]; instituem regras de articulação das diversas partes do texto legal, determinando como devem ser mencionados, numerados e articulados os diversos dispositivos da lei, em que o artigo

---

[140] LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. *In:*LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público.** Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.19-20.
[141] *Idem*, p.21.
[142] *Idem*, p.22.
[143] Inicialmente, a LC nº 95 foi regulamentada pelo Decreto nº 2.954, de 29.01.1999, substituído pelo Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002.
[144] No sentido que Canotilho atribui a ela, concernente a regras gerais sobre a feitura das leis, as suas divisões, a sua sistemática e a sua linguagem.
[145] Art. 3º a 6º da LC nº 95/98 e Arts. 5º e 6º do Decreto nº 4.176/02.
[146] Art. 11 da LC nº 95/98 e Art. 23 do Decreto nº 4.176/02.

constitui a unidade básica de organização[147]; estabelecem uma sistemática de consolidação e codificação dos atos normativos, de modo que leis que versem sobre o mesmo assunto sejam reunidas em um único texto legal[148]; dispõem sobre a alteração dos atos normativos, determinando que o legislador evite a edição de leis extravagantes, de modo que toda e qualquer inovação sobre uma determinada matéria já regulada seja incluída na legislação existente, e que sejam expressamente mencionadas no texto legal as normas que, por conflitarem com a legislação mais recente, devam ser revogadas[149].

O Decreto nº 4.176/02 introduziu também regras de tramitação dos atos normativos no âmbito do poder executivo, antes que estes sejam remetidos à votação pelo Congresso Nacional, quando se constituírem leis, ou que sejam editados pelo presidente da república ou demais chefes de entidades da Administração Direta, em se tratando de regulamentos.[150] Observa-se que o referido decreto estabeleceu ainda que as exposições de motivos dos atos normativos de qualquer natureza prevejam[151]: (i) justificativa e fundamentação do ato, de tal forma que possibilite a sua utilização como defesa prévia em eventual argüição de inconstitucionalidade; (ii) explicação dos motivos pelos quais o ato proposto constitui o melhor instrumento normativo a disciplinar a matéria; (iii) indicação das normas que serão afetadas ou revogadas pela proposição. (iv) indicação da existência de prévia dotação orçamentária, quando a proposta demandar despesas; e (v) demonstração objetiva da relevância e urgência no caso de projeto de medida provisória.

A grande inovação trazida por este regulamento, no entanto, foi a instituição de regras do *Manual de Redação da Presidência da República*[152], em especial de um formulário ou lista de verificação, que acabou sendo incorporado como anexo do Decreto nº 4.176/02, estabelecendo "questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do poder executivo".[153] Gilmar Ferreira Mendes, presidente da comissão encarregada de elaborar o referido Manual em 1991, redigiu o capítulo "Questões Fundamentais de Técnica Legislativa", de onde foi extraída a referida lista de verificação.

---

[147] Art. 10 da LC nº 95/98 e Art. 22 do Decreto nº 4.176/02.
[148] Arts. 13 a 17 da LC nº 95/98 e Arts. 26 a 32 do Decreto nº 4.176/02.
[149] Art. 12 da LC nº 95/98 e Arts. 24 e 25 do Decreto nº 4.176/02.
[150] Cf. Arts. 33 a 41 do Decreto nº 4.176/02.
[151] Art. 38 do Decreto nº 4.176/02.
[152] BRASIL. Presidência da República. **Manual de Redação da Presidência da República**. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002.
[153] Cf. Anexo I do Decreto nº 4.176/02.

O capítulo escrito por Gilmar Mendes, posteriormente publicado em diversos periódicos científicos[154], constitui um trabalho típico de *Legística Material* ou *Metódica da Legislação*, embora o texto também analise ligeiramente tópicos de *Legística Formal*.

O autor já no início de seu trabalho recomenda que o legislador atenha-se à idéia de sistema, em que deverão ser respeitadas as *sistemáticas interna* e *externa* da lei. No tocante à sistemática interna, o autor aponta para o desafio da contradição teleológica da lei, que se manifestará quando "houver contradição entre os objetivos perseguidos por disposições diversas, de modo que a observância de um preceito importa a nulificação dos objetivos visados pela outra".[155]

Inspirado na doutrina alemã sobre *Metódica da Legislação*[156], o referido autor faz uma apresentação sucinta daquilo que denomina *processo legislativo interno*, o qual "traduz um esforço de racionalização dos procedimentos de decisão **[do legislador]**, que configura uma exigência do próprio Estado de Direito."[157]

Dentre as etapas a serem observadas neste processo legislativo interno, encontram-se: (i) identificação e definição do problema; (ii) análise da situação questionada e de suas causas; (iii) definição dos objetivos pretendidos; (iv) crítica das propostas[158]; (v) controle de resultados.[159]

Observa-se que as etapas descritas pelo autor coincidem, ainda que parcialmente[160], com aquelas ainda hoje consideradas essenciais pelos trabalhos de doutrinadores de *Metódica da Legislação* sucessores à obra de Peter Noll, utilizada como referência no Manual ora comentado. No entanto, pode-se constatar que o assunto, de natureza altamente complexa por tudo o que já foi observado até aqui, recebeu tratamento muito simplificado e sucinto no *Manual*, cuja principal ênfase foi dada à *Legística Formal*.

---

[154] **Revista Trimestral de Direito Públic**o, n.1, 1993, p. 255-271; **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 1, n. 2, jan-mar, 1993, p. 36-52; **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, n. 37, set-dez. 1991, p. 41-68, dentro outras fontes.

[155] BRASIL. Presidência da República. **Manual de Redação da Presidência da República**. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 80.

[156] O autor utilizou como referência o trabalho de Peter Noll supra mencionado, bem como a obra de Hermann Hil, intitulada Einführung in die Gesetzgebungslehre.

[157] BRASIL. Presidência da República. **Manual de Redação da Presidência da República**. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 87.

[158] Esta ação equivale à *avaliação legislativa ex ante*.

[159] Equivalente à *avaliação legislativa ex post.*

[160] O número de etapas dos principais modelos de Metódica da Legislação hoje apresenta-se mais extenso do que o modelo proposto por Gilmar Mendes, que insere, dentro da definição de objetivos, a análise de todas as alternativas existentes, assim como

Por outro lado, o formulário sobre "questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do poder executivo" foi redigido de forma altamente detalhista e minuciosa. Este documento, inspirado na "Resolução de 11 de dezembro de 1984 do Governo da República Federal da Alemanha, destinada a controlar e racionalizar a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo,"[161] consiste num rol extenso de perguntas que devem orientar a ação legislativa, buscando averiguar, antes da elaboração da lei (i) que problema(s) que se pretende solucionar com a proposição de uma norma;[162] (ii) se há outras alternativas, incluindo aquelas que prescindem da edição da norma, para a solução do referido problema;[163] (iii) se a União dispõe de competência constitucional para elaborar o ato normativo; (iv) se a matéria deve ser regulada mediante lei em sentido estrito; (v) se não seria o caso de se editar uma lei temporária; (vi) se deve ser editada medida provisória; (vii) o motivo da urgência da edição da lei; (viii) qual a densidade que se deve conferir ao ato normativo; (ix) se as normas propostas afetam direitos fundamentais ou garantias constitucionais; (x) se o ato normativo corresponde às expectativas dos cidadãos e se encontra-se inteligível a todos; (xi) se o ato normativo é exeqüível[164]; (xii) se existe uma relação equilibrada entre custos e benefícios.[165]

Observa-se, no entanto, que apesar de o referido formulário constar como documento anexo do Decreto nº 4.176/02, ao poder executivo não foi imputada a obrigatoriedade de segui-lo à risca, bem como de juntá-lo no momento da propositura do projeto de ato normativo.

Consta como obrigatória, no entanto, a apresentação de uma outra lista de verificação, mais simplificada, constante do anexo II do Decreto nº 4.176/02, que determina que o órgão redator apresente:

---

[161] BRASIL. Presidência da República. **Manual de Redação da Presidência da República**. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 89.

[162] O autor do projeto de ato normativo deve indicar as repercussões que o problema possui no âmbito da economia, da ciência da técnica e da jurisprudência.

[163] O proponente deve se perguntar se os instrumentos de ação são adequados em função de desgaste e encargos para os cidadãos e a economia, eficácia, custos e despesas para o orçamento público, efeitos sobre o ordenamento jurídico, efeitos colaterais e outras conseqüências,entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução, possibilidade de impugnação no judiciário.

[164] Dentre as questões essenciais para aferição da exeqüibilidade do ato, estão a análise dos conflitos de interesse subjacentes à medida proposta, a opinião das autoridades incumbidas de executar tais medidas quanto à clareza dos objetivos pretendidos e a possibilidade de sua execução, bem como a aplicação de testes de execução da medida envolvendo as autoridades encarregadas de aplica-la.

[165] O referido formulário constitui anexo deste trabalho. Cf BRASIL. Presidência da República. **Manual de Redação da Presidência da República**. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 89-92.

1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências
2. Soluções e providências contidas no ato normativo da medida proposta
3. Alternativas existentes às medidas propostas
   Mencionar:
   - se há outro projeto do Executivo sobre a matéria;
   - se há projetos sobre a matéria no Legislativo;
   - outras possibilidades de resolução do problema.
4. Custos
   Mencionar:
   - se a despesa decorrente da medida está prevista na lei orçamentária anual; se não, quais as alternativas para custeá-la;
   - se é o caso de solicitar-se abertura de crédito extraordinário, especial ou suplementar;
   - valor a ser despendido em moeda corrente.
5. Razões que justificam a urgência (a ser preenchido somente se o ato proposto for medida provisória ou projeto de lei que deva tramitar em regime de urgência)
   Mencionar:
   - se o problema configura calamidade pública
   - por que é indispensável a vigência imediata;
   - se se trata de problema cuja causa ou agravamento não tenham sido previstos;
   - se se trata de desenvolvimento extraordinário da situação já prevista.
6. Impacto sobre o meio ambiente (sempre que o ato ou medida proposta possa vir a tê-lo);
7. Alterações propostas (texto atual e texto proposto);
8. Síntese do parecer do órgão jurídico;
   - com base em avaliação do ato normativo ou da medida proposta à luz das questões levantadas no Anexo I.

Observação: A falta ou insuficiência das informações prestadas poderá acarretar, a critério da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, a devolução do projeto de ato normativo para que se complete o exame ou se reformule a proposta[166].

Observa-se que as questões de ambos os formulários constituem diretrizes que deverão nortear a ação do legislador, de modo que este defina com o maior grau de precisão possível, antes de formular um ato normativo, quais problemas que pretende solucionar, quais os meios de que dispõe para atingir seus objetivos e que efeitos prevê decorrerem da solução normativa a ser adotada.

Tais questionamentos, por certo, demandam uma análise das principais questões incidentes sobre cada uma das etapas do processo de formulação das leis já mencionado, constituindo as grandes problemáticas da *Metódica Legislativa* ou *Legística Material*, embora

[166] Cf. Anexo II do Decreto nº 4.176/02. D.O.U. 01.04.2002.

no *Manual de Redação da Presidência da República* tenham sido inseridas como elementos ou tópicos de *Técnica Legislativa*.

Na verdade, embora a elaboração destes formulários tenha se inspirado na experiência alemã, observa-se que a adoção das chamadas listas de verificação *ou checklists*, conforme já observado, revela-se prática generalizada nos diversos países engajados na institucionalização da *avaliação legislativa*.[167]

Constata-se, no entanto, que o referido Manual, pela simplicidade com que introduziu o tema da *Metódica da Legislação*, não constitui referencial suficiente para que o Poder Executivo, para quem se destina a lista de verificação, torne-se apto a seguir as recomendações propostas neste documento. Além disso, sem esforços conjuntos entre os poderes executivo e legislativo para instruir e capacitar os órgãos responsáveis pela elaboração de atos normativos diante dessa nova perspectiva, a tendência é que as novas diretrizes instituídas pelo *Manual de Redação da Presidência da República*, bem como pelos anexos I e II do Decreto nº 4.176/02 venham representar apenas uma carga burocrática a mais para os funcionários que deverão cumprir tais exigências. Conforme será melhor explicitado no capítulo seguinte, a prática revela que a referida lista de verificação tem sido respondida de forma eminentemente burocrática, em que não raramente o autor da proposta de ato normativo restringe-se a responder todas as perguntas negativamente – afirmando, por exemplo, que não há outras alternativas para resolver o problema que a norma se propõe a solucionar, ou que a norma não produz impactos sobre o meio ambiente – sem, no entanto, fundamentar tais respostas.

Demais disso, os órgãos especializados em elaboração legislativa no âmbito do Poder Executivo não prevêem em sua estrutura regimental a observância das regras de *Metódica da Legislação*, tampouco se preocupam em instituir equipes interdisciplinares com competências específicas para realização de *avaliação legislativa*. Não obstante as novas diretrizes impostas pela regulamentação da LC nº 95/98, a ênfase dos trabalhos de produção das leis parece

[167] Em alguma medida, as listas de verificação de ordem genérica guardam conteúdos muito aproximados. A " Lista de Verificação 'Guia' para Elaboração Legislativa da OCDE" estabeleceu as seguintes questões para nortear o processo de decisão sobre a elaboração legislativa: "1. O problema está corretamente definido? 2. A ação do governo se justifica? 3. A legislação constitui o melhor meio de ação do governo? 4. Há uma base legal para a legislação? 5. Qual é o nível apropriado (ou níveis) de governo para esta ação? 6. Os benefícios da legislação justificam os custos? 7. A distribuição dos efeitos pela sociedade é transparente? 8. A legislação é clara, consistente, compreensível e acessível aos usuários? 9. Todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de apresentarem suas visões? 10. Como a adesão à norma será atingida? (tradução nossa) OCDE.

centrar-se no trabalho de profissionais com formação estritamente jurídica. Menciona-se, como exemplo, a Secretaria de Assuntos Legislativos vinculada ao Ministério da Justiça, cujo Departamento de Elaboração Normativa é competente para "elaborar e sistematizar projetos de atos normativos de interesse do Ministério, bem como as respectivas exposições de motivos."[168] O núcleo dos grupos de trabalho formados para a elaboração de projetos de lei e outros atos de natureza normativa de interesse do Ministério da Justiça é formado por comissões de juristas que parecem não observar regras de *Metódica Legislativa*, especialmente no que tange à *avaliação legislativa ex ante* e *ex post*.

No que diz respeito à instituição de Comissões para Consolidação e Revisão de Atos Normativos já existentes, o Decreto nº 4.176/02 prevê que estas serão compostas por especialistas, "escolhidos entre juristas de notável conhecimento sobre determinada área, para elaborar projetos de consolidação em matérias que exijam maior nível de especialização."[169] A esse respeito, observa-se que a tarefa de consolidação de atos normativos implica necessariamente uma simplificação e correspondente revisão da legislação existente. Esta tarefa parece ter sido atribuída exclusivamente a juristas, que deverão fundamentar apenas juridicamente os referidos projetos de consolidação.[170] Conforme observado no início deste trabalho, os juristas de formação tradicional poderão oferecer uma limitada contribuição no que tange à avaliação dos impactos das normas, e enquanto não houver uma mudança cultural que assimile os princípios e regras de *Metódica da Legislação*, não haverá grandes transformações nas práticas de elaboração, revisão, simplificação e consolidação dos atos normativos.

Paris. **The OECD Reference Chekclist for Regulatory Decision-Making**. Disponível em: http://www.oecd.org/dataoecd/20/10/35220214.pdf. Acesso em: 10 set. 2007.

[168] Art. 20, inciso I do Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça.

[169] Art. 44 do Decreto nº 4.176/02.

[170] Art. 48 do Decreto nº 4.176/02: "A justificação básica das alterações indicará: I - o dispositivo da lei posterior que revogou expressamente a lei anterior; II - o dispositivo da lei posterior que estaria em conflito com a lei anterior, revogando-o implicitamente; III - o dispositivo da Constituição em vigor que estaria em conflito com a lei anterior, revogando-a implicitamente; IV - a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade ou a revogação de dispositivo de lei; V - a resolução do Senado Federal que suspendeu a execução de lei na forma do art. 52, inciso X, da Constituição; e VI - as medidas provisórias ainda não convertidas que tratam da matéria consolidada."

> O avaliador não pode se contentar em se referir aos objetivos explícitos de uma legislação para medir sua eficácia. Uma visão assim restrita o leva a negligenciar uma parte importante dos efeitos produzidos e a empobrecer o leque de objetivos efetivamente perseguidos (DELLEY, Jean-Daniel).[171]

2. Objetivos das normas de controle das transferências de recursos públicos a entidades do terceiro setor

Conforme já anunciado, o segundo capítulo deste trabalho fará uma reconstituição: (i) dos problemas ou necessidades sociais que motivaram a edição das normas ora submetidas à *avaliação legislativa*; (ii) dos objetivos declarados ou implícitos pelos editores das referidas normas.

Acerca da tarefa que se pretende empreender neste capítulo, desde já se faz necessária uma observação.

A legislação sobre transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos concentra-se sobretudo em atos administrativos de natureza infra-legal. Tais repasses de recursos podem ser efetivados mediante a celebração de dois instrumentos jurídicos principais: os convênios e os termos de parceria. O convênio, que constitui o mais usual instrumento de viabilização dos repasses de recurso públicos a entidades do terceiro setor, é atualmente regido por dois atos normativos principais: o Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 86[172] e a Instrução Normativa ("IN")/STN nº 01, de 15 de janeiro de 1997. Já o termo de parceria, que disciplina as transferências para as entidades que detêm o título de OSCIP, foi instituído por um ato normativo de natureza legal, a Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1.999, a qual foi regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1.999. Há que se ressaltar também a presença de um terceiro instrumento de *transferências voluntárias* - o contrato de repasse - cuja incidência sobre as entidades sem fins lucrativos passou a ser

[171] Tradução nossa. 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, p. 93.

[172] Este decreto será revogado com o início da vigência do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, inicialmente prevista para o dia 01 de janeiro de 2008, porém prorrogada pelo Decreto nº 6.329/07 para 1º de julho de 2008. Sempre que se julgar oportuno, serão mencionados os dispositivos do novo decreto, que, embora ainda não vigente, introduz importantes medidas que afetarão alguns dos instrumentos examinados neste trabalho.

admitida apenas recentemente[173]. Como o contrato de repasse obedece, em grande medida, ao regime aplicável aos convênios, aquele instrumento será mencionado somente quando apresentar diferenças em relação a este.

O número de termos de parceria celebrados com a União, no entanto, é inexpressivo se comparado com o de convênios, razão pela qual os atos administrativos emanados do poder executivo assumem papel principal na presente análise, pois são eles que "de fato" instrumentalizam a maior parte dos ajustes entre governo federal e terceiro setor no Brasil[174]. Além disso, é possível observar que em não raras situações a União repassa recursos para uma OSCIP por meio da celebração de um convênio, e não um termo de parceria, não sendo aplicável, para aquele ajuste, os dispositivos normativos da Lei que instituiu as OSCIPs, e sim os referidos atos normativos que tratam de convênios. Por fim, é possível também observar que, na prática, atos normativos supervenientes aos acima mencionados têm tratado indistintamente convênios e termos de parceria, ainda que se possa alegar a ilegalidade dessas medidas.[175]

A constatação, no entanto, de que atos administrativos de natureza infra-legal "dominam" a seara ora examinada não constitui um fator impeditivo da realização da *avaliação legislativa*, tendo em vista que esta é aplicável, de igual forma, a normas editadas pelo poder executivo. Dessa forma, as expressões "legislação" e "legislativa" comportam caráter amplo neste trabalho, de modo a contemplar não só leis em sentido estrito, como também normas emanadas do poder executivo.

A observação que se pretende fazer guarda relação, portanto, com a constatação de que o maior número de conteúdos legislativos a ser examinado não comporta leis em sentido

---

[173] A Lei de Diretrizes Orçamentárias ("LDO") para o exercício de 2006, Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, previu, em seu artigo 111, a até então inédita possibilidade de que transferências a entidades privadas também pudessem ser feitas por meio de contratos de repasse, caracterizados pela atuação de instituições e agências financeiras que atuam como mandatários da União na fiscalização e no acompanhamento da execução dos projetos desenvolvidos pelos beneficiários dos recursos.

[174] As razões para o tímido crescimento da celebração de termos de parceria serão oportunamente abordadas neste trabalho. Pode-se, no entanto, resumi-las a alguns fatores específicos, como resistência do poder público em se adaptar ao novo instrumento, devido à costumes organizacionais ou falta de capacitação. Sobre a falta de adoção ou a má utilização dos termos de parceria pelo poder público, cf. TREZZA, Valéria Maria. **O termo de parceria como instrumento de relação público/privado sem fins lucrativos**: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007.

[175] Como exemplo de aplicação (para muitos indevida) do regime dos convênios na sistemática dos termos de parceria, cf. Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005, que extendeu a obrigatoriedade de uso do pregão eletrônico para todas as entidades sem fins lucrativos, incluindo as OSCIPs, não obstante a lei que que disciplina o funcionamento desta preveja a hipótese de elaboração de regulamento próprio para a contratação de bens e serviços de terceiros.

estrito: as normas de autoria do poder executivo que não são submetidas a debates parlamentares são produzidas de forma muito mais reservada (para não dizer sigilosa), de modo que se torna tarefa demasiadamente complexa, para um observador externo, identificar os interesses que ensejaram a edição de normas dessa natureza, bem como os objetivos que se pretende atingir com a sua aplicação.

Além disso, sem a clara identificação dos problemas e respectivas soluções normativas elaboradas pelo executivo, decorrente da maneira sigilosa e insuscetível a negociações de pauta legislativa com que este poder produz seus atos normativos, torna-se muito difícil averiguar se os atos produzidos pelo governo apresentam soluções mais ou menos coerentes do que aquelas adotadas pelo poder legislativo.

Demais disso, observa-se que, embora tenha sido introduzido, por intermédio do Decreto nº 4.176/02 mencionado no capítulo anterior, o formulário ou lista de verificação que exige de todos os órgãos do poder executivo a verificação dos problemas que ensejaram a formulação dos atos normativos e os objetivos que estes comportam, tal obrigação não contribuiu para que se estabelecesse uma prática de documentação eficiente das referidas informações. Ainda que seja comum a instituição de grupos de trabalho para a formulação de atos normativos complexos, os resultados produzidos por essas comissões não são documentados da forma apropriada para fins de *avaliação legislativa*. As razões para essa prática defeituosa guardam relação com o que foi mencionado no capítulo anterior. A lista de verificação ou *check list* introduzida no Decreto nº 4.176/02 foi formulada no *Manual de Redação da Presidência da República*, o qual foi inspirado na doutrina alemã sobre *Metódica Legislativa*. Este trabalho, no entanto, embora tenha tido o mérito de introduzir o tema da *Legística Material* em documento de caráter oficial, não se estendeu devidamente sobre a metodologia para a formulação de conteúdos normativos para as leis, tampouco previu medidas objetivas de implementação de regras de *Metódica Legislativa* nos termos traçados no capítulo anterior. Da ausência de previsão adequada de regras de *Metódica Legislativa*, tanto no *Manual de Redação da Presidência da República* quanto na legislação que disciplina questões de *técnica legislativa*, decorrem duas conseqüências: (i) parte das questões da lista de verificação obedecem a uma metodologia jurídica que não guarda intimidade e tampouco é relevante para a *Metódica Legislativa*; (ii) o proponente do ato normativo preenche o referido formulário de forma burocrática, por desconhecimento ou falta de compromisso com a repercussão e os impactos que eventualmente poderão decorrer da legislação.

Sobre a primeira conseqüência, pode-se mencionar o exemplo das questões inseridas na lista de verificação acerca dos custos da proposta legislativa, que procuram averiguar se a despesa decorrente da medida está prevista na lei orçamentária anual e quais as alternativas para custeá-la, em caso de resposta negativa.[176] Observa-se que com a resposta a esta pergunta nada se pode aferir acerca da eficiência do ato normativo, uma vez que a referida pergunta pretende tão somente identificar se há recursos disponíveis para custear as medidas a serem adotadas com a adoção da legislação, verificando ainda se tais despesas estão previstas na lei orçamentária anual ou se demandam abertura de créditos orçamentários suplementares, especiais ou extraordinários.

Das listas de verificação examinadas neste trabalho, verifica-se que seu preenchimento, no que tange à questão acima mencionada não leva em consideração: (i) os custos de implementação da legislação proposta, para que esta seja conhecida e compreendida por parte dos seus destinatários, de forma a garantir sua plena eficácia; (ii) o aumento ou diminuição de gastos com pessoal e despesas correntes que já constam de outras rubricas orçamentárias devidamente autorizadas por lei.

Embora sejam muitas as dificuldades inerentes à identificação dos problemas, objetivos e soluções adotadas pelas normas que se pretende avaliar, entendeu-se ser importante enfrentar estas questões, ainda que de maneira eminentemente exploratória, conforme já observado na introdução deste trabalho, uma vez que estas condicionam toda e qualquer *avaliação legislativa* prospectiva que se pretenda realizar. A *avaliação legislativa* constitui uma etapa do processo metódico de elaboração e revisão das leis que "não pode ser considerada por si mesma, isolada das outras fases."[177]

Demais disso, pretende-se, a partir da constatação da deficiência de informações existentes acerca das normas ora submetidas à *avaliação prospectiva*, introduzir uma reflexão acerca do *modus operandi* de elaboração de atos normativos pelo poder executivo no Brasil. Para além da constatação da inobservância do princípio da reserva legal pelo poder executivo, que amplia indevidamente os limites de sua competência normativa, torna-se importante evidenciar a ausência de clareza e transparência de suas ações no que tange à elaboração de atos normativos, que culmina, não raras vezes, na adoção de soluções legislativas unilaterais,

---

[176] Cf. Anexo II do Decreto nº 4.176/02.

[177] Tradução nossa. 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, p. 82.

que não primam por atender, de forma equilibrada, às necessidades de todos os seus destinatários.

2.1 Definição dos problemas ou necessidades sociais subjacentes às normas submetidas à *avaliação legislativa*

Ainda que a legislação não tenha sido elaborada mediante a observância de procedimentos rigorosos de técnica legislativa, sobre toda e qualquer norma subjaz um problema ou uma reivindicação social que se pretende solucionar por meio da sua edição. Tais problemas ou demandas são reunidas, selecionadas e interpretadas pela mídia, por grupos de interesses diversos, por partidos políticos, enfim, por todos aqueles capazes de incluir problemas na pauta legislativa. "A formulação de um problema, seja proveniente do legislador ou do governo, é, portanto, o produto de um processo complexo no qual se constrói simultaneamente a apreensão e a apreciação de uma realidade que justifica uma demanda de regulação pública."[178]

Três são as principais posturas que o legislador pode adotar em face de uma insatisfação acerca de uma situação particular: (i) o legislador pode se contentar em assumir os problemas tais como definidos pelos atores sociais; (ii) pode reformular as demandas sociais seguindo apenas sua percepção pessoal acerca do problema a ser solucionado; (iii) pode reformular o problema anteriormente definido pelos atores sociais a partir de uma profunda análise da realidade e apreciação dos valores em jogo.[179]

Uma das grandes dificuldades inerentes à primeira postura diz respeito ao fato de que nem todos os atores sociais dispõem da mesma capacidade de articular suas necessidades e transmitir suas demandas. Isso pode culminar na definição de um problema que não reflete as reais necessidades sociais, ou que as reflete apenas parcialmente, de modo a privilegiar os interesses dos segmentos que melhor articulam suas demandas em detrimento daqueles que não as conseguem exprimir.

---

[178] 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, p. 84.
[179] *Idem*, p. 84.

A segunda postura, por sua vez, é a que mais se assiste na realidade: legisla-se em decorrência de um "sentimento difuso" da necessidade de legislar. Isso ocorre, por exemplo, quando uma legislação é revisada apenas pela percepção de que esta subsiste de forma obsoleta, sem, no entanto, avaliar objetivamente quais pontos de fato são inadequados à realidade sobre a qual incidem.

Já no que diz respeito à terceira posição a ser adotada, o problema reside em criar mecanismos eficientes de institucionalização do planejamento da legislação de modo a melhorar a capacidade de seleção do legislador. A esse respeito, Jean-Daniel Delley observa que Peter Noll, na obra que o notabilizou[180], já propunha a criação de um órgão especializado em inventariar o conjunto de problemas efetivamente expressos pelas sociedades, avaliando-os quanto a sua importância e urgência. Delley, no entanto, aponta as dificuldades de uma tal proposta da seguinte forma:

> Essa idéia de racionalizar o estabelecimento de uma agenda parlamentar se confronta com uma dificuldade formal: confiando tal função de inventariar e classificar as prioridades dos problemas da sociedade a um órgão independente, corre-se o risco de provocar pouco impacto sobre a atividade do Parlamento por carecer de suficiente legitimidade política.[181]

Independentemente da postura adotada, fato é que o legislador se ocupa muito mais da tarefa de encontrar objetivos comuns do que de identificar e definir os problemas que justificarão a intervenção da legislação para a realização dessas finalidades.[182]

> Do ponto de vista da metódica legislativa, o legislador deve se perguntar que razões o compelem a agir e, sem ignorar as demandas que lhe são dirigidas, ter uma idéia própria sobre o problema cuja solução é reclamada. Esse distanciamento crítico lhe permite manter o controle da situação, apreciar a natureza do problema em termos de gravidade e urgência e, caso constate a existência de um problema, julgar os meios de ação que ele deve empregar para resolvê-lo.[183]

Observa-se que, sob o prisma metodológico, o legislador deve relativizar o impulso que deflagrou o processo e agir de forma totalmente independente, estando preparado, inclusive, para concluir pela inexistência do problema ou pela desnecessidade da intervenção normativa, em face de outras soluções possíveis. "O princípio da economia legislativa impõe,

---

[180] NOLL, Peter. **Gesetzgebungslehre.** Hamburgo: Reinbek, 1973.
[181] 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, p. 84.
[182] *Idem*, p. 85-86.
[183] *Idem*, p. 86.

de uma parte, que o legislador intervenha somente se a situação desejada distinguir-se substancialmente da situação de fato."[184]

A iniciativa legislativa, que pertence aos órgãos com competência para elaborar as leis, diferencia-se, portanto, do impulso legislativo, "que a antecede, por ter origem nas mais diversas pessoas ou entidades, nomeadamente em grupos de cidadãos, exercendo o direito de petição, ou na ação dos grupos de pressão interessados na tomada de decisão legislativa."[185]

Além disso, o legislador deve levar em consideração problemas conexos àquele que se procura definir, de modo "a evitar recorte prematuro e setorial do campo em que será talvez levado a intervir."[186]

Delley oferece instruções para que o legislador problematize o impulso legislativo:[187]

Problematizar o Impulso Legislativo

- **natureza:** em que consiste o problema
- **causas:** a quem atribuir o problema? Em que condições ele surgiu e quais são as suas causas?
- **duração:** o problema é permanente ou temporário?
- **dinâmica:** pode-se observar uma evolução do problema (ciclos, regularidade, agravamento)?
- **meios envolvidos:** quem é afetado pelo problema e de que maneira, direta ou indiretamente?
- **conseqüências:** o que ocorreria caso se omitissem os atores e setores envolvidos?

Por razões óbvias, as instruções para definição dos problemas, tal qual acabam de ser apresentadas, não tomam em consideração o caráter multifuncional da legislação, que pode servir a outros propósitos que não o da realização de objetivos previamente estabelecidos. Num contexto em que a lei foi instituída para uso eminentemente simbólico, em que se

[184] 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, p. 97.
[185] CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração**, n. 35, out-dez. 2003, p. 31.
[186] 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, p. 90.
[187] *Idem*, p. 88.

pretende, por exemplo, reforçar a confiança dos indivíduos nas instituições, o processo de definição do problema deve encarar tal dimensão psicológica.[188]

A definição do problema também poderá ser necessária num contexto em que aquele já constitui objeto de outras leis existentes. Nesta situação, o legislador deve proceder a uma *avaliação*, em que deverá responder se (i) há lacunas na aplicação das leis existentes; (ii) os meios escolhidos foram inadequados para solucionar o problema; (iii) o problema foi definido de maneira imprecisa; (iv) o problema se descaracterizou ou se alterou ao longo do tempo.[189]

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

A tentativa de reconstituir os problemas sociais que ensejaram a edição das normas que serão objeto de *avaliação legislativa* 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 espelha bem a cultura que subjaz a 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.[190]

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.

Nesse sentido, a apreensão dos problemas que ensejaram a edição das normas ora examinadas será realizada num contexto de lacunas e imprecisões que, conforme já mencionado, comprometerá a extensão e profundidade da *avaliação legislativa* que dela decorrerá.

---

[188] 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, p. 86.
[189] *Idem*, p. 90-91.
[190] BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, vol. V, p. 4, *apud* RIBEIRO, Jorgue Miranda; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União:** temas polêmicos, doutrina, jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 27.

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*.[191] 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 a quantia que varia entre R$ 50 bilhões e R$ 60 bilhões de reais por ano[192]. 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 que varia entre R$ 2 e R$ 3 bilhões.[193]

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")[194], cuja vigência quadrienal perdura do segundo exercício financeiro do mandato presidencial até o final do primeiro exercício financeiro do mandato subseqüente.[195]

---

[191] O conceito de *transferências voluntárias* 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."

[192] 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 10 ago. 2007.

[193] Informações do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal ("SIAFI") revelam que o total pago em 2006 a instituições privadas sem fins lucrativos totalizou o valor de R$ 2.873.747.965,50 (dois bilhões, oitocentos e setenta e três milhões, setecentos e quarenta e sete mil, novecentos e sessenta e cinco reais e cinqüenta centavos), sendo que constaram como "restos a pagar" do mesmo exercício a quantia de 192.476.917,42 (cento e noventa e dois milhões, quatrocentos e setenta e seis mil, novecentos e dezessete reais e quarenta e dois centavos).

[194] 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"*.

[195] O PPA atualmente vigente, instituído pela Lei Federal nº 10.933, de 11 de agosto de 2004, corresponde aos exercícios de 2004 a 2007.

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 a 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 2006, em apoiar projetos propostos espontaneamente pelas entidades ou de forma induzida pelos próprios Ministérios, visando à realização das seguintes ações: a) Apoio às Organizações Extrativistas da Amazônia (Ministério do Meio Ambiente); b) Fomento à Difusão de Tecnologias Sociais para Comunidades Tradicionais (Ministério da Ciência e Tecnologia); c) Fomento a Projetos de Desenvolvimento Sustentável de Comunidades Tradicionais (Fundo Nacional do Meio Ambiente); d) Gestão Ambiental em Terras Quilombolas (Ministério do Meio Ambiente).[196] 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 *transferências voluntárias* pode se dar, por sua vez, de três maneiras:[197]

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 *transferências voluntárias* 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;

[196] A descrição do programa *Comunidades Tradicionais* e suas respectivas ações encontra-se disponível em: < http://sidornet.planejamento.gov.br/docs/cadacao/cadacao2006/downloads/1145.PDF>. Acesso em: 12 ago. 2007.
[197] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Convênios e Outros Repasses.** Brasília: TCU, 2003, p. 11-12.

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 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*.

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 trabalho. Optou-se por excluir do presente estudo de caso 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. O vínculo mais estreito entre essas entidades e a Administração Pública não se enquadraria na hipótese a ser testada ao longo deste trabalho, qual seja, a de que a ineficácia e ineficiência dos instrumentos jurídicos de *transferências voluntárias* decorreria, em certa medida, das dificuldades que possui o setor privado sem fins lucrativos em se amoldar estritamente ao regime jurídico de direito público vigente. Por essa razão, o estudo das normas que disciplinam o contrato de gestão foi excluído da análise desta dissertação.

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 e pelos termos de parceria serão examinados separadamente.

2.1.1.1 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[198], preço[199] e/ou remuneração[200].

A ausência desses elementos nos convênios não implica, como observa Domingos Roberto Todero, que não haja incremento de aquisição de benefício, vantagem[201] 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[202], é possível identificar, pela simples análise dos instrumentos

---

[198] O lucro aqui é entendido em seu sentido técnico, consistente na diferença entre receita e despesa de uma entidade em um determinado período.
[199] 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.
[200] Aqui relacionadas com as noções de salário, vencimento, honorário etc.
[201] 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, p. 40.
[202] Além de não atender aos propósitos deste trabalho, um exame de tal natureza seria incompleto se não abrangesse entes públicos e entidades de fins lucrativos, que também estão aptos a celebrar convênios com a

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[203], 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."[204] Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires, 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 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.[205]

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."[206] Já no regime incidente sobre os convênios, o valor repassado ao particular "não

---

União quando não objetivam lucro. Estes entes, no entanto, não pertencem ao terceiro setor e portanto fogem totalmente ao escopo do presente trabalho.

[203] 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."

[204] RIBEIRO, Jorge Miranda; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União:** temas polêmicos, doutrina, jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 45.

[205] *Idem*, p. 141.

[206] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2006, 251.

perde sua natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio."[207]

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 destinados dados às mencionadas contraprestações e pagamentos.[208]

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.[209]

---

[207] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 251.

[208] 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, p. 411-412.

[209] 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.

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.[210]

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.

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 define 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

[210] 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.

transferências voluntárias, 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**[211], 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 **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**[212] oferece orientações somente para entes públicos acerca das condições essenciais para o recebimento dos repasses.

A IN/STN nº 1/97, principal instrumento vigente a disciplinar os convênios, embora não contemple as entidades privadas sem fins lucrativos na definição de convênio, inclui 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. Adiante será examinado, 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

[211] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Convênios e Outros Repasses.** Brasília: TCU, 2003, p. 11-12.
[212] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: orientações fundamentais. Brasília: TCU, 2000, 120 p.

União. O Decreto nº 6.170, de 25 de junho de 2007[213], 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 6.107/07, 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 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

[213] Este decreto, inicialmente previsto para entrar em vigor em 1º de janeiro de 2008, teve o início da sua vigência prorrogada pelo Decreto nº 6.329, de 2007 para o dia 1º de julho de 2008.

atividades e serviços de competência comum[214] ou concorrente[215] 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."[216] 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 inadaptação das entidades privadas sem fins lucrativos a algumas regras do regime jurídico aplicável aos convênios, de modo que no último capítulo serão reconstituídos os motivos que provocam tal inadequação.

---

[214] As competências comuns estão previstas no art. 23 da Constituição Federal: "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I- zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras, e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais e notáveis e os sítios arqueológicos; IV- impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

[215] O art. 24. da Constituição Federal trata das competência legislativa concorrente entre União, Estados e Municípios. Da competência legislativa concorrente decorrem ações e serviços que versam sobre: I - tributos, finanças, sistema penitenciário, ordem econômica e sistema urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - serviços forenses; V - estímulo à produção e ao consumo; VI - proteção do meio ambiente; VII - proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, urbanístico e paisagístico; VIII -defesa de direitos difusos e colebtivos; IX - educação, cultura, ensino e desporto; X - justiça especial; XI - sistema processuao; XII 0 previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV- proteção à infância e à juventude; XVI - policiamento civil.

[216] 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, p. 221.

Além disso, ver-se-á, na análise dos instrumentos normativos eleitos para a solução dos problemas ora comentados, 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 pela qual o esforço em explicitar fins e objetivos foi negligenciado no caso em tela. Delley, 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."[217]

2.1.1.2 Contratos de Repasse

Conforme observado no início deste capítulo, o contrato de repasse aplicável às entidades sem fins lucrativos surgiu com o advento da LDO para o exercício de 2006[218], 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[219] 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").

---

[217] 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, p. 97.

[218] 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.

[219] 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."

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 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.

Conforme será visto, 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, conforme será abordado no capítulo seguinte, acabou impulsionando modificações na legislação sobre *transferências voluntárias*, incentivando a participação inclusive de entidades privadas sem fins lucrativos na celebração desta modalidade de ajuste.

2.1.1.3 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[220], 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[221], (iii) pela comunidade empresarial brasileira[222], (iv) pela universidade brasileira[223] 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

---

[220] ALVES, Mário Aquino. Uma boa festa, mas ninguém apareceu: resistência à nova qualificação legal do Terceiro Setor brasileiro. **Revista Integração**, Centro de Estudos do Terceiro Setor FGV - EAESP, ano 6., n. 1. Disponível em: < http://integracao.fgvsp.br/ano6/01/administrando.htm>. Acesso em: 22 abr. 2007.

[221] O 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. **,**

[222] 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.

[223] Estas, conforme observa Mário Aquino Alves, estão mais voltadas para a formação de profissionais do que para o fomento da pesquisa. ALVES, Mário Aquino. Uma boa festa, mas ninguém apareceu: resistência à nova qualificação legal do Terceiro Setor brasileiro. **Revista Integração**, Centro de Estudos do Terceiro Setor FGV - EAESP, ano 6., n. 1. Disponível em: < http://integracao.fgvsp.br/ano6/01/administrando.htm>. Acesso em: 22 abr. 2007.

Conselho da Comunidade Solidária. Os parlamentares, conforme observa Elisabete Ferrarezi[224], 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[225], 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[226].

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*[227] que norteariam a 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.[228]

---

[224] FERRAREZI, Elisabete. **O novo marco legal do terceiro setor no Brasil,** p. 2. Disponível em: http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/ferrarezi.pdf. Acesso em: 20 abr. 2007.

[225] 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.

[226] 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.

[227] A íntegra dos consensos pode ser consultada em MARCO Legal do Terceiro Setor, **Cadernos da Comunidade Solidária**, vol. 5, IPEA, Brasília, 1998.

[228] FERRAREZI, Elisabete. **O novo marco legal do terceiro setor no Brasil,** p. 2. Disponível em: http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/ferrarezi.pdf. Acesso em: 20 abr. 2007.

No tocante ao objeto de estudo deste trabalho, 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.

Elizabete Ferrarezi 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.[229]

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, conforme será melhor especificado no capítulo seguinte, impõem restrições ao recebimento de recursos decorrentes de *transferências voluntárias*.

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 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

---

[229] FERRAREZI, Elisabete. **O novo marco legal do terceiro setor no Brasil,** p. 3. Disponível em: http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/ferrarezi.pdf. Acesso em: 20 abr. 2007.

projetos e impossibilidade de pagar custeio e remunerar funcionários com recursos do convênio.

As obrigações e vedações decorrentes do regime jurídico aplicável aos convênios serão exploradas no capítulo seguinte, quando serão examinados os instrumentos de intervenção normativa escolhidos para solucionar os problemas ora apontados.

No entanto, cabe aqui observar que 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.[230]

Observa-se que este excerto da exposição de motivos já foi objeto de questionamento pelo próprio TCU[231], que discorda do entendimento acima explanado de que não haveria mecanismos de controle de utilização de recursos públicos em sede de convênios. Ver-se-á, no capítulo seguinte, que 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

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

menos recursos públicos - e transparentes - permitindo que o dinheiro público fosse aplicado nas melhores ações selecionadas a partir de critérios objetivos e isonômicos.[232]

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.[233]

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.

2.2 Identificação dos objetivos das normas sobre *transferências voluntárias* de recursos ao terceiro setor

Por tudo o que já foi observado, é possível afirmar peremptoriamente que sem a determinação dos objetivos de uma legislação, que se destine a solucionar problemas emergentes do meio social, não é possível empreender uma *avaliação legislativa*. A racionalidade da *avaliação legislativa*, conforme explicitado no capítulo anterior, possui um caráter eminentemente instrumental, de modo que a atuação do avaliador deve se pautar - tanto na *avaliação legislativa ex ante* quanto na *ex post*, pela persecução dos objetivos já determinados pelo legislador.

---

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

[232] 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 administrados pelas entidades do Terceiro Setor de fato sejam destinados a fins públicos**".

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

Para reconstituir os objetivos da legislação sobre *transferências voluntárias*, 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.

Em 19 de setembro de 2007, foi redigida carta à Secretaria do Tesouro Nacional, responsável pela formulação do principal ato normativo disciplinador dos convênios, solicitando o acesso a eventuais notas e/ou pareceres técnicos antecedentes à edição da IN STN nº 1/97 que fossem capazes de transmitir as razões e objetivos que fundamentaram a elaboração de seu texto original, bem como de suas modificações.

Esta carta, observa-se, foi redigida após ter sido feito contato telefônico com funcionário da STN, que afirmou que as informações solicitadas, por serem de "caráter sigiloso", possivelmente não seriam disponibilizadas.

Em 1º de outubro de 2007, o Secretário-Adjunto do Tesouro Nacional, apresentou resposta ao meu pedido, em ofício anexo a este trabalho, informando "que não constam dos arquivos hoje disponíveis quaisquer arrazoados visando à edição, à época, do referido normativo."

Do mesmo modo, também em 19 de setembro de 2007, encaminhou-se uma carta à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil ("SAJ"), responsável por emitir opinião acerca da constitucionalidade e legalidade dos decretos presidenciais, solicitando acesso a eventuais notas e/ou pareceres técnicos prévios, capazes de transmitir as razões e objetivos que fundamentaram a edição dos seguintes atos normativos: (i) Decreto nº 1.819, de 02 de fevereiro de 1996, que instituiu o contrato de repasse para as *transferências voluntárias* com intermediação de instituição financeira; (ii) Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, que regulamentou a Lei Federal nº 9.790/99 (que criou o termo de parceria); (iii) Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005, que instituiu a obrigatoriedade de adoção do pregão eletrônico para contratação de bens e serviços com recursos oriundos de *transferências voluntárias*; (iii) Decreto nº 6.170, de, 25 de julho de 2005, que introduziu novas regras para as *transferências voluntárias* oriundas de convênios e contratos de repasse.

À semelhança do ocorrido com a STN, a expedição desta última carta foi precedida de contato telefônico com funcionário da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, que também observou que as informações solicitadas possivelmente não seriam fornecidas.

Não tendo recebido qualquer resposta à carta enviada à SAJ, contatou-se novamente funcionário da Casa Civil, que forneceu, via e-mail, as Exposições de Motivo dos decretos acima indicados, os quais, frise-se, não são normalmente disponibilizados para o público.

Quanto aos eventuais pareceres técnico e jurídico exarados no âmbito da Casa Civil sobre o conteúdo dos referidos decretos, o mesmo servidor informou que tais documentos não seriam liberados "de forma alguma".

Na tentativa de compreender os motivos pelos quais não é dada publicidade às manifestações técnicas e jurídicas que precedem a edição dos referidos atos, entrei em contato novamente com funcionário da Casa Civil que informou ser regra de funcionamento interno do órgão não fornecer as Exposições de Motivos de Decretos, tampouco os pareceres exarados pela SAJ, responsável por opinar acerca da constitucionalidade e legalidade dos projetos de ato normativo, e pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Públicas Governamentais ("SAG"), responsável por examinar o mérito, a oportunidade e a conveniência política dos projetos.

Observa-se, ainda, que o Decreto nº 4.176/02, que estabelece regras e diretrizes para a produção de atos normativos, não determina aos ministérios responsáveis pela elaboração das minutas dos decretos que estes encaminhem ao Presidente da República, juntamente com a exposição de motivos do Decreto, os estudos e pareceres técnicos que embasaram a elaboração da proposta legislativa.

Não há, como se pode perceber, uma preocupação em documentar e publicizar as informações que ensejam a formulação de atos normativos no âmbito do poder executivo, o que traz dificuldades a qualquer estudo de *avaliação legislativa* que verse sobre atos de natureza infra-legal.

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".[234]

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 ou, conforme já mencionado no capítulo anterior, possuem função meramente simbólica, afastando-se, portanto, da real intenção de produção de efeitos.

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".[235] 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.

2.2.1 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

[234] Disponível em <http:www.camara.gov.br>. Acesso em: maio 2007.
[235] 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, p. 93.

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".[236]

> 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.[237]

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 *transferências 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.

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 secundários das *transferências voluntárias*.

---

[236] 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, p. 94.
[237] *Idem*, p. 97-98.

Uma *avaliação legislativa* que se propusesse a examinar a realização dos fins últimos das normas acima indicadas coincidiria, em última instância, com uma avaliação de programas ou políticas públicas cujos pressupostos foram plenamente desenvolvidos pela ciência política e pela ciência da administração.[238]

No entanto, a *avaliação legislativa* cabível em sede de convênios, ao menos num primeiro plano, deverá examinar os efeitos das normas em face de seus objetivos primários, que são garantir a regularidade e conformidade da aplicação dos recursos públicos.

2.2.2 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[239], os objetivos declarados que impulsionaram a instituição do contrato de repasse parecem ser muito claros:

---

[238] Sobre avaliação de programas desenvolvidos por entidades privadas sem fins lucrativos, cf. 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, 348 p.

[239] 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. Esta exposição de motivos conta como anexo deste trabalho, em razão de não ter sido dado a esta a publicidade que permita seu fácil acesso.

> Referido dispositivo [art. 18, § 4º, da LDO, que admitiu a possibilidade de as *transferências voluntárias* se 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 melhor 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 termos de parceria 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.

2.2.3 Termos de parceria

Tratou-se, no item 2.1.1.3, 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**.[240]

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.[241]

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.

---

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

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

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 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."[242]

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,

---

[242] FERRAREZI, Elisabete. **O novo marco legal do terceiro setor no Brasil,** p. 12. Disponível em: http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/ferrarezi.pdf. Acesso em: 20 abr. 2007.

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.

> No momento de proceder à escolha dos instrumentos, o legista é ameaçado pelo perigo da rotina. Sua familiaridade com certos tipos de instrumento o conduz freqüentemente a preferir as medidas que ele já conhece em vez de procurar o instrumento ou a conjugação de instrumentos suscetíveis de influenciar mais eficazmente os comportamentos de modo a atingir o objetivo almejado. (DELLEY, Jean-Daniel).[243]

3. Controle das transferências de recursos públicos a entidades do terceiro setor: os instrumentos legislativos

Os instrumentos legislativos são os meios de intervenção social instituídos pelo legislador visando à realização de objetivos previamente estabelecidos. Estes meios podem se revestir de diferentes formatos: podem constituir incentivos de ordem econômica ou social para estimular condutas, bem como assumir a forma de prescrições para proibir ou determinar comportamentos. Podem, por outro lado, revestir-se sob a forma de instrumentos de parceria entre Estado e particulares para a execução de uma tarefa pública.

Os instrumentos podem, da mesma forma, mesclar diversos formatos para servirem a propósitos múltiplos, como é o caso das normas que regem as transferências de recursos públicos ao terceiro setor, que introduzem mecanismos de incentivo à iniciativa privada de interesse pública, ao mesmo tempo em que firmam parcerias com estas para, em regime de colaboração, realizarem políticas públicas. Em um nível mais concreto, os instrumentos instituem obrigações e restrições para a gestão de dinheiro público, de modo a garantir a sua utilização em prol das políticas públicas a serem realizadas.

Os instrumentos que regem as *transferências voluntárias* revestem-se sob o formato normativo em sentido amplo, abrangendo atos emanados exclusivamente pelo poder executivo, bem como atos que foram debatidos e aprovados pelo poder legislativo.

---

[243] Tradução nossa. 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, p. 109.

Ver-se-á, a partir da análise dos instrumentos vigentes, que aqueles que visam a atender interesses do poder público normalmente constituem atos do poder executivo. Este é o caso dos convênios, regidos essencialmente por decretos, instruções normativas e portarias. Por outro lado, os instrumentos que refletem demandas das entidades do terceiro setor normalmente passam pelo crivo do legislativo, como é o caso do termo de parceria, disciplinado por uma lei.

Como as *transferências voluntárias* são condicionadas, em certa medida, à discricionariedade do poder público, este acaba, por certo, privilegiando o uso dos instrumentos que atendam melhor aos seus interesses e que se amoldem com mais facilidade a sua cultura organizacional, ainda que isto implique transgredir a unidade e sistematicidade do ordenamento jurídico.

3.1 Identificação dos instrumentos previstos pelas normas para a realização de seus objetivos

A concretização dos objetivos pretendidos pelo legislador depende da escolha de meios adequados para sua realização. Estes meios traduzem-se em estratégias de intervenção estatal que são selecionadas, dentre diversas alternativas, para que se atinjam os objetivos almejados.

Como já observado no primeiro capítulo, os meios legislativos de intervenção estatal são variados. Jean-Daniel Delley identifica seis modalidades de instrumentos legislativos de intervenção estatal[244]: (i) instrumentos de tipo prescritivo ou coercitivo, em que se impõem condutas - obrigações, proibições e autorizações - sob a ameaça de sanções; (ii) instrumentos de incentivo que favoreçam a adesão a certos comportamentos, por meio de estímulos positivos - concessão de vantagens - ou negativos - por meio de sanções moral ou econômica; (iii) instrumentos de coordenação entre órgãos da administração pública; (iv) fornecimento de bens e serviços públicos pelo Estado; (v) disponibilidade de procedimentos que regulem as relações entre diferentes grupos sociais ou que garantam a grupos determinados a participação de certas decisões; (vi) instrumentos de parceria entre administração pública e particulares.

[244] 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, p. 103-104.

João Caupers, de forma muito semelhante, elenca os seguintes instrumentos técnicos à disposição do legislador[245]: (i) prescrições, na mesma acepção oferecida por Delley acima; (ii) diretivas, que estabelecem objetivos que deverão ser atingidos por seus destinatários em um determinado período, deixando a estes, no entanto, a liberdade de escolha dos meios mais adequados para atingi-los; (iii) prestações, a serem desempenhadas por entidades da administração pública, tanto no fornecimento de bens quanto de serviços; (iv) licenciamentos, empreendidos pela administração pública para condicionar o exercício de uma atividade desempenhada por um particular; (v) supervisão e coordenação entre entidades públicas encarregadas do desempenho de uma atividade de caráter público; (vi) contratos entre administração pública e particulares para a consecução de atividades de interesse público.

Os exemplos acima fornecidos são, como seus próprios autores fazem questão de frisar[246], simplificadores e redutores de uma realidade muito complexa que demanda, com freqüência, a utilização de vários instrumentos simultaneamente. Demais disso, a escolha de certos instrumentos em detrimento de outros demanda um conhecimento elaborado das vantagens e desvantagens de cada alternativa, bem como a adequação de cada opção ao ordenamento jurídico, de modo que aquelas que não guardem coerência interna com a ordem jurídica sejam desqualificadas.

Um aspecto muito delicado da escolha dos instrumentos legislativos diz respeito à *densidade* que uma lei deve possuir. Para explicar tal problemática, Caupers utiliza uma metáfora, em que compara o papel do legislador ao de um pintor. Um pintor, ao reproduzir uma paisagem, pode fazê-lo de maneira muito precisa, de tal forma que aquela se aproxime de uma fotografia. O artista pode, no entanto, fazê-lo de forma vaga e imprecisa, de forma a transmitir a sensação ou impressão sentida por quem vê a paisagem, sem a preocupação de reproduzir fielmente sua imagem. O legislador, por sua vez, também se defronta com opções semelhantes: pode tanto ditar comportamentos de forma clara, precisa e pormenorizada, quanto pode fazê-lo de maneira fluida, de modo a preservar a "flexibilidade das relações

[245] CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 37-38.
[246] *Idem*, p. 38.

jurídico-privadas ou a variabilidade dos interesses públicos que à administração pública cumpre prosseguir."[247]

No tocante às normas que disciplinam os instrumentos de repasse de recursos públicos ao terceiro setor, observa-se que estas, em sua essência e generalidade, possuem conteúdo prescritivo[248], cujas conseqüências são as mesmas apontadas por Delley na seguinte passagem:

> Elas exigem [as prescrições], via de regra, o funcionamento de uma administração de aplicação (meios pessoais e por vezes técnicos). Geram custos de controle e de sanção relativamente elevados, na medida em que impõem comportamentos que não são espontaneamente obtidos de seus destinatários. Estes últimos vão tentar, então, desenvolver estratégias para evadir-se de seu comportamento. Por isso mesmo, é preciso que as prescrições encontrem um nível mínimo de adesão por parte dos seus destinatários.[249]

Embora os instrumentos jurídicos de repasse de *transferências voluntárias* representem, numa acepção alargada[250], instrumentos de parceria entre a administração e entes privados sem fins lucrativos para a consecução de atividades de interesse público, estes não se confundem com as parcerias nas quais os entes privados, em suas relações negociais administrativas, seguem os ditames do regime jurídico privado, ainda que sob a observância de certas normas e princípios gerais de direito público.

Não se assistiu, na seara das parcerias entre setor público e setor privado sem fins lucrativos, "a fuga para o direito privado"[251], em que a atividade desenvolvida por particulares

---

[247] CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 39.

[248] É claro que a legislação que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor também se destinam a *incentivar* ou *fomentar* uma atividade de interesse público ou social, na medida que estimulam a atuação das entidades privadas em troca de auxílios, contribuições e subvenções. Conforme já observado, a atividade de fomento visa, em última instância, à realização de políticas públicas. No entanto, no que tange aos objetivos mais concretos aqui tratados, consistentes em controlar a regularidade e eficiência do emprego de recursos públicos, os meios empregados para realizá-los possuem caráter essencialmente prescritivo.

[249] 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, p. 104.

[250] A expressão "parceria" aqui utilizada não se confunde com aquela empregada em sentido estrito pela Lei Federal nº 11.079/2004, que institui normas gerais para contratação de parceria público-privada ("PPP"), no âmbito da administração pública. A PPP instituída pela referida Lei nº 11.079/04 disciplina contratos administrativos de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, em que se deve observar uma série de diretrizes, dentre as quais se destaca a repartição objetiva de riscos entre as partes.

[251] A expressão é de autoria de Fritz Fleiner e foi divulgada e disseminada a partir da publicação da obra de mesmo nome de Maria João Estorninho. Dada a sua força semântica, a expressão caiu no gosto dos autores que se debruçam sobre formas privadas de organização e atuação da Administração Pública. Cf. ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999, 407 p.

submete-se a um regime privatístico no qual o direito público é aplicado apenas subsidiariamente.

Nas parcerias entre o poder público e o terceiro setor aqui examinadas, embora os gestores de recursos públicos sejam instituições privadas, a gestão propriamente dita do dinheiro repassado permanece pública. As regras de emprego, gestão e controle de recursos públicos acabam por condicionar ou mesmo restringir o regime privado ao qual as entidades sem fins lucrativos estão originalmente submetidas.

A doutrina esforça-se para fundamentar a distinção entre os regimes jurídicos incidentes sobre os contratos administrativos - a partir do qual são estabelecidas as parcerias em que impera o regime privatístico no tocante à gestão de recursos públicos - e sobre os convênios e instrumentos congêneres - que instrumentalizam os acordos colaborativos entre a administração pública e o terceiro setor, em que este é obrigado a gerir dinheiro público sob uma ótica inteiramente publicista.

O argumento mais utilizado é o da divergência e convergência de interesses, atribuído, respectivamente, aos contratos administrativos e aos convênios. O mito da "convergência de interesses" é obra sobretudo dos doutrinadores brasileiros de direito público, que insistem em definir o convênio de modo a singularizá-lo e distingui-lo do contrato, cujas partes teriam interesses, objetivos e vontades antagônicas, que justificariam, inclusive, um regime de prerrogativas especiais nos contratos administrativos.[252] Este esforço sistemático de diferenciação, quando recorre a fundamentos de direito privado, não se inspira em teorias contratuais modernas, que não só relevam a funcionalidade, mas também reconhecem a efetiva existência de esforços colaborativos nas relações contratuais.[253]

---

[252] São muitos os exemplos de autores que se distinguem convênios de contratos sob o fundamento das respectivas convergência e divergência de interesses. Apenas à título exemplificativo, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. 6.ed.Rio de Janeiro: Forense Universitária, 214 p. GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

[253] Apenas mencionando alguns exemplos de obras que apóiam esta afirmação, cf. SILVA, Clóvis do Couto. **A Obrigação como Processo.** Rio de Janeiro: FGV, 2007. COSTA, Judith Martins. **Do Direito das Obrigações.** Do adimplemento e da extinção das obrigações. Vol. 5., Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio Teixeira (Coordenador). Rio de Janeiro, Forense, 2003.MACEDO JR. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor.** 2.ed. São Paulo: RT, 2007. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Sobre o reconhecimento de elementos consensuais nos contratos administrativos, cf. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: RT, 1992, p. 206-215. MENEZES, Fernando Dias de Almeida. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo (mimeo), 2007.

Embasada ou não nesta distinção doutrinária, fato é que a legislação que regula o controle das *transferências voluntárias* para o terceiro setor é seguramente prescritiva, não havendo regra sobre gestão de recursos públicos que não tenha sido disciplinada ou que esteja desacompanhada de sanções com pesados ônus para seus destinatários.

Independentemente da forma como se estabelece o objeto da relação negocial - seja por demanda espontânea da entidade convenente ou por demanda induzida do concedente - a forma do instrumento jurídico - amarrada pelas normas que disciplinam os convênios, constituem relações que, se não equivalem, se aproximam muito de um contrato de adesão, que se caracteriza, juridicamente, pela

> ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais, a sua predisposição unilateral, restando ao outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante.[254]

Roberto Domingos Todero observa, neste particular, que "as situações de adesão e de desigualdade ocorrem, em princípio e de forma mais destacada, nas hipóteses dos convenentes que recebem e utilizem recursos e verbas serem particulares."[255]

Parte das cláusulas inegociáveis desses convênios fundamentam-se em normas de direito público, em especial regras de direito administrativo. Nos convênios entre a União e os demais entes federativos, a aplicação dessas regras não se reve-la tão impositiva, na medida que ambas as partes se submetem em sua rotina, a normas, princípios e regramentos de direito público. A transmudação inflexível das mesmas regras aos convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, não assume, no entanto, a mesma naturalidade. A esse respeito, José Maria Rodriguez de Santiago observa

> Como é sabido, o próprio das técnicas de coordenação entre as Administrações Públicas é a imposição, por quem ocupa o lugar de coordenador frente aos coordenados, das medidas necessárias e suficientes para conseguir a integração.[256]

Estas observações, aplicáveis aos convênios, são extensíveis aos termos de parceria, já que a pretendida flexibilização das regras de gestão de recursos em prol do controle de

---

[254] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 59.
[255] 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, p. 309.
[256] SANTIAGO, José Maria Rodriguez. **Los Convenios entre Administraciones Publicas**. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 28-29.

resultados das ações desenvolvidas pelos entes parceiros não se tornou realidade, pelos motivos expostos adiante.

Da análise da legislação que disciplina os convênios e da forma como as leis que regulam os termos de parceria vêm sendo aplicadas, constata-se que há uma desproporção na proteção dos interesses dos que financiam a execução do objeto ajustado em detrimento dos anseios e necessidades daqueles que recebem os recursos, que simplesmente "aderem" ao objeto pactuado.

3.1.1 Convênios

O repasse de recursos públicos a entidades do terceiro setor, que recebeu o nome técnico de *transferências voluntárias*[257], obedece a um ciclo de fases bem demarcadas. Para fins de avaliação das normas que versam sobre o controle dos recursos transferidos, interessa três momentos. O primeiro, também conhecido por controle prévio, coincide com todos os atos anteriores à celebração do convênio, em que a entidade não governamental, por iniciativa própria ou induzida por demanda de uma unidade orçamentária, submete seu plano de trabalho para ser apreciado pelo órgão gestor de recursos de um determinado programa.

São diversas as regras que regem esta fase, obrigando a administração pública e as entidades sem fins lucrativos a observarem uma série de requisitos adiante especificados.

O segundo momento é reservado à gestão propriamente dita dos recursos públicos, quando a entidade contemplada se dedica a executar, com o uso da verba transferida, o plano de trabalho previamente aprovado pela unidade governamental responsável pelo referido repasse. Embora a entidade privada sem fins lucrativos se obrigue a agir em estrita consonância com os termos do convênio aprovado, uma série de obrigações adicionais decorrentes de instrumentos normativos adiante especificados incidem sobre a maneira como os recursos deverão ser geridos.

A última fase corresponde ao momento em que as entidades convenentes deverão prestar contas do uso que fizeram dos recursos transferidos, de modo a comprovar que não causaram nenhum dano ou prejuízo ao erário. Esta fase, na esteira das demais que a

[257] Conforme art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, também conhecida por Lei de Responsabilidade Fiscal ("LRF").

precederam, é regida por normas que obrigam as entidades a seguirem padrões rígidos de comportamento, sob pena de responsabilização por prejuízo aos cofres públicos.

Analisar-se-á, a seguir, os meios escolhidos pelo legislador para disciplinar cada um desses momentos.

3.1.1.1 Instrumentos de controle prévio

a) Seleção de projetos

Já se observou aqui que a alocação dos recursos públicos transferidos voluntariamente deve estar prevista na Lei Orçamentária Anual ("LOA") ou no OGU. Mencionou-se também que o orçamento da União se estrutura a partir de programas, que refletem as políticas públicas de duração continuada estabelecidas a cada quatro anos pelo governo por intermédio da publicação do PPA.

Os convênios a serem celebrados entre União e entidades privadas sem fins lucrativos constituem, portanto, instrumentos que auxiliam na realização dos referidos programas orçamentários. Desta forma, o objetivo do convênio deve estar em estrita consonância com o programa orçamentário, ou, em outras palavras, a *programação derivada* dos convênios deve guardar íntima relação com a *programação originária* do poder público. Obviamente, as programações *originária* e *derivada* não são idênticas[258]. O objeto do convênio deverá estabelecer de forma detalhada o projeto, atividade ou ação que será desempenhado em consonância com a capacidade, vocação e especificidades de atuação da entidade sem fins lucrativos que figurará como convenente.

Uma vez identificados os recursos disponíveis no âmbito do governo federal para a execução de programas mediante *transferências voluntárias*[259], as entidades sem fins lucrativos deverão submeter seus projetos aos órgãos gestores dos programas orçamentários para que estes possam ser financiados com as referidas verbas. Os projetos poderão ser

[258] Cf. 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, p. 221-222.

[259] Para uma identificação mais clara dos programas cuja execução poderão participar entidades sem fins lucrativos, cf. Associação Brasileira de Organizações não Governamentais. **Manual de fundos públicos**: controle social e acesso aos recursos públicos. São Paulo: ABONG; Peirópolis, 2004, 270 p.

submetidos espontaneamente pelas entidades, ou poderão ser induzidos pelo órgão gestor dos recursos mediante processo seletivo prévio. É possível, ainda, que haja a contemplação nominal da entidade na própria LOA, mediante proposta individual de membro do legislativo, que detêm competência para oferecer emendas ao projeto de lei que institui a peça orçamentária.

A possibilidade de que projetos sejam apresentados espontaneamente ou que sejam contemplados nominalmente na LOA existe porque não há compulsoriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, da realização de prévia licitação ou processo seletivo análogo para a celebração dos convênios, de modo que inexistirá, por conseqüência, a obrigatoriedade de seleção das propostas a serem apresentadas por entidades sem fins lucrativos para que estas possam ser beneficiadas pelas *transferências voluntárias*.

Os fundamentos doutrinários para o afastamento da licitação prévia são aqueles normalmente utilizados para diferenciar os convênios dos contratos administrativos: mútua colaboração entre os partícipes, inexistência de lucro, preço, remuneração e/ou interesse patrimonial etc.[260]

Os mesmos argumentos, no entanto, vêm sendo desqualificados por outros doutrinadores que não consideram tais elementos capazes de diferenciar convênios dos contratos administrativos e, muito menos, de impedir ou inviabilizar a competição de modo a afastar a obrigatoriedade de licitação para a celebração desses acordos.[261]

A legislação que disciplina os convênios, no entanto, permanece silente quanto a essa questão, não oferecendo quaisquer limites de contenção da discrionariedade do poder público na seleção das entidades que serão beneficiadas pelas *transferências voluntárias*. Para além dos argumentos doutrinários acima mencionados, verifica-se que a ausência de parâmetros de seleção de projetos a serem desenvolvidos por entidades do terceiro setor revela uma despreocupação (ou uma preocupação intencionalmente oculta) de que interesses particularísticos se apropriem de processos internos do Estado. Maria Paula Dallari BUCCI, a

---

[260] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.

[261] Cf. 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, p. 49-50; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitação e Terceiro Setor**. *In:* OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 281-308; BARBOSA, Maria Nazaré Lins, "A Experiência dos Termos de Parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS)". In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.), **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 487-523.

respeito da ausência de parâmetros para o exercício da discricionariedade administrativa, afirma que

> (...) a contenção efetiva da discricionariedade depende de decisões concretas sobre a ação da Administração e de um controle material que os princípios clássicos do paradigma burocrático demonstraram ser insuficientes para prover.[262]

Para a autora, a discricionariedade não seria contida apenas pela instituição de limites negativos à atuação da Administração Pública, mas também seria balizada por "um parâmetro de limites positivos, se assim pode dizer, à ação administrativa, um referencial mais completo ou mais consistente de quais são as diretrizes para as escolhas abertas ao administrador público"[263].

Esta ausência de parâmetros de atuação para a discricionariedade administrativa no tocante à destinação de recursos públicos revela-se ainda mais complexa nos casos em que são contemplados nominalmente, por meio de emendas parlamentares ao orçamento, Estados, Municípios e entidades privadas que se beneficiarão das *transferências voluntárias*. Além das emendas propostas individualmente pelos parlamentares, as bancadas também podem propor alterações ao orçamento, desde que estas se destinem indistintamente a todas as entidades sem fins lucrativos localizados em uma determinada região do país.

Diante desse cenário, verifica-se que os parlamentares procuram beneficiar, por meio da proposição de emendas ao orçamento, entidades públicas e privadas localizadas em sua base de apoio, sem uma preocupação em alocar estrategicamente os recursos públicos de modo a atender às prioridades nacionais. Em decorrência dessas práticas, há quem afirme que o orçamento público não representa outra coisa que não uma "colcha de retalhos"[264], cujo conjunto não guarda nenhuma coerência ou unidade, havendo também quem conclua, de forma ainda mais extremada, que "não se fazem políticas públicas por intermédio de *transferências voluntárias*."[265]

---

[262] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 40.
[263] *Idem*, p. 40.
[264] TAVARES, Martus. O País e a Paróquia. **Estado de São Paulo**, São Paulo, 03 abr. 2002.
[265] Relatório final da CPMI "das Ambulâncias" *apud* 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. 237. 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.

Além disso, não é só o risco da fragmentação das políticas públicas que decorre dessa prática de alocação de recursos públicos: aumenta-se também a possibilidade do surgimento de irregularidades e ações fraudulentas quando as entidades sem fins lucrativos recebem recursos oriundos de emendas parlamentares.[266]

Ver-se-á, no capítulo em que serão apresentados os resultados da pesquisa empírica desenvolvida com entidade sem fins lucrativos, que diante de sucessivos episódios de irregularidades envolvendo *transferências voluntárias* para organizações não governamentais, uma parcela deste setor tem estabelecido como regra de política interna não buscar recursos que sejam objeto de emendas parlamentares. Embora haja um significativo segmento de entidades sérias que se beneficiam de emendas, sobretudo daquelas propostas por bancadas parlamentares, os episódios de irregularidades têm provocado uma perda de credibilidade do setor, bem como um arrefecimento ainda maior das normas de controle prévio à celebração de convênios.[267]

b) Exigência de títulos jurídicos

É comum confundir a forma jurídica das entidades sem fins lucrativos com os títulos que estas podem adquirir. O formato jurídico dessas entidades, sob a égide do vigente Código Civil[268], pode revestir-se de apenas duas figuras: as associações e as fundações.[269] Já os títulos que as entidades poderão adquirir são variados: utilidade pública federal ("UPF"), registro no

---

[266] Este é o caso do "escândalo dos sanguessugas", deflagrado em 2006, e que ensejou a abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito ("CPI"). Verificou-se que as entidades não governamentais envolvidas nas irregularidades que culminaram no escândalo haviam sido nominalmente inseridas no orçamento por intermédio de emendas parlamentares. No ano de 2005, os três parlamentares que mais propuseram, por meio de emendas, repasses a entidades privadas sem fins lucrativos foram apontados pela CPI dos Sanguessugas como suspeitos por uma série de irregularidades cometidas.
Cf. **Contas Abertas** (notícia de Mariana Braga). Parlamentares propuseram mais de R$ 2 bi em emendas para entidades privadas em 2005. 25. ago. 2006. Disponível em: http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=1482. Acesso em: 05 jul. 2007.

[267] A edição do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, foi impulsionada por tais episódios, em que, conforme já mencionado, procurou-se coibir esquemas fraudulentos elaborados por membros do poder público em parceria com entidades privadas sem fins lucrativos. É sob essa ótica que deve ser compreendida a redação do o art. 2º, inciso II do referido decreto, que passa a proibir a celebração de convênios e contratos de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigentes: (i) membros dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, bem como seus respectivos cônjuges, companheiros, e parentes em linha reta, colateral ou por afinidade até o 2º grau; (ii) servidor público vinculado ao órgão ou entidade concedente, bem como seus respectivos cônjuges, companheiros, e parentes em linha reta, colateral ou por afinidade até o 2º grau.

[268] Cf. art.s 44 e 2031 da Lei nº 10.825, de 22 de dezembro de 2003.

[269] As organizações religiosas e os partidos políticos assumiram forma jurídica própria com o novo Código Civil, destituindo-se da figura jurídica da associação.

Conselho Nacional de Assistência Social ("CNAS"), Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social ("CEBAS"), registro no Cadastro Nacional de Entidades Ambientalistas ("CNEA"), bem como OSCIP.

Paulo Modesto observa que os titulo jurídicos servem a pelo menos três funções essenciais[270]: (i) conferir um regime jurídico específico a essas entidades, que usufruirão de uma série de benefícios (e também restrições) não atribuíveis a organizações que não disponham da mesma titulação[271]; (ii) padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentem características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas organizações; (iii) controle das entidades assim qualificadas, já que o título pode ser suspenso ou cancelado quando houver desvio de suas missões institucionais.

Variados são os enquadramentos legais que as entidades devem proceder para a obtenção dos referidos títulos, de modo que os problemas decorrentes daqueles ensejaram a criação de novas qualificações, dentre as quais se pode destacar a da OSCIP, que procurou superar "a crise do título de utilidade pública". Para Modesto, o problema do UPF não residiria nos argumentos comumente utilizados de que a legislação seria detalhista e limitadora. Para o autor,

> A legislação básica na matéria, em especial no plano federal, é deficiente, **lacônica**, deixando uma enorme quantidade de temas sem cobertura legal e sob o comando da discrição de autoridades administrativas. Essa **lacuna de cobertura** facilitou a ocorrência de dois fenômenos conhecidos: (a) a proliferação de entidades inautênticas, quando não de fachada, vinculadas a interesses políticos menores, econômicos ou de grupos restritos[272]; (b) o estímulo a processos de corrupção no setor público.[273]

Elizabete Ferrarezi, na mesma toada,

---

[270] MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>. **Acesso** em: 20 abr. 2007.

[271] O UPF, por exemplo, permite que se ofereça incentivo fiscal no recolhimento do imposto de renda às pessoas jurídicas que doem recursos para as entidades assim qualificadas. As entidades de assistência social e saúde registradas no CNAS estão isentas da obrigação de oferecer contrapartida em convênios, conforme prescreve a LDO. As entidades que detêm o CEBAS, por sua vez, estarão isentas de recolher a cota patronal de contribuição previdenciária e da Cofins, Já as entidades qualificadas como OSCIP, diferentemente das entidades que possuem os títulos anteriores, podem remunerar, com os recursos auferidos pela entidade, os diretores da entidade que respondam pela gestão executiva. Outros incentivos fiscais também tem sido introduzidos paulatinamente a quem detém o título de OSCIP.

[272] O autor se refere nesta passagem às denominadas entidades de **favorecimento mútuo** ou de **fins mútuos**, que se destinam a proporcionar benefícios a um grupo restrito e limitado de pessoas, como é o caso dos clubes, dos partidos políticos, das associações profissionais etc.

[273] MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>. **Acesso** em: 20 abr. 2007.

> Embora tenha havido mudanças na concessão do certificado, tornando-o mais seletivo, há distorções no sistema antigo - que ainda vigoram. A primeira é a **crença de que as sucessivas barreiras burocráticas dificultariam a ocorrência de favoritismo, quando se sabe que quanto mais dificuldades burocráticas são acrescidas, mais riscos de tráfico de influências**. (...)
>
> A segunda trata do emaranhado de leis, decretos e resoluções internas que foram sendo criados e recriados, com vínculos entre as várias exigências - que **se baseiam mais em "tradição" do que numa referência racional e justa para a alocação de recursos públicos**. (...)
>
> Terceiro: chama a atenção o **anacronismo dessa legislação**, com suas exigências vinculadas para as isenções face ao impacto efetivo sobre a sociedade vis a vis o curso de gerir e analisar processos com inúmeros documentos contábeis, os recursos em caso de indeferimentos, a atualização dos títulos vinculados, repetição de requisitos administrativos em diferentes órgãos públicos etc. Não há justificativa racional para essa organização de trabalho - sobreposto e de eficácia duvidosa. Nessa concepção de domínio burocrático. a efetividade, **o valor que aporta para a sociedade, e os resultados não importam**, o que importa é justificar os meios pelos quais a burocracia reproduz seu próprio domínio. **Os órgãos responsáveis pela emissão desses títulos se tornaram analistas de documentos formais em detrimento da análise da relevância pública das ações dessas associações**.

Verifica-se, nessa seara, uma proliferação de normas genéricas, que exigem das entidades grandes esforços não só para a obtenção, mas também para a manutenção dos títulos obtidos. As diversas exigências impostas por essas regras, no entanto, como Paulo Modesto frisou, não parecem ser eficazes no sentido de diferenciar entidades autênticas das inautênticas, uma vez que exigem o cumprimento de requisitos genéricos que não aferem a capacidade operacional, bem como a legitimidade das ações das organizações não governamentais.[274] Segundo Elisabete Ferrarezi, os "órgãos responsáveis pela emissão desses títulos se tornaram analistas de documentos formais em detrimento da análise da relevância pública das ações dessas associações."[275]

No presente estudo, no entanto, a análise dos títulos jurídicos das entidades do terceiro setor possui um escopo mais restrito, já que nem sempre a legislação exige uma qualificação específica das organizações não governamentais para que estas celebrem convênios.

A IN STN nº 1/97 prevê apenas que a minuta do convênio a ser apreciada pelo setor técnico do órgão ou entidade concedente deverá ser acompanhada de cópia do certificado

---

[274] A esse respeito, o TCU já observou que embora o título jurídico possa constituir um critério para a seleção de entidades, a qualificação da entidade "não elide a avaliação técnica das proposições e a aferição da legitimidade das parcerias e do interesse público recíproco nelas envolvidos." Acórdão nº 2066/2006. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU** 13 nov. 2006.

[275] FERRAREZI, Elisabete. **O novo marco legal do terceiro setor no Brasil,** p. 5. Disponível em: http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/ferrarezi.pdf. Acesso em: 20 abr. 2007.

fornecido pelo CNAS, *quando este for o caso*.[276] Este ato normativo não se preocupa em restringir o campo das entidades que poderão celebrar convênios, proibindo apenas a "transferência de recursos para clubes, associações de servidores ou quaisquer entidades congêneres, excetuadas creches e escolas para o atendimento pré-escolar."[277]

A Lei de Diretrizes Orçamentárias ("LDO"), por sua vez, trata dessa questão de maneira mais abrangente.

A LDO prevê três espécies de recursos que poderão ser transferidos voluntariamente ao terceiro setor mediante a celebração de convênios: contribuições, auxílios e subvenções sociais.

As contribuições podem ser tanto correntes como de capital. As contribuições correntes constituem dotações para manutenção de entidades sem fins lucrativos[278], conquanto estas se destinem à "execução, em parceria com a administração pública federal, de programas e ações que contribuam diretamente para o alcance de diretrizes, objetivos e metas previstas no plano plurianual".[279] Já as contribuições de capital são dotações que, autorizadas por lei específica e distinta da LOA[280], representam transferências a entidades públicas e privadas para que estas possam construir ou comprar imóveis, bem como adquirir instalações, equipamentos e material permanente para auxiliar no desempenho de suas funções.[281]

Os auxílios constituem transferências com propósitos idênticos aos das contribuições de capital, diferenciando-se destas apenas pelo fato de constituírem dotações previstas diretamente da LOA, prescindindo portanto de outra lei que os autorize. Diversamente do ocorrido com as contribuições, a LDO restringiu o rol de entidades sem fins lucrativos que poderão, em razão das ações e qualificações que possuem, ser beneficiadas com auxílios. Para receberem auxílios, as entidades devem atender a uma das seguintes exigências[282]: (i) desenvolver atividades educacionais de atendimento direto e gratuito ao público; (ii) possuir cadastro junto ao Ministério do Meio Ambiente, para recebimento de recursos oriundos de programas ambientais, doados por organismos internacionais ou agências governamentais

---

[276] Cf. art. 4º, IV da IN STN nº 1/97.
[277] Art. 8º, VIII da IN STN nº 1/97. Este dispositivo procura excluir as entidades de *benefício mútuo* do rol das legitimadas a perceber recursos públicos.
[278] Cf. art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964,
[279] Art. 33 da Lei nº 11.349, de 29 de dezembro de 2006, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei Orçamentária de 2007. Esta lei manteve a redação da LDO anterior nesta seara.
[280] Cf. art. 12, § 6º da Lei nº 4.320/64.
[281] Cf. art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

estrangeiras; (iii) desenvolver ações de saúde e de atendimento direto e gratuito ao público, prestadas por Santas Casas de Misericórdia ou por outras entidades sem fins lucrativos, registradas no CNAS; (iv) possuir qualificação de OSCIP; (v) ser qualificada como instituições de apoio ao desenvolvimento da pesquisa científica e tecnológica com contrato de gestão firmado com órgãos públicos; (vi) ser qualificada para o desenvolvimento de atividades esportivas que contribuam para a capacitação de atletas de alto rendimento nas modalidades olímpicas e paraolímpicas.

As subvenções sociais, por sua vez, possuem características muito semelhantes às das contribuições correntes, destinando-se a cobrir despesas de custeio das entidades sem fins lucrativos. Esta modalidade de recurso público, no entanto, é destinada somente a entidades de caráter assistencial e cultural[283] e não está necessariamente vinculada a execução de programas orçamentários. A LDO estabeleceu que entidades que desenvolvam atividades nas áreas de cultura, assistência social, saúde e educação poderão receber recursos à título de subvenções sociais, conquanto que, ainda, preencham uma das seguintes condições[284]: (i) possuir registro no CNAS; (ii) ser vinculado a organismos internacionais de natureza filantrópica ou assistencial; (iii) ser qualificada como OSCIP.

Observa-se, das disposições referidas da LDO, que os recursos sob a forma de contribuições, auxílios e subvenções sociais serão transferidos voluntariamente para entidades sem fins lucrativos conquanto estas possuam determinados títulos e/ou desenvolvam certas atividades. Dessa forma, eventuais dificuldades que essas entidades possam ter para obter ou mesmo para manter seus títulos refletirá diretamente na sua capacidade de receber recursos públicos nas modalidades acima especificadas.

c) Plano de Trabalho

Para que uma entidade sem fins lucrativos possa celebrar um convênio com a administração pública, esta deverá apresentar extensa documentação que: (i) informe as características do projeto que pretende desenvolver e as condições de sua exeqüibilidade; (ii) comprove sua capacidade técnica para executar o projeto e ateste sua idoneidade; (iii) comprove sua regularidade perante órgãos fiscais da administração pública.

---

[282] Cf. art. 34 e incisos da Lei nº 11.349/06.
[283] Conforme o art. 12, § 3º, da Lei nº 4.320/64.

O plano de trabalho constitui documento que apresenta as informações essenciais acerca do objeto do convênio, em que a entidade sem fins lucrativos terá de apresentar[285]: (i) as razões que justifiquem a celebração do convênio; (ii) o objeto a ser executado; (iii) a descrição das metas a serem atingidas, qualitativa e quantitativamente; (iv) licença ambiental prévia, quando o convênio envolver obras, instalações ou serviços que exijam estudos ambientais; (v) etapas ou fases da execução do objeto, com previsão de início e fim; (vi) o plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e a contrapartida financeira do proponente; (vii) cronograma de desembolso; (viii) comprovação pelo convenente de que não se encontra em situação de mora ou inadimplência perante órgão ou entidade da administração pública federal direta e indireta, conforme o explicitado no item anterior; (ix) quando o convênio tiver por objeto a execução de obras ou benfeitorias de imóvel, comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel, mediante certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente; (x) projeto básico, consistente na exposição dos elementos que caracterizem de modo preciso a obra, instalação ou serviço objeto do convênio.

Embora estas informações constituam exigências previstas em atos normativos de natureza legal e também administrativa, a referida legislação não estabelece parâmetros precisos para que a administração pública avalie a adequação de cada um dos referidos itens do plano de trabalho. Por sua vez, os manuais elaborados pelos órgãos gestores de recursos públicos, que oferecem instruções para o preenchimento dos campos do plano de trabalho, tampouco oferecem diretrizes para que as entidades indiquem com precisão informações de caráter material do convênio, como objeto a ser executado, metas a serem atingidas, cronograma de execução e desembolso coerente com o objeto o a ser realizado etc.

Não há ato normativo que esclareça, por exemplo, a diferenciação que um plano de trabalho deve apresentar entre os diferentes níveis de mensuração das metas de um projeto, como a unidade de insumo e a unidade de produto. A unidade de produto se traduz em realizações pretendidas pelo projeto, ao passo que a unidade de insumo deve destacar os meios necessários para o alcance dos resultados. No tocante à unidade de produto final, "a questão toda é que não basta identificar um produto final qualquer; é necessário que esse

---

[284] Consoante art. 32 da Lei nº 11.349/06.

[285] Os elementos mínimos e essenciais de um plano de trabalho foram previstos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu art.116, e pela IN STN nº 1/97, em seu art. 2º.

indicador de resultados seja realmente representativo do que a instituição pretende alcançar substantivamente com o Programa."[286]

O resultado dessas lacunas legislativas propicia um cenário em que os planos de trabalho são mal elaborados, seus objetos são imprecisos, suas metas são insuficientemente descritas, sem uma coerente mensuração de suas unidades de produto e insumos, seus projetos básicos não são apresentados, ou o são de forma incompleta e com informações insuficientes etc.[287]

A celebração de convênios superveniente ao exame precário dos planos de trabalho pelos órgãos gestores de recursos inviabiliza, ademais, uma avaliação dos resultados dos projetos executados pelas entidades do terceiro setor, conforme será melhor explicitado adiante.

d) Limitações à utilização de recursos

Os instrumentos normativos que disciplinam os convênios estabelecem algumas limitações à gestão de recursos públicos. O art. 8º da IN STN nº 1/97 proíbe que nos convênios: (i) sejam realizadas despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar; (ii) sejam pagos, a qualquer título, serviços de consultoria ou assistência técnica realizados por servidor ou empregado público, integrantes do quadro pessoal de órgão ou entidade pública da administração direta ou indireta; (iii) altere-se seu objeto; (iv) utilize-se, mesmo em caráter emergencial, recursos em finalidade diversa da estabelecida no termo de convênio; (v) realize-se despesas em data anterior ou posterior à vigência dos convênios; (vi) atribua-se vigência ou efeitos financeiros retroativos; (vii) realize-se despesas com taxas bancárias, com multas, juros ou correção monetária; (viii) sejam transferidos recursos a clubes, associações de servidores ou quaisquer entidades congêneres, excetuadas creches e escolas para o atendimento pré-escolar; (ix) realize-se despesas com publicidade, salvo as de caráter educativo, informativo ou de orientação social, das quais não constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

---

[286] GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13. ed. São Paulo: Atlas 2005, p. 169.
[287] Cf. Acórdão nº 2066/2006. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU** 13 nov. 2006.

Conforme será examinado adiante, as limitações legais acima constituem os temas mais polêmicos do ponto de vista da percepção que as entidades do terceiro setor possuem acerca da legislação que rege os convênios. Ver-se-á que as entidades, em razão de sua atuação não lucrativa, possuem dificuldades específicas para se adequarem a algumas das referidas normas. Por ora, no entanto, será realizada apenas uma descrição desses instrumentos limitadores da gestão de recursos públicos em sede de convênio.

A primeira hipótese de vedação instituída pelo art. 8º da IN STN nº 1/97 é de que sejam previstas no plano de trabalho do convênio despesas a título de taxa de administração, consistente numa remuneração à entidade sem fins lucrativos pelos serviços que ela presta diretamente para a execução do convênio, como serviços administrativos, de intermediação, bem como as próprias ações que desenvolvem para a realização do objeto do ajuste. Demais disso, despesas operacionais da entidade, como telefone, luz, internet e outros acabam, ainda que sem previsão legal, sendo abrangidos no conceito de taxa de administração pelos gestores dos recursos públicos, de modo que aquelas igualmente não podem ser custeadas com os recursos públicos transferidos por convênios. Tais despesas, no entanto, poderão configurar a própria contrapartida do convenente para a realização do objeto ajustado.

A proibição do custeio da taxa de administração visa a sobretudo garantir que os recursos transferidos não sejam desviados do objeto pactuado, uma vez que despesas gerais das entidades sem fins lucrativos, não decorrentes da realização do objeto do convênio, poderiam ser suportadas por esses recursos.

Ademais, o regime dos convênios é aplicado para a realização de projetos e eventos de duração certa[288], de modo que não há amparo na legislação atualmente vigente para que atividades de natureza continuada desenvolvidas por entidades sem fins lucrativos sejam remuneradas com verbas decorrentes da celebração de convênios.

Esta é a razão pela qual os órgãos aplicadores da referida legislação, dos quais se pode destacar os órgãos gestores de programas, bem como o TCU[289], não permitem que se remunere, por meio de convênios, empregados da própria entidade convenente, que mantêm

[288] Assim prescreve o art. 1º da IN STN nº 1/97: "A execução descentralizada de Programa de Trabalho a cargo de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, que envolva a transferência de recursos financeiros oriundos de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, objetivando a realização de programas de trabalho, projeto, atividade ou de eventos **com duração certa**, será efetivada mediante a celebração de convênios ou destinação por Portaria Ministerial, nos termos desta Instrução Normativa, observada a legislação pertinente."

[289] A esse respeito, cf. Acórdão do TCU nº 235/2003. Relator: Ubiratan Aguiar. **DOU** 28 mar. 2003.

com esta vínculo permanente, em conformidade com a Consolidação das Leis do Trabalho ("CLT").[290] Embora não haja previsão legal que institua o referido impedimento, tem se admitido, tão somente, a contratação temporária de serviços de terceiros que não possuam vínculo trabalhista com a entidade.

Duas problemáticas, no entanto, decorrem desta proibição: (i) uma fração considerável das despesas operacionais das entidades - como telefone, luz, custos de internet, cópias reprográficas, bem como despesas com pessoal, embora não tenham caráter temporário, são aplicadas na execução do objeto do ajuste, durante o período de sua vigência; (ii) parte considerável das entidades sem fins lucrativos, sem vocação para a captação de auxílio financeiro privado, muitas vezes revelam-se impossibilitadas de arcar, por meio de recursos próprios, com despesas operacionais e custos administrativos que estariam obrigadas a oferecer como contrapartida.

Novamente, observa-se que a proibição ora tratada revela-se mais ajustável às parcerias público-públicas (entre União e Estados ou entre União e Municípios), em que ambos os partícipes, via de regra, possuem meios para arcar com seus custos administrativos. No tocante às parcerias entre União e entidades pertencentes ao terceiro setor, o referido dispositivo normativo revela-se rígido e desajustado à realidade da grande maioria das organizações não governamentais, incapazes de angariar recursos privados para sua manutenção. A esse respeito, as razões para esse desajustamento entre legislação e seus destinatários, sob a perspectiva das entidades sem fins lucrativos, será devidamente descrita no último capítulo deste trabalho.

A segunda proibição instituída pela IN STN nº/97 (art. 8º, II) incide sobre eventuais serviços de consultorias que servidores públicos federais, estaduais e municipais pertencentes tanto à administração direta quanto à indireta prestem visando à realização do objeto do convênio.[291] A remuneração de servidores por meio de convênio é proibida, com o objetivo de coibir eventuais incrementos salariais e remunerações que se distanciem das finalidades dos convênios. Esta proibição tem pouca aplicabilidade prática para os convênios celebrados entre União e entidades privadas sem fins lucrativos, já que estas normalmente não recorrem à consultoria de servidores públicos para executarem o objeto dos convênios. Embora o referido

[290] Do mesmo modo, não é permitido que se efetue a subcontratação de pessoas jurídicas das quais membros da entidade convenente possuam participação societária. Cf. Acórdão do TCU nº 3.559/06. Primeira Câmara. Relator: Augusto Narces. **DOU**, 08 dez 2006.
[291] Esta vedação também recebe semelhante tratamento na LDO. Cf. art. 31, VIII da Lei nº 11.349/06.

dispositivo proíba que convenentes públicos contratem seus próprios servidores ou empregados públicos para a execução de serviços técnicos que constituam objeto do convênio, este nada prevê acerca da possibilidade de entidades privadas sem fins lucrativos contratarem seus próprios empregados para executarem serviços técnicos especializados. No entanto, conforme já observado, os gestores dos programas e os órgãos de controle das *transferências voluntárias* têm se manifestado contrariamente a essa possibilidade, estendendo as proibições aplicáveis ao setor público para o setor privado sem fins lucrativos.

Quanto à proibição de clubes, associações de servidores ou quaisquer entidades congêneres, excetuadas as creches e escolas de atendimento pré-escolar, de configurarem como partícipes em convênio (art. 8º, VIII). Estas entidades são também conhecidas como organizações privadas de *benefício mútuo*, que embora não possuam fins lucrativos, têm como objetivo a defesa ou promoção de interesse de seus membros instituidores. Estas, no entanto, não representam a totalidade das organizações de *benefício mútuo*, pois há uma série de outras entidades que atuam em defesa de interesses coletivos, porém restritivos a um grupo determinado, como partidos políticos, associações religiosas, sociedades e associações de produtores, associações de moradores, grêmios literários ou culturais etc., sendo que algumas destas permanecem celebrando convênios com o poder público.[292]

No tocante à proibição da realização de despesas com taxas bancárias, multas, juros ou correção monetária (art. 8º, VII), observa-se que esta também se estende aos tributos, contribuições previdenciárias dos prestadores de serviços técnicos contratados, enfim, a encargos diversos que deverão ser custeados pela entidade privada sem fins lucrativos. A mesma observação feita anteriormente para a dificuldade que as entidades sem fins lucrativos possuem de suportar despesas operacionais se aplica os encargos de ordem financeira, previdenciária e tributária que estas terão de arcar.

A IN STN nº 1/97 proíbe, ainda, que sejam realizadas despesas com publicidade, salvo as de caráter educativo, informativo ou de orientação social, das quais não constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (art. 8º, IX). Trata-se de mais um dispositivo que se destina precipuamente às parcerias público-publicas, e não às parcerias envolvendo o setor privado sem fins lucrativos, já que visa a coibir que projetos, eventos e obras sejam utilizados para fins político-eleitoreiros dos convenentes públicos.

Embora a IN/STN nº 1/97 estabeleça um rol extenso de proibições à utilização de recursos repassados por meio do convênio, restrições adicionais poderão advir de outras normas que disciplinam as *transferências voluntárias*.

A LDO, nesse sentido, proíbe o pagamento de diárias e passagens com verba de convênio a servidores ou empregados públicos pertencentes ao quadro pessoal do órgão repassador de recursos.[293] As diárias e passagens são permitidas, no entanto, a empregados da entidade sem fins lucrativos convenente, quando estes necessitam se deslocar para desempenhar as atividades inerentes ao objeto do convênio.[294] Embora a LDO não preveja expressamente a proibição do pagamento de diárias para os dirigentes da entidade, os órgãos repassadores de recursos não têm autorizado a realização da referida despesa, por estes têm uma tendência de considerar proibido tudo aquilo que não é permitido expressamente. Dessa forma, tem-se proibido o custeio de diárias para diretores da entidade sem fins lucrativos, ao passo que para os empregados desta o pagamento de diárias é permitido.

Estabelecidas as restrições à celebração de convênios, as entidades sem fins lucrativos terão de submeter seus planos trabalho sem infringir as referidas normas. Observa-se, no tocante a algumas limitações acima assinaladas que não possuem previsão legal, que os entendimentos sobre o que pode ou não ser aceito como despesa no plano de trabalho de um convênio variará de um órgão concedente para outro. Caberá à entidade sem fins lucrativos, nesse contexto, dialogar com o órgão gestor do programa orçamentário do qual pretende participar, de modo a se certificar de que as limitações impostas pelo concedente não impedirão a realização dos objetivos e o cumprimento das metas do seu projeto.

e) Comprovação da Capacidade Técnica

No que diz respeito à comprovação da capacidade técnica das entidades para implementar o projeto submetido ao órgão concedente, a IN STN nº 1/97, principal instrumento a disciplinar os convênios, não oferece critérios para que se afira a capacidade técnica das entidades proponentes de projetos. A comprovação da capacidade técnica das entidades para a execução dos projetos que estas propõem não é sequer obrigatória, conforme se depreende da leitura do art. 4º, II da IN STN nº 1/97, que prevê que os setores técnico e

[292] As entidades de *benefício mútuo*, conforme será visto, estão impedidas de pleitear a qualificação de Oscip.
[293] Art. 25, X, da Lei nº 11.514/2007.

jurídico do órgão gestor responsável por efetuar os repasses deverão examinar os "documentos comprobatórios da capacidade jurídica do proponente e de seu representante legal; da capacidade técnica, *quando for o caso*[295], e da regularidade fiscal, nos termos da legislação específica."[296]

Demais disso, a partir de um exame dos principais manuais de apresentação de projetos elaborados pelos órgãos gestores de recursos públicos[297], verifica-se não existir exigências de controle prévio que busquem avaliar a capacidade técnica e operacional das entidades proponentes. Os manuais, neste particular, não procuram complementar a referida lacuna da IN STN nº 1/97, restringindo-se, na esteira deste ato normativo, a exigir documentação que comprove apenas a capacidade jurídica dos proponentes.

Verifica-se, em face da ausência de instrumentos legais que instituam obrigações, tampouco ofereçam diretrizes para que os órgãos gestores de recursos públicos exijam documentos aptos a comprovar a *expertise* das entidades proponentes de projetos, que não é realizada, em sede de controle prévio, uma avaliação a respeito da capacidade técnica e operacional dessas organizações.

No último capítulo ver-se-á que este é um tema caro ao TCU, que aposta na avaliação da capacidade técnica e operacional das proponentes como principal vetor do controle prévio, responsável pelos sucessos, e também pelos fracassos, da execução dos projetos empreendidos por entidades sem fins lucrativos. Em relatório consolidado de auditorias realizadas no segundo semestre de 2005, com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais repassados pela União ou entidades da Administração indireta a organizações não governamentais, por meio de convênios e instrumentos congêneres, o TCU concluiu que na totalidade dos casos examinados "inexiste qualquer avaliação quanto a qualificação técnica e operacional da convenente para consecução dos custos envolvidos."[298]

---

[294] Art. 25, X, a da Lei nº 11.514/2007.
[295] Art. 4º, II da IN STN nº 1/97.
[296] Este é o entendimento do Ministro do TCU Marcos Vinicios Vilaça: "(...) continuo achado que a IN/STN nº 1/97, apesar de fazer referência à 'condição' e 'capacidade' da entidade, está longe de exigir prévia comprovação de capacidade operacional." Acórdão do TCU nº 177/05. Plenário. Relator: Marcus Vinicios Vilaça. **DOU**, 22 nov. 2005.
[297] Os manuais diferenciam-se entre si em razão das práticas institucionais e especificidades qualitativas de cada órgão gestor de recursos públicos, de modo que o rol de documentos exigidos das entidades sem fins lucrativos nesta etapa de controle prévio pode variar de um órgão repassador para outro.
[298] Acórdão nº 2066/2006. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU** 13 nov. 2006.

A documentação efetivamente exigida das entidades restringe-se, diante dessas constatações, a atestar a regularidade jurídica das entidades sem fins lucrativos, sem um exame qualitativo acerca de sua capacidade técnica e operacional.

Foi visando solucionar o problema[299] acima descrito que o já referido Decreto nº 6.170/07, cuja entrada em vigor está prevista para 1º de janeiro de 2008, em seu artigo 5º, estabeleceu, *verbis*:

> Art. 4º A celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público, a critério do órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.
>
> (...)
>
> Art. 5º O chamamento público deverá estabelecer critérios objetivos visando à **aferição da qualificação técnica e capacidade operacional** do convenente para a gestão do convênio. (grifo nosso)

Observa-se, no entanto, que a legislação não estabelece diretrizes mínimas para que os órgãos gestores dos programas estabeleçam critérios de aferição de qualificação técnica e capacidade operacional dos convenentes.

Demais disso, sem a introdução de mecanismos de implementação que viabilizem o cumprimento do disposto no art. 5º, os órgãos gestores de recursos públicos tenderão a elaborar critérios genéricos e lacônicos, que não viabilizarão o controle prévio nos termos preconizados pelos órgãos de controle da destinação dos recursos públicos, como o TCU e a CGU, órgãos que auxiliaram diretamente o Ministério do Planejamento na elaboração do Decreto nº 6.170/07.

f) Contrapartida

O plano de trabalho, conforme mencionado, obriga que o proponente preveja o montante de recursos que oferecerá em contrapartida aos recursos recebidos da União.

A contrapartida foi introduzida no ordenamento jurídico apenas recentemente, com a edição da IN STN nº 1/97. Durante a vigência da IN STN nº 2/93, instrumento normativo que

[299] A IN STN nº 7, de 20 de novembro de 2007, alterou o § 2º do art. 1º da IN STN 01/97, que trata da descentralização de ações do governo federal para outros entes federativos por meio da celebração de convênios, passando a exigir, para que seja autorizada a referida descentralização, que os entes federativos (Estados, Municípios e Distrito Federal) comprovem dispor de "**condições para consecução do objeto do Programa de Trabalho** relativo à ação e desenvolvam programas próprios, idênticos ou assemelhados". Não há, no entanto, quaisquer critérios indicativos do que seja dispor de condições para a consecução do objeto conveniado.

antecedeu a IN STN nº 1/97 na regência dos convênios, não havia qualquer previsão da figura da contrapartida. Sua introdução foi motivada pela "necessidade de envolver, comprometer, definitivamente, quem venha a participar das ações do governo federal mediante convênio"[300], de maneira a erradicar a idéia de que as *transferências voluntárias* eram realizadas a fundo perdido.

Conforme já observado, as entidades de assistência social e saúde registradas no CNAS estão isentas da obrigação de oferecerem contrapartida, por força do art. 37, § 2º, da vigente LDO. As demais entidades, no entanto, estão obrigadas a oferecerem contrapartida, a qual será sempre estabelecida em termos percentuais do valor total previsto no convênio.

A LDO estabeleceu percentuais de contrapartida para os Municípios que celebram convênios com a União, os quais foram elaborados em função do Índice de Desenvolvimento Humano ("IDH") daquelas unidades federativas. No tocante aos percentuais a serem oferecidos pelas entidades sem fins lucrativos, estes serão idênticos aos dos Municípios onde as ações das organizações não governamentais forem executadas.[301] Sendo assim, o limite mínimo e máximo de contrapartida será de: (i) 3% (três porcento) e 5% (cinco porcento) para as ações realizadas em Municípios com até 25.000 habitantes; (ii) 5% (cinco porcento) e 10% (dez porcento) para atividades desenvolvidas nos Municípios localizados nas áreas da Agência de Desenvolvimento do Nordeste ("ADENE") e da Agência de Desenvolvimento da Amazônia ("ADA") e na Região Centro-Oeste; (iii) 20% (vinte porcento) e 40% (quarenta porcento) para os projetos realizados nos demais Municípios.[302]

Estes limites, de acordo com o § 2º do inciso I do art. 45 da LDO, poderão ser reduzidos por ato do titular do órgão concedente, quando os recursos transferidos pela União: (i) forem oriundos de doações de organismos internacionais ou de governos estrangeiros, ou de programas de conversão da dívida externa doada para fins ambientais, sociais, culturais ou de segurança pública; (ii) beneficiarem ações realizadas em Municípios incluídos em bolsões

---

[300] RIBEIRO, Jorgue Miranda; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União:** temas polêmicos, doutrina, jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 114.

[301] Esta norma parece ter sido muito mal formulada, na medida que uma entidade pode ter sede em um grande centro urbano, movimentar vultos recursos privados e públicos, porém realizar sua missão institucional em locais de menor desenvolvimento. Os percentuais, no tocante às entidades sem fins lucrativos, deveria ser estabelecido em face de critérios objetivos, condizentes com a capacidade financeira da entidade convenente.

[302] Cf. art. 45, § 1º, inciso I da LDO (Lei nº 11.439, de 29 de dezembro de 2006). Estes percentuais são os mesmos desde a LDO de 1996 (Lei nº 9.293, de 15 de julho de 1996), "quando a situação econômica do País não era igual a atual", de modo que se defende sua reavaliação anual. RIBEIRO, Jorgue Miranda; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União:** temas polêmicos, doutrina, jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 114.

de pobreza, assim identificados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e de Combate à Fome, que fará publicar relação no DOU; (iii) destinarem-se a: a) ações de assistência social, segurança alimentar e combate à fome, bem como aquelas de apoio a projetos produtivos em assentamentos constantes do Plano Nacional de Reforma Agrária ou financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza; b) a Municípios que se encontrem em situação de emergência ou estado de calamidade pública formalmente reconhecidos por ato do governo federal, durante o período em que essas situações subsistirem; c) ao atendimento dos programas de educação básica; e d) ao atendimento de despesas relativas à segurança pública. (iv) beneficiarem ações realizadas com população de até 25.000 (vinte e cinco mil) habitantes nas áreas da ADENE e ADA e na Região Centro-Oeste, que tenha IDH Municipal abaixo de 0,600 ou estejam localizados na faixa de fronteira, desde que os recursos transferidos pela União destinem-se a ações de interesse social que visem à melhoria da qualidade de vida e contribuam para a redução das desigualdades regionais.

Não obstante serem legítimos os problemas que ensejaram a introdução da contrapartida no regime das *transferências voluntárias* realizadas mediante convênio, esta também ensejou efeitos perversos. Segundo Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires,

> não tem sido tranqüila a relação do concedente (ente governamental) com aqueles que pretendem celebrar tal pacto. Muita crítica há contra a exigência da contrapartida, sob o argumento de que ela inibe a participação de entidades públicas ou privadas carentes de recursos de natureza financeira, de bens ou serviços. Seria, segundo alguns, uma forma velada de se excluir dos convênios aqueles que mas dele necessitassem para levar benefícios às comunidades que administram.
>
> Na outra ponta, está o Governo Federal, cansado de ser ludibriado, frente à falta de sinceridade de muitos convenentes no cumprimento do pacto (..). Sabe ele, o Governo, que recuar - acabando com a exigência de contrapartida - pode significar a reabertura dos caminhos para 'malandros' e outros descomprometidos com as causas das comunidades beneficiárias, a volta de um passado nada glorioso. (...) Outro problema a superar seria encontrar fórmula capaz de seduzir os críticos sem deixar que o convenente ofereça uma garantia no cumprimento do avençado.[303]

Algumas intervenções normativas foram introduzidas visando a minimizar tais dificuldades. Não obstante serem os percentuais acima referidos, a LDO prevê a possibilidade de que estes sejam reduzidos, apenas no tocante aos convênios celebrados com organizações privadas sem fins lucrativos, por ato do titular do órgão responsável pela execução dos respectivos programas, o qual levará em consideração diretrizes do órgão colegiado ou

[303] RIBEIRO, Jorgue Miranda; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União:** temas polêmicos, doutrina, jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 114.

conselho ao qual a política pública esteja relacionada.[304] Na prática, no entanto, "não se tem notícia de que este ou aquele órgão federal tenha se utilizado da prerrogativa de reduzir o percentual fixado na LDO."[305]

Independentemente do percentual a que esteja obrigada a entidade sem fins lucrativos para cumprir com a sua obrigação de contrapartida, fato é que a maioria dos órgãos responsáveis pela execução de programas orçamentários tem admitido a contribuição das organizações não governamentais sob a forma de bens e serviços por elas fornecidos.[306] Dessa forma, a entidade sem fins lucrativos, na maioria das situações, não se obriga a oferecer como contrapartida dinheiro, do qual normalmente não dispõe, oferecendo, por outro lado, seus recursos humanos, suas instalações, os custos de manutenção dos convênios, dentre outras despesas, desde que estas possam ser traduzidas monetariamente para fins de cumprimento das regras que estabelecem os percentuais acima referidos.

Observa-se, no entanto, que nas situações em que as entidades sem fins lucrativos se obrigam a oferecer contrapartida financeira, os valores referentes a esta terão de ser depositados na conta bancária específica do convênio, de acordo com o cronograma de desembolso previamente aprovado pelo órgão concedente. Esta obrigação foi introduzida pelo Decreto nº 6.170/07 (art. 7º, § 1º), coadunando-se com o entendimento do TCU de que a medida facilitará o controle da aplicação dos recursos provenientes de contrapartida, já que "a execução financeira da contrapartida de fora das contas específicas dos convênios dificulta a constatação da efetiva integralização de tais recursos e eleva a possibilidade de fraudes na sua utilização".[307]

g) Documentação Exigida

---

[304] Cf. art. 37, § 1º e 3º da LDO (Lei nº 11.439, de 29 de dezembro de 2006).

[305] RIBEIRO, Jorgue Miranda; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União:** temas polêmicos, doutrina, jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 115.

[306] A possibilidade do oferecimento de contrapartida sob a forma de bens e serviços foi parcialmente ameaçada com a IN STN nº 04/2007, de 18 de maio de 2007, que suprimiu o § 2º do art. 2º da IN STN nº 1/97. O dispositivo revogado permitia a contrapartida sob a forma de bens e serviços economicamente mensuráveis, de modo que, com a sua extinção, passou-se a aceitar como contrapartida apenas recursos financeiros. No entanto, Decreto nº 6.170/07, previsto para entrar em vigor em 1º de julho de 2008, admitirá a contrapartida sob a forma de bens e serviços economicamente mensuráveis, de modo que a restrição da IN STN nº 4/07 perderá sua validade.

[307] Acórdão do TCU nº 1.936/2003. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 23 dez. 2003. e cf. Acórdão do TCU nº 2.261/2005. Plenário. Relator: Guilherme Palmeira. **DOU**, 03 jan. 2006.

Uma vez aprovado o plano de trabalho, a entidade proponente deverá apresentar documentação complementar que comprove sua capacidade jurídica, regularidade fiscal, adimplência perante a administração pública etc.

No tocante à demonstração de regularidade perante órgãos da administração pública, estas devem apresentar: (i) certidão negativa de dívida ativa da União, Estados e Município; (ii) certidão negativa expedida pelo INSS; (iii) certificado de regularidade do FGTS; (iv) declaração ou certidão de que não se encontra inscrito no Sistema Integrado de Administração Federal ("SIAFI"); (v) certidão ou declaração de que não se encontra inadimplente no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados ("CADIN"); (vi) outra declaração registrando que não está em mora ou com débito junto aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal Direta ou Indireta; (vii) certificado de registro ou comprovante no CNAS, quando for o caso.

Dos documentos acima assinalados, as certidões do SIAFI e do CADIN atestam que as entidades não possuem qualquer inadimplência no tocante à gestão de recursos públicos federais. Observa-se, a esse respeito, que a negativação poderá ocorrer não só quando as contas apresentadas forem rejeitadas, mas também quando esta se omite ou atrasa a apresentação de quaisquer dos documentos exigidos nesta fase de controle posterior à realização do objeto conveniado.[308]

A entidade cujas contas forem rejeitadas e que conste como inadimplente nos referidos cadastros poderá ser liberada para receber novas transferências caso seja instaurada tomada de contas especial contra o administrador responsável pela gestão dos recursos da época em que foram cometidas as irregularidades, e desde que este deixe de responder administrativamente pela entidade.[309] Esta regra vai ao encontro de decisões do poder judiciário[310] e do TCU, que

---

[308] Cf. art. 5º, § 1º da IN STN nº 1/97. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, que dispõe sobre o CADIN, estabelece que entidade declarada inapta perante o Cadastro Geral de Contribuintes ("CGC") também terá seu nome incluído no CADIN.

[309] Art. 5º, § 2º da IN STN nº 1/97.

[310] Cf. o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal ("STF"): MS nº 21.644/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Sessão de 4-11-1993. **DOU,** p. 43.204, 08 nov. 1993. Eis o teor da ementa: "Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. 2. Prestação de contas referente à aplicação de valores recebidos de entidades da administração indireta, destinados a Programa Assistencial de Servidores de Ministério, em período em que o impetrante era Presidente da Associação dos Servidores do Ministério. 3. O dever de prestar contas, no caso, não é da entidade, mas da pessoa física responsável por bens e valores públicos, seja ele agente público ou não."

sustentam que a negativação deva atingir apenas o administrador, executor ou gerente da entidade, e não a pessoa jurídica.[311]

Quando houver previsão no convênio de pagamentos à entidade sem fins lucrativos dividido em parcelas, a regularidade fiscal deverá ser comprovada não somente antes da celebração do convênio, mas também em momento anterior à realização de cada pagamento. Esta exigência de aferição da regularidade fiscal ao longo de toda a execução do convênio até recentemente não estava prevista em nenhum instrumento normativo, tendo sido incorporada à IN/STN nº 1/97[312] por decorrência de sucessivas recomendações do TCU.[313]

h) Cláusulas ou condições proibidas e obrigatórias

Além das referidas proibições de realização de certas despesas, a IN STN n 1º/97 também impõem restrições a outras condições de celebração dos convênios, que dizem respeito a condutas que não poderão ser realizadas durante a execução do projeto.

O referido instrumento normativo proíbe, em seu art. 8º, inciso III, que o objeto do convênio seja alterado após sua aprovação. A medida visa a garantir uma maior efetividade na etapa de controle prévio, obrigando as entidades a elaborarem planos de trabalho com objeto suficientemente claro. Essa vedação não impede que metas, bem como prazos de vigência do plano de trabalho, sejam modificados após pedido fundamentado da entidade convenente e aprovação do órgão concedente.

A IN STN nº 1/97 também proíbe que a entidade convenente empregue recurso em finalidade diversa do pactuado (art. 8º, IV). Esta medida visa a coibir o risco de malversação de recursos públicos decorrente da realização de despesa não submetida a controle prévio. Embora esta norma seja costumeiramente infringida por convenentes, o TCU tem se revelado cada vez mais intolerante a essas práticas.[314] A proibição do desvio de finalidade, mesmo em

[311] Cf. Acórdão do TCU nº 351/99. Relator: Ministro Adylson Motta. **DOU** n. 233, seção, p. 107, 1 dez 2003. Na ocasião, o relator entendeu que "o responsável pela correta aplicação e gerenciamento de recursos públicos, por força do disposto no art. 93 do Decreto-lei nº 200/67, é sempre a pessoa física que tiver tal incumbência e não a pessoa jurídica à qual ele se vincula ou se vinculou à época do recebimento dos mesmos."
[312] Esta exigência foi introduzida na IN STN nº 1/97 pela IN STN nº 4, de 17.05.2007.
[313] Cf., à título de exemplo, o Acórdão do TCU de nº 999/2003. **Diário Oficial da União** ("DOU") nº 152, 8 ago. 2003.
[314] Excepcionalmente, o TCU admite o desvio de finalidade quando este ocorrer em "benefício da comunidade". A esse respeito. Cf. Decisão nº 262/1992. Primeira Câmara. Relator: Bento José Bugarin. **DOU**, 17 jul. 1992, p. 9.499, em que aprovou-se as contas de prefeito que substituiu a construção de escolas pela recuperação daquelas

caráter emergencial, visa a afastar alegações, sobretudo provenientes de Municípios que celebram convênios com a União, de que os recursos foram desviados para custear necessidades fundamentais que as municipalidades estariam impossibilitadas de manter por conta de supervenientes dificuldades financeiras e escassez de recursos orçamentários.[315]

A IN STN nº 1/97 igualmente proíbe a realização de despesas em data anterior ou posterior à vigência dos convênios (art. 8º, V). Esta proibição visa a coibir vício que, por vezes, possui caráter apenas formal, em situações em que o objeto do convênio é bem executado e que, por razões de urgência e/ou entraves burocráticos, não se revela possível a realização dos pagamentos dentro do período previamente aprovado para a vigência do convênio.

Já o impedimento de se atribuir efeitos retroativos ao marco inicial ou ao ato de prorrogação da vigência dos convênios (art. 8º, VI) tem como principal conseqüência impedir que contrato extinto seja prorrogado ou renovado, exigindo-se que os partícipes celebrem novo convênio para a continuação de seus programas.

Para serem formalizadas, as minutas de convênios a serem submetidas à apreciação técnica e jurídica do órgão concedente devem prever cláusulas obrigatórias, muitas das quais reproduzindo informações do plano de trabalho aprovado, como objeto do projeto, obrigações de cada um dos partícipes, inclusive a contrapartida, período de vigência, liberação dos recursos condicionada ao cronograma de desembolso etc.[316] Há outras cláusulas, além daquelas, que estabelecem prerrogativas e obrigações aos partícipes condizentes com o regime de direito público incidente sobre os convênios.

Uma prerrogativa atribuída à União digna de nota é a de conservar a autoridade normativa e exercer o controle e fiscalização sobre a execução do convênio, podendo ainda assumir ou transferir responsabilidade pelo mesmo para evitar a descontinuidade do serviço, quando este é paralisado ou fatos relevantes o justifiquem.[317]

Uma das importantes obrigações que constitui cláusula essencial de todo e qualquer convênio é aquela atribuída à entidade convenente, de restituir ao órgão concedente valores

---

existentes, em face de considerável atraso de liberação de verba pelo órgão gestor do convênio, em período de alta inflação, que resultou na corrosão do poder de compra da moeda.

[315] Cf. Acórdão do TCU nº 1088/2003. Segunda Câmara. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. **DOU** 08 jul. 2003.

[316] Cf. art. 7º e incisos da IN STN nº 1/97.

[317] Art. 7º, V da IN STN n 1º/97.

transferidos e atualizados monetariamente, sempre que o objeto do convênio não for executado, quando não for apresentada prestação de contas parcial ou final no prazo exigido e quando os recursos forem utilizados em finalidade diversa da estabelecida no ajuste.[318] A entidade sem fins lucrativos também está obrigada, por força de cláusula essencial do convênio, a restituir aos cofres públicos os valores correspondentes à contrapartida que porventura não seja aplicada na consecução do objeto do convênio.[319] Caso haja saldo na conta corrente do convênio após o término da execução do projeto, estes serão devolvidos ao órgão concedente, incluindo os rendimentos em aplicação financeira.[320]

O Decreto nº 6.170/07, previsto para vigorar a partir de 1º de julho de 2008, estabeleceu, como cláusula essencial, a obrigação exclusiva ao órgão gestor dos recursos de indicar a formal pela qual acompanhará a execução do objeto do convênio, a qual deverá ser "suficiente para garantir a plena execução física do objeto."[321] Esta obrigação foi instituída visando atender à expectativa dos órgãos de controle de enfrentar um quadro de negligência no acompanhamento da execução dos convênios por parte dos órgãos gestores de recursos públicos, conforme se pode depreender de diversas manifestações do TCU a esse respeito.[322]

Essas obrigações foram instituídas visando a garantir que os recursos, pela sua natureza de dinheiro público, não sejam transferidos "a fundo perdido", nos termos das observações já realizadas.

3.1.1.2 Instrumentos de controle concomitante

a) Movimentação dos Recursos

Na fase de execução do objeto pactuado no convênio, os recursos previamente autorizados são liberados para uma conta bancária da entidade sem fins lucrativos vinculada especificamente à execução financeira do projeto. Caso a contrapartida da entidade sem fins

---

[318] Art. 7º, XII, alíneas a, b e c da IN STN nº 1/97.
[319] Art. 7º, XIII da IN STN n 1º/97.
[320] Art. 7º, XI da IN STN n 1º/97.
[321] Art. 6º, parágrafo único.
[322] Cf. **Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República**: exercício de 2006. Brasília: TCU, 2007. p. 240-246. 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.

lucrativos seja oferecida em dinheiro, este também deverá ser depositado na referida conta bancária.

A movimentação dos recursos em conta bancária deve obedecer a regras específicas, cuja rigidez em certas situações se justifica para evitar gestões fraudulentas dos recursos públicos. O art. 20 da IN STN nº 1/97 estabelece que, enquanto não utilizados, os recursos deverão ser aplicados em caderneta de poupança ou fundo de aplicação financeira de curto prazo[323], e, uma vez resgatados, deverão ser aplicados no objeto do convênio, jamais podendo ser computados como contrapartida[324] da entidade convenente.

A movimentação dos recursos deve ser realizada, exclusivamente, mediante cheque nominativo, ordem bancária, transferência eletrônica disponível ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil, desde que os saques nas referidas modalidades permitam identificar a destinação do recurso ou a identificação do credor. Não é permitido, nessa esteira, saque integral para pagamento, em espécie, a diversos fornecedores, conduta corriqueiramente praticada pelas entidades convenentes desavisadas.

O Decreto nº 6.170/07, atualmente em *vacatio legis*, introduzirá mudança significativa no tocante à movimentação de recursos públicos, já que só permitirá pagamentos realizados "exclusivamente mediante crédito na conta bancária de titularidade dos fornecedores ou prestadores de serviços".[325] Esta modificação já provocou manifestações efusivas de representantes de entidades sem fins lucrativos, dentre as quais se pode destacar a coordenadora da Pastoral da Criança, Zilda Arns. Afirma Zilda:

> Acabei de voltar do Norte do País agora. Visitei cinco Estados da Amazônia. Quer dizer que, para pagar um barco, tem de dar um cheque? Torna-se inviável. São coisas feitas para acabar com as entidades do terceiro setor ou porque ignoram a realidade brasileira.[326]

Conforme será visto no capítulo seguinte, problemas semelhantes ao mencionado por Zilda Arns são corriqueiramente vivenciados por entidades sem fins lucrativos, que atuam localmente em regiões de precária infraestrutura que as impedem de se adequar a uma série de

---

[323] Segundo dicção do Art. 10, § 4º do Decreto 6.170/07, que vigorará a partir de 1º de julho de 2008, os recursos serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, e serão destinados a fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública quando a utilização desses recursos verificar-se em prazos menores que um mês.
[324] A própria contrapartida, conforme já assinalado, deve ser depositada na conta bancária do convênio e sua movimentação obedecerá às mesmas regras aplicáveis aos recursos provenientes do órgão concedente. Cf. Art. 7º, § 1º do Decreto nº 6.170/07.
[325] Art. 10, § 10, II do Decreto nº 6.170/07.

exigências estabelecidas pelas normas de controle posterior, como a apresentação de documentos fiscais para a comprovação da realização de despesas.

b) Licitação

A Secretaria do Tesouro Nacional, em 25 de setembro de 2003, publicou a IN nº 3/93, que alterou o art. 27 da IN/STN nº 1/97, estendendo às entidades privadas a obrigação de observarem a Lei de Licitações e Contratos Administrativos Federal, Lei nº 8.666/93, na contratação de bens e serviços necessários à execução do objeto do convênio.

A obrigação de observar a Lei nº 8.666/93 ao contratar bens e serviços de terceiros para a execução do objeto do convênio, antes da edição da IN nº 3/93, era atribuída somente aos Estados e Municípios que celebrassem convênios com a União. Às entidades privadas sem fins lucrativos, era facultada a adoção de procedimentos análogos, sem a obrigatoriedade de seguir estritamente os ditames da referida lei.[327] Com a alteração desse dispositivo legal, toda e qualquer entidade que firme convênios com a Administração Pública, ainda que entidade privada, passou a se sujeitar à Lei nº 8.666/93 quando da contratação de bens e serviços para a realização do objeto do convênio.

A modificação introduzida no art. 27 da IN/STN nº 1/97 foi impulsionada por decisão do TCU[328], a qual dispôs:

> É notório que a iniciativa privada não se sujeita aos princípios que regem a licitação no setor público e muito menos está obrigada a aplicar, nas suas contratações, a Lei nº 8.666/93, mesmo porque naquela impera a autonomia da vontade e, por isso mesmo, só não pode fazer o que a lei expressamente proíbe, ao contrário do administrador público que só pode fazer o que a lei determina.
>
> No entanto, o particular, ao firmar convênio com a administração pública, assume todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público, estando, como este, sujeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e dos demais princípios informadores de gestão da coisa pública, dentre os quais destacamos o da licitação e o do dever de prestar contas, insculpidos no art. 37, inciso XXI, e art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal respectivamente.

---

[326] Decreto pode afastar Zilda Arns da Pastoral da Criança. **O Estado de São Paulo**. 18 nov. 2007.

[327] Assim era a redação do referido dispositivo antes de sua alteração: "Art. 27. Quando o convenente integrar a administração pública, de qualquer esfera de governo, deverá, obrigatoriamente sujeitar-se às disposições da Lei nº 8.666/93, especialmente naquilo que se refira a licitação e contrato. Parágrafo único - **o convenente entidade privada** não sujeita a Lei nº 8.666/93, **deverá**, na execução das despesas com recursos recebidos em transferências, **adotar procedimentos análogos** aos estabelecidos na referida lei."

[328] Acórdão nº 1070/2003. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. **DOU** 18 ago. 2003.

O relator Ubiratan Aguiar que proferiu o referido acórdão observa, ainda, que não basta apenas observar os princípios da administração público. É preciso segui-los por meio da Lei nº 8.666/93, que regulamentou o art. 37, inciso XXI da CF.[329] Acompanhado por maioria, o voto do relator, com base em competência estabelecida no art. 71, IX da CF,[330] determinou prazo para que a Secretaria do Tesouro Nacional revogasse o parágrafo único do art. 27 da IN/STN nº 1/97.[331]

Torna-se importante mencionar que o caso que provocou a referida decisão dizia respeito à convênio celebrado com a Fundação Zerbini, que se obrigava a implantar uma unidade do Instituto do Coração - Incor - no Distrito Federal. A referida entidade, amparada pela dicção do art. 27 da IN STN nº 1/97, optou por adotar procedimentos licitatórios análogos para a realização das obras e serviços necessários ao cumprimento do objeto do convênio. Pela natureza do objeto pactuado e pela estrutura da Fundação Zerbini, o posicionamento do TCU não pareceu ser de todo desarrazoado, já que a entidade parece dispor de meios para cumprir a Lei de Licitações. O próprio relator admite em seu voto, no entanto, que "existem entidades privadas que, por alguma razão, podem se ver impossibilitadas de aplicar, de forma plena, a Lei de Licitações", e conclui afirmando que "a regra é a utilização da Lei nº 8.666/93 e as exceções devem ser devidamente justificadas para cada caso concreto."

O ministro Benjamim Zimler, divergindo do ministro relator, proferiu voto contrário por escrito[332], manifestando-se da seguinte forma acerca da imputação de obrigação de licitar às entidades privadas sem fins lucrativos:

> No mérito, considero incabível o exercício das prerrogativas da Lei 8.666/93 por entes privados, uma vez que, dada a natureza dos mesmos, somente entes públicos podem exercê-las. A Lei em questão prevê, por exemplo, a aplicação de multas, a rescisão unilateral de contrato e a

[329] O tema da obrigatoriedade de licitação para as entidades sem fins lucrativos vem suscitando acalorados debates. O debate gravita em torno da sujeição ou não das entidades à Lei nº 8.666/93, pois a maioria dos autores parece concordar com o fato de que as entidades devem, ao menos, submeter-se a princípios que garantam um procedimento objetivo e isonômico na contratação de bens e serviços com recursos públicos. Não se pretende, no entanto, abordar esta questão, concernente à dogmática jurídica, posto que esta não parece colaborar com os objetivos deste trabalho.

[330] Assim dispõe o referido dispositivo: "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade."

[331] O ministro Benjamin Zimler, em seu voto que divergiu do voto vencedor, afirmou que o referido dispositivo constitucional não confere competência ao TCU para que este determine a modificação ou revogação de normas. O tribunal poderão, tão somente, determinar que o ato normativo não seja aplicado pelos gestores públicos, mas jamais poderia, sob a ameação de sanção, determinar sua revogação.

[332] Dos nove ministros presentes, um alegou impedimento e outros três divergiram da decisão do ministro relator, de modo que esta prevaleceu por maioria de cinco votos a três.

> declaração de inidoneidade de licitantes, prerrogativas que são expressões concretas do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Não poderia um ente privado, em decorrência de simples pactuação de convênio com a Administração Pública, investir-se de tais poderes. São estes reservados aos agentes públicos investidos em cargos, empregos ou funções.
>
> (...)
>
> Ademais, a observância de todos os dispositivos da Lei de Licitações por entes privados **imporia a elevação dos custos operacionais daqueles, que passariam a necessitar de pessoal especificamente qualificado para a condução de licitações**. Por exemplo, exigiria a criação e manutenção de cadastros de empresas para o aperfeiçoamento da modalidade tomada de preços. Além disso, não haveria espaço para se exigir a existência de dotações orçamentárias como condição prévia para a licitação.

A alteração empreendida no art. 27 da IN STN nº 1/97 por determinação da referida decisão do TCU passou a obrigar todas as entidades sem fins lucrativos, sem distinção, a obedecerem a Lei nº 8.666/93 para realizarem as contratações, com recursos públicos transferidos pela União, de bens e serviços de terceiros. A alteração do referido dispositivo normativo não previu a possibilidade, sugerida até mesmo pelo relator da decisão narrada, de que fossem admitidas exceções com base em justificativas de cada caso concreto.

Em 2005, o presidente da república, por proposta dos ministros da fazenda e do planejamento, editou o Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005, estabelecendo que tanto entidades públicas como privadas, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de *transferências voluntárias* de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou outros instrumentos congêneres, utilizassem a modalidade licitatória do pregão, a ser implementado preferencialmente na forma eletrônica.

O pregão constitui modalidade de licitação utilizada para a contratação de bens e serviços comuns, ou seja, "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado."[333] Trata-se de modalidade de licitação cujo critério de seleção será sempre o de menor preço. O pregão é um instrumento ágil no qual os licitantes oferecem lances sucessivos, com a intermediação de um pregoeiro, que selecionará a proposta que ofereça o menor preço.

[333] Art. 1º, parágrafo único da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui a modalidade de licitação pregão.

Em exposição de motivos dirigida ao presidente da república[334], os então ministros Paulo Bernardo Silva e Antonio Palocci Filho assim justificaram a necessidade da edição do referido decreto:

> A proposição está em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que considera obrigatória a utilização das modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 ou na Lei nº 10.520, de 2002, **inclusive por instituições privadas**, na hipótese de utilização de recursos públicos. (grifo nosso)
>
> Observa também prática semelhante ao dos financiamentos dos organismos multilaterais de crédito (Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento, por exemplo) que impõem ao recebedor dos recursos as regras de licitação fixadas nos termos do contrato. Dessa maneira, entende-se que a autonomia federativa não estaria sendo ferida na medida em que regras impostas dizem respeito apenas à forma de licitação a ser executada utilizando recursos federais. Os estados e municípios poderiam adotar outra modalidade no caso da aplicação da contrapartida, caso entendessem conveniente.

Os ministros também alertaram, na referida exposição de motivos, para a necessidade de uma implementação gradual da referida norma, "tendo-se em conta que as realidades das administrações públicas são diferenciadas, de forma a exigir um tempo maior de adaptação e capacitação por parte de cada entidade. Nesse sentido, o governo federal colocaria seus conhecimentos tecnológicos à disposição dos entes de modo a acelerar e facilitar a adoção dos novos procedimentos."

O gradualismo na referida implementação da norma que exige a adoção de pregão na contratação de bens e serviços utilizados com recursos das *transferências voluntárias* se deu, no tocante às entidades sem fins lucrativos, por meio de regulamentação complementar. Inicialmente, a Portaria Ministerial Conjunta nO 217, de 31 de julho de 2006, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e Ministério da Fazenda, prorrogou o início da vigência do Decreto nº 5.504/05 para o dia 31 de dezembro de 2006, ao passo que a Portaria Interministerial nº 150, de 18 de maio de 2007, estendeu o mesmo prazo para o dia 31 de março de 2008. A partir desta data, o uso obrigatório do pregão constituirá cláusula obrigatória de todo e qualquer convênio.

A prorrogação do referido prazo foi motivada pela reação das entidades sem fins lucrativos, que, conforme será adiante melhor explicitado, têm se revelado incapazes tanto de

[334] EMI nº 00110/2005/MP/MF, anexada a este trabalho.

construir sistemas eletrônicos próprios de pregão, quanto de se utilizar de sistemas de terceiros, devido principalmente aos custos operacionais inerentes a esse processo. Embora a Portaria Conjunta nº 217/06 preveja a possibilidade de as entidades firmarem acordos de cooperação técnica com outros órgãos públicos, incluindo o órgão repassador, para a realização de pregão, não houve um esforço de implementação por parte do poder público para estimular a celebração dos referidos acordos, de modo que a efetividade do Decreto nº 5.504/05 poderá restar prejudicada.

c) Prestação de contas parcial

Quando um projeto for subdvidido em etapas ou fases de execução, os recursos a serem repassados pelo órgão administrador do programa serão liberados paulatinamente, de acordo com um cronograma de desembolso previamente aprovado. Os cronogramas de execução física e financeira do projeto devem, portanto, guardar total relação, sob pena de se inviabilizar a realização do objeto do convênio.[335]

O convenente nem sempre está obrigado a apresentar a prestação parcial de contas. Esta será obrigatória somente em projetos em que haja a previsão de liberação de recursos em três ou mais parcelas. Até duas parcelas, a prestação de contas será sempre apresentada ao final da vigência do instrumento.[336]

Esta regra acabou por gerar um efeito perverso: planos de trabalho prevendo liberação de recursos em até duas parcelas são elaborados em desacordo com o cronograma de execução para contornar a previsão da IN STN nº 1/97 de prestação de contas parcial.[337]

Este efeito inesperado, conforme será visto, é mitigado pela sistemática dos contratos de repasse, que introduziu uma sistemática na qual toda e qualquer liberação de recursos está

[335] Conforme dicção do art. 18 da IN STN nº 1/97, "a liberação de recursos financeiros, em decorrência de convênio, deve obedecer ao cronograma de desembolso previsto no Plano de Trabalho de que trata o art. 2º desta Instrução Normativa, guardar consonância com as fases e etapas de execução do objeto (...). Na mesma esteira, o art. 21, § 1º da IN STN nº 1/97 assim se pronuncia: "art. 21. A transferência de recursos destinados ao cumprimento do objeto do convênio obedecerá a Plano de Trabalho previamente aprovado, tendo por base o cronograma de desembolso, cuja elaboração terá como parâmetro para a definição das parcelas o detalhamento da execução física do objeto e a programação financeira do Governo Federal. § 1º As unidades gestoras que transferirem recurso em desacordo com o disposto neste artigo terão as suas Propostas de Programação revistas pelo órgão central de programação financeira.
[336] Art. 21, § 2º e 3º da IN STN nº 1/97.
[337] Cf. Acórdão do TCU nº 788/2006. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 26 mai. 2006.

condicionada à prévia medição da execução do projeto, ainda que por algum motivo o tomador não tenha prestado contas.

3.1.1.3 Instrumentos de controle posterior

a) Prestação de Contas Final

A entidade sem fins lucrativos, ao término da execução do projeto, terá de prestar contas de sua execução físico-financeira, por meio da apresentação de vários documentos, dentre os quais estão incluídos: (i) um relatório de execução físico-financeira; (ii) um demonstrativo da execução da receita e despesa, evidenciando os recursos recebidos em transferências, a contrapartida, os rendimentos auferidos da aplicação dos recursos no mercado financeiro e os eventuais saldos; (iii) uma relação dos pagamentos efetuados; (iv) um extrato da conta bancária específica do período do recebimento da 1ª parcela até o último pagamento; (v) cópia do despacho adjudicatório e homologação das licitações realizadas ou justificativa para sua dispensa ou inexigibilidade.[338]

Os instrumentos normativos vigentes não oferecem parâmetros de avaliação da execução física dos projetos vinculados a programas orçamentários, sendo este um tema visivelmente negligenciado. Como já observado, a ausência de ênfase na avaliação dos resultados dos projetos regidos por convênios foi inclusive um dos problemas que se pretendeu solucionar com a criação do termo de parceria.

Já no que diz respeito ao exame da execução financeira dos projetos, a legislação parece ser muito mais interventiva.

O art. 30. da IN STN nº 1/97 estabeleceu que as despesas deverão ser comprovadas mediante documentos originais fiscais ou equivalentes, devendo as faturas, recibos ou notas fiscais conter o nome do convenente, bem como o título e o número do convênio.

Consoante o disposto no art. 30 da IN STN 01/97 e na legislação tributária e previdenciária, não será permitida a comprovação mediante a apresentação de recibos de

[338] Art. 28 e incisos da IN/STN nº 1/97.

pagamentos realizados a pessoas jurídicas legalmente obrigadas à emissão de notas fiscais.[339] Também não é admitido o pagamento a pessoas físicas, pela prestação de serviços, sem a competente retenção da contribuição previdenciária e do imposto sobre serviços ou do ICMS, no caso de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal.[340]

Observa-se, a esse respeito, que para os projetos cujos objetos deverão ser executados em regiões em que não é possível apresentar documentos comprobatórios de despesas, como reservas indígenas por exemplo, o TCU tem se posicionado pela "inadequabilidade do instrumento convênio" para a celebração dessas parcerias.[341]

Como o controle da execução física e financeira dos projetos é, pelas razões já expostas, muito deficitário, a análise das prestações de contas final revela-se ainda mais inefetiva. É comum, nesta seara, que os convenentes apresentem notas referentes a compras e serviços que não realizaram, mas que o órgão repassador jamais terá como se certificar, já que falhou no acompanhamento da execução do projeto.

A ausência de controle anterior e concomitante torna, conforme o TCU insiste em frisar, praticamente inoperante a fase de controle posterior. Este é o motivo pelo qual a CGU e o TCU, em seus trabalhos de auditoria governamental, identificam uma série de irregularidades em projetos cujas prestações de contas foram aprovadas pelo órgão repassador.[342] Isso ocorre porque esses órgãos de controle, em seus trabalhos de auditoria, verificam não só a regularidade dos comprovantes de despesas, mas analisam, com muito maior rigor do que as unidades técnicas dos órgãos repassadores, os resultados decorrentes da execução dos projetos.

---

[339] As pessoas jurídicas que prestem serviço ou forneçam mercadorias estão obrigadas a emissão de notas fiscais ou documentos fiscais equivalentes previstos nas legislações do ICMS/IPI e do ISS, ainda que o serviço prestado ou a mercadoria fornecida estejam imunes ou isentos, tendo em vista que a imunidade e a isenção excluem a obrigação tributária principal, mas não as obrigações tributárias acessórias, como a obrigatoriedade de emissão de notas fiscais ou documentos equivalentes. O mesmo raciocínio aplica-se às entidades e às instituições contempladas com imunidade tributária prevista no art. 150 da Constituição Federal, inciso VI, alíneas 'b' e 'c'. A pessoa jurídica que não possui talonários de notas fiscais, por não realizar habitualmente operações mercantis, deve recorrer à secretaria de finanças do Município ou à secretaria de fazenda do Estado para obter nota fiscal avulsa do serviço prestado ou da mercadoria fornecida.

[340] No caso de prestação de serviço a pessoa jurídica por pessoa física, deverá ser retida a contribuição para a seguridade social, a ser recolhida pela contratante juntamente com a própria contribuição. Também deverá ser retida, ou exigida, a comprovação por parte da pessoa física dos recolhimentos dos impostos de competência municipal (ISS) ou estadual (ICMS), no caso da prestação de serviços de transportes interestadual, intermunicipal e de comunicações.

[341] Cf. Acórdão do TCU nº 2075/2007. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. **DOU**, 05 out. 2007.

[342] Cf. Acórdão do TCU nº 788/2006. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 26 mai. 2006.

Caso o convenente não cumpra com o seu dever de prestar contas, o órgão repassador deverá instaurar tomada de contas especial ("TCE")[343], sob pena de responsabilidade solidária pelos prejuízos causados ao erário público.

A TCE é um processo de rito próprio, de competência do TCU, que objetiva apurar a responsabilidade daquele que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário.[344] Trata-se de medida drástica cujo julgamento poderá determinar ao convenente não só o ressarcimento dos valores recebidos, como também poderá imputar-lhe multa, sem prejuízo se responsabilizar cível e criminalmente o responsável pela gestão dos recursos pelas condutas adotadas.

Independentemente de ter ou não havido dano ao erário público, a mera omissão ao dever de prestar contas enseja, conforme observado, a instauração da TCE. Esta só será iniciada, no entanto, após exauridas todas as tentativas de recebimento das prestações de contas ou de ressarcimento dos valores devidos, já que constitui medida extremada.

A não entrega da prestação de contas de forma tempestiva também produz uma outra conseqüência de impacto direto para a entidade beneficiária de recursos públicos, que é impossibilidade de que esta venha a celebrar outros convênios ou receber novas liberações de recursos enquanto perdurar a situação de inadimplência.

Uma vez apresentadas as contas, no entanto, a entidade poderá formalizar outros ajustes antes mesmo que as contas do projeto anterior venham a ser examinadas. A conhecida demora da administração pública em examinar as prestações de contas recebidas tem permitido, dessa forma, que entidades celebrem novos convênios sem que tenha sido comprovada a regular aplicação de recursos em ajustes anteriormente firmados.

[343] Art. 31, § 8º da IN STN nº 1/97.
[344] Cf. IN TCU nº 35, de 23 de agosto de 2000, que regulamenta o procedimento da TME.

3.1.2 Contratos de Repasse

Conforme já observado, os contratos de repasse sujeitam-se ao mesmo regime aplicável aos convênios, o que inclusive é ressaltado na exposição de motivos do instrumento normativo que o regulamentou.[345]

O contrato de repasse, no entanto, introduziu uma sistemática mais capilarizada no acompanhamento da execução e na fiscalização dos projetos.

É por essa razão que a análise dos instrumentos dos contratos de repasse restringir-se-á apenas ao controle concomitante.

3.1.2.1 Instrumentos de Controle Concomitante

a) Acompanhamento da Execução

Já se observou anteriormente que as normas que regem o controle concomitante dos convênios são genéricas na apresentação de parâmetros para o acompanhamento da execução dos projetos pelo órgão concedente. A IN STN nº 1/97 prevê somente que o órgão administrador do programa possa delegar a competência para acompanhamento da execução do convênio a dirigentes de órgãos ou entidades pertencentes à Administração Federal que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos.

No entanto, esta tentativa de descentralização por meio de delegação administrativa não se generalizou, de modo que o controle da execução dos convênios ou permanece a cargo do órgão central repassador de recursos, ou é transferido para um mandatário da União por meio do contrato de repasse.

Em relatório consolidado dos resultados de dez trabalhos de auditoria[346] realizados pelo TCU para examinar as transferências de recursos federais para municípios do Estado de

---

[345] Assim se manifestaram os ministros da EM Interministerial nº 003/MPO/MF, de 2 de fevereiro de 1996: "As instituições e agências financeiras oficiais federais, agora expressamente autorizadas a atuar como mandatárias, para as transferências aqui tratadas, **deverão sujeitar-se às mesmas normas e obrigações da União**, com gozo de idênticas prerrogativas, quando no exercício do previsto mandato, nos limites dos poderes que lhes sejam outorgados, em cada caso."

[346] As auditorias foram realizadas no seguintes órgãos repassadores: Caixa Econômica Federal, Fundação Nacional de Saúde ("Funasa"), Fundo Nacional de Saúde, Ministério da Integração Nacional, Companhia de

Minas Gerais, verificou-se que a Caixa Econômica Federal, principal mandatária da União em contratos de repasse, não está, ao contrário do esperado, suficientemente aparelhada para analisar as prestações de contas parcial e final em tempo adequado, conforme se depreende da seguinte passagem.

> No que se refere à análise de prestação de contas, a morosidade da análise da prestação de contas foi verificada tanto naqueles órgãos repassadores que se utilizam de contratos de repasse quanto naqueles outros que celebram convênios para a transferência de recursos. Logo, sob o aspecto da celeridade e tempestividade da apreciação das tomadas de contas, tanto a transferência de recursos por convênios quanto por contrato de repasse com a interveniência de agente financeiro padecem de deficiência.[347]

Observa-se, no entanto, que o maior problema identificado nos contratos de repasse refere-se a atrasos no recebimento das prestação de contas que devem ser elaboradas pelas entidades que utilizaram os recursos para executarem projetos. Uma vez recebidas as prestações de contas, revelou o relatório das auditorias que a CEF pronuncia-se de forma mais rápida e eficiente do que os órgãos repassadores da administração pública. Além disso, a taxa de prestações de contas aprovadas dos contratos de repasse é superior a dos convênios examinados, indicando que os recursos parecem ser melhor geridos nos primeiros.

Não obstante a referida morosidade no recebimento das pretações de contas, que num médio prazo pode colocar em risco a funcionalidade do contrato de repasse como instrumento ágil no acompanhamento dos programas orçamentários[348], foi salientado no relatório do TCU:

> as auditorias evidenciaram que a contratação da CEF para a celebração de contrato de repasse **apresenta vantagem** com relação ao procedimento típico dos órgãos da administração pública de celebração de convênios em parcela única com liberação imediata de recursos, **porquanto a CEF libera os recursos de acordo com a medição do serviço executado**.[349]

A CEF, diferentemente dos órgãos da administração pública que celebram convênios para efetuar as *transferências voluntárias*, adotam um procedimento no qual a liberação de recursos é realizada à medida que etapas de execução vão sendo cumpridas. A CEF não libera

---

Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba - Codevasf, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério dos Esportes, Ministério da Cultura e Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação ("FNDE"). Cf. Acórdão do TCU nº 788/2006. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 26 mai. 2006.

[347] Acórdão do TCU nº 788/2006. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 26 mai. 2006.

[348] O relator do acórdão do TCU nº 788/2006 faz menção a nota técnica nº 600/2002 da CGU, que informa que se mantido o ritmo de prestação de contas atual, a CEF quintuplicará seu estoque de processos pendentes em 72 (setenta e dois) meses.

[349] Acórdão do TCU nº 788/2006. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 26 mai. 2006.

nenhuma parcela do contrato de repasse sem medir, *in loco*, se o trabalho realizado corresponde àquele previsto no plano de trabalho.

Como os órgãos repassadores de recursos que celebram convênios são incapazes de adotar tais procedimentos, os contratos de repasse passaram a ter maior visibilidade com a divulgação dos resultados das auditorias realizadas pelo TCU, o que culminou em alterações legislativas no tocante a toda a sistemática de *transferências voluntárias*.

É nesse contexto que a LDO para o exercício de 2007 não só previu a possibilidade de que contratos de repasse fossem celebrados com organizações privadas sem fins lucrativos, como, aliás, já dispunha a LDO para o exercício de 2006, mas também estabeleceu que as transferências financeiras para entidades públicas e privadas fossem realizadas **preferencialmente** por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais.[350]

Já o Decreto nº 6.170/07, seguindo os ditames da LDO, estabeleceu que "a execução de programa de plano de trabalho que objetive a realização de obra será feita por meio de contrato de repasse, salvo quando o concedente dispuser de estrutura para acompanhar a execução do convênio." Esta alteração legislativa certamente afetará a atual sistemática de *transferências voluntárias*, ao menos no tocante à realização de obras, uma vez que privilegiará o termo de repasse em detrimento do convênio, afastando, *a priori*, a responsabilidade dos órgãos repassadores de recursos de acompanhar e fiscalizar a execução de projetos, exceto quando comprovadamente dispuserem de estrutura para tanto.

3.1.3 Termos de parceria

Durante o processo acima narrado de discussão acerca dos consensos e princípios que deveriam nortear a reformulação do marco legal do terceiro setor, os atores tiveram de optar entre rever a legislação existente - aprimorando a sistemática dos convênios e da outorga de títulos às entidades do terceiro setor - ou criar estatuto novo que coexistisse com aqueles instrumentos.

[350] Assim dispôs o art. 113 da Lei nº 11439, de 29 de dezembro de 2006: "As transferências financeiras para órgãos públicos e entidades públicas e privadas serão feitas preferencialmente 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."

A solução vencedora foi a de criar um estatuto novo apenas para um grupo determinado de entidades sem fins lucrativos. Optou-se pela criação de uma lei nova, que instituísse um sistema alternativo de outorga de títulos, bem como um novo instrumento de parceria a ser celebrado entre governo e entidades do terceiro setor. A opção escolhida teve motivo muito claro: a reformulação da legislação existente - constituída de um emaranhado de leis, decretos, instruções normativas e portarias ministeriais - implicaria um consenso, à época inatingível, entre poder público e terceiro setor, bem como entre as diferenciadas entidades sem fins lucrativos existentes, acerca das modificações que se pretendia empreender.[351]

Ademais, os interesses daqueles que protagonizaram a edição da nova lei estariam de certo modo comprometidos se as modificações da legislação em vigor fossem estendidas para a totalidade das entidades sem fins lucrativos, já que os objetivos da reforma do marco legal do terceiro setor, conforme visto, consistiam no reconhecimento e fortalecimento de um grupo particular de organizações.[352]

A seguir, serão examinados os instrumentos escolhidos para disciplinar o termo de parceria, que instituiu novas regras para as *transferências voluntárias* destinadas a um grupo específico de entidades pertencentes ao terceiro setor.

Ver-se-á que os instrumentos escolhidos para disciplinar as *transferências voluntárias* por intermédio do termo de parceria introduziram novos direitos para as entidades sem fins lucrativos, que constituirão, na presente análise, os instrumentos de flexibilização na utilização de recursos públicos. Tais instrumentos foram introduzidos para que a entidade não desse atenção exagerada ao desenvolvimento de seu aparato administrativo - necessário para o cumprimento de todas as normas relativas à gestão de recursos públicos - em detrimento do cumprimento de suas missões institucionais.

Em contrapartida a estes novos direitos, a mesma legislação introduziu novos controles sobre essas entidades, em consonância com os consensos gerais formulados nas rodadas de interlocução política organizadas pelo Conselho da Comunidade Solidária.[353]

---

[351]FERRAREZI, Elisabete. **O novo marco legal do terceiro setor no Brasil,** p. 6. Disponível em: http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/ferrarezi.pdf. Acesso em: 20 abr. 2007.

[352] "Dada a heterogeneidade das organizações que integram o Terceiro Setor, outro consenso estabeleceu que uma legislação uniforme não seria adequada, pois trataria da mesma forma entidades com características muito diferentes." FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. **Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP**: a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor. Brasília: Comunidade Solidária, 2000, p 16.

[353] O consenso básico ora tratado recebeu a seguinte formulação: "A reformulação do marco legal do Ter

Ver-se-á, no entanto, que alguns dos ditos instrumentos de flexibilização encontraram óbices jurídicos para serem aplicados, pela sua incompatibilização com outras normas do ordenamento jurídico que disciplinam as *transferências voluntárias*, independentemente da forma do ajuste celebrado.

3.1.3.1 Instrumentos de controle prévio

a) Concurso de projetos

No exame dos instrumentos de controle prévio do convênio, mencionou-se que não há compulsoriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, da realização de prévia licitação ou processo seletivo análogo para a escolha da entidade convenente.

A ausência de obrigatoriedade de processo seletivo para a escolha de entidades e projetos também não existe para os termos de parceria. A possibilidade de que projetos sejam apresentados espontaneamente ou que sejam contemplados nominalmente na LOA é, assim como para o convênio, aplicável a este novo instrumento de *transferências voluntárias*.

No entanto, o Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, que regulamentou a Lei nº 9.790/99, visando estimular a adoção de processos seletivos para a escolha da entidade sem fins lucrativos parceira, estabeleceu diretrizes para a realização de concurso de projetos.

Embora o órgão estatal parceiro permaneça não obrigado a realizar o referido concurso de projetos, o decreto estabeleceu parâmetros irrenunciáveis quando aquele optar pela adoção de processo seletivo para a obtenção de bens, serviços, atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria realizados por uma OSCIP.

Os parâmetros para a realização de concurso de projetos estabelecem que: (i) caberá ao órgão estatal parceiro preparar com clareza, objetividade e detalhamento a especificação técnica do bem, do projeto, da obra ou do serviço a ser obtido ou realizado por meio de Termo de Parceria[354]; (ii) o edital deverá conter informações mínimas tais como especificações técnicas do objeto do Termo de Parceria; critérios de seleção e julgamento das propostas;

---

ceiro Setor exige que o estabelecimento de direitos seja acompanhado pela contrapartida de obrigações das entidades do Terceiro Setor para com o Estado quando estiverem envolvidos recursos estatais". Cf. Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998, **Diário da Câmara dos Deputados**, 14 out. 1998, p. 23000.

[354] Art. 24 do Decreto nº 3.100/99.

valor máximo a ser desembolsado; datas do julgamento e data provável de celebração do Termo de Parceria[355]; (iii) na seleção e no julgamento dos projetos, serão levados em conta o mérito intrínseco e adequação do projeto ao edital; a capacidade técnica e operacional dos candidatos; a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados; o ajustamento da proposta às especificidades técnicas; a regularidade jurídica e institucional da OSCIP e a análise da documentação exigida[356]; (iv) o concurso não poderá apresentar critério de seleção que desqualifique a OSCIP pelo local do seu domicílio, pela ausência de consórcio da OSCIP com outra entidade sediada na localidade onde deverá ser celebrado o termo de parceria, ou pelo volume da contrapartida que esta se dispuser a oferecer[357]; (v) a comissão julgadora do concurso, designada pelo órgão estatal parceiro, será composta por, no mínimo, um membro do Poder Executivo, um especialista no tema do concurso e um membro do Conselho de Política Pública da área de competência, quando houver[358]; (vi) o órgão estatal parceiro estará vinculado ao julgamento definitivo do concurso, de modo que não poderá anulá-lo ou suspendê-lo administrativamente, nem celebrar outros termos de parceria com o mesmo objeto sem antes finalizar o processo iniciado pela referida seleção[359]; (vii) o órgão estatal parceiro não examinará recursos administrativos contra decisões da comissão julgadora[360].

O caráter facultativo atribuído pelo Decreto nº 3.100/99 ao concurso de projetos gerou polêmica e divergências doutrinárias, já que alguns autores entendem que aquele fere o princípio da isonomia[361]. Por outro lado, invoca-se freqüentemente o argumento de que "se o concurso tivesse caráter obrigatório, o procedimento poderia ser ´burocratizado´.[362]

O TCU, logo após a aprovação do Decreto nº 3.100/99, em estudo dirigido ao Conselho da Comunidade Solidária[363], manifestou-se acerca da facultatividade da adoção de concurso de projetos, sugerindo alteração redação do caput do art. 23 do referido ato normativo, *in verbis*:

---

[355] Art. 25 do Decreto nº 3.100/99.
[356] Art. 27 e incisos do Decreto nº 3.100/99.
[357] Art. 28, incisos I, II e III do Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.
[358] Art. 30 do Decreto nº 3.100/99.
[359] Art. 31, § 1º, II do Decreto nº 3.100/99.
[360] Art. 31, § 2º, I do Decreto nº 3.100/99.
[361] SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitação e Terceiro Setor**. *In:* OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 281-308.
[362] BARBOSA, Maria Nazaré Lins, "A Experiência dos Termos de Parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS)". In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.), **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 507.

> Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de edital de concursos e projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria."

A recomendação do TCU, na oportunidade, foi a de alterar o teor do artigo supra de modo que fosse adotada a seguinte redação:

> Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro, sempre que os valores a serem repassados pelo órgão estatal atinjam o limite de R$ .....".

A sugestão de alteração normativa oferecida pelo TCU foi acompanhada da seguinte fundamentação:

> A utilização da palavra 'poderá' torna o texto original meramente recomendatório, deixando à discricionariedade do administrador a decisão de optar ou não pelo concurso. Considerando que o concurso exige trâmites burocráticos que podem onerar a eficiência do processo de seleção para os Termos de Parceria, infere-se que a sua mera sugestão, no corpo do Decreto, será pouco efetiva. Cabe lembrar que a realização do concurso busca a isonomia no tratamento das OSCIPs e a melhor eficiência na realização do objeto pactuado. A título de racionalização, poderia ser estabelecido um limite no valor a partir do qual seria obrigatório o concurso. Tal valor seria calculado a partir da relação custo benefício para as OSCIPs participantes do certame.

Para o TCU, portanto, o concurso de projetos deveria se tornar obrigatório *apenas quando os valores repassados superassem determinados limites.* Esta solução constitui proposta intermediária no sentido de se assegurar a isonomia jurídica sem que haja uma perda de eficiência dessas normas, já que a obrigatoriedade do concurso de projetos na celebração de todo e qualquer termo de parceria tornaria o procedimento "burocratizado".

Posteriormente, o plenário TCU, em decisão decorrente de relatório de auditoria sobre a Lei nº 9.790/99, acordou em "determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República que avaliem a inclusão em normativo próprio de dispositivo que obrigue a aplicação do critério de seleção de OSCIP previsto no art. 23 do Decreto nº 3.100/99 em toda e qualquer situação."[364]

---

[363] Decisão nº 931/1999. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça. **BTCU**, n. 78, 1999.
[364] Acórdão n. 1.777/2005. Plenário. Relator: Marcus Vinicios Vilaça. **DOU**, 22 nov. 2005.

A recomendação do TCU de modificar o caráter facultativo dos concursos de projetos para obrigatório, até o presente momento, não foi acatada. Já os efeitos preconizados pelo mesmo órgão, de que a facultatividade do comando o tornaria inefetivo, parecem ter se manifestado na prática.

Valéria Trezza observou, em estudo empírico no qual examinou 266 termos de parceria, que parte significativa das OSCIPs que celebram este instrumento o fazem repetidas vezes com o mesmo órgão gestor de recursos. Para a autora, este vínculo entre OSCIP e órgão estatal parceiro parece determinar a ausência de realização de concursos de projetos.[365]

Demais disso, a autora no referido estudo chegou à conclusão de que parte significativa dos termos de parceria examinados são celebrados com entidades que detinham o título de OSCIP há um ano ou menos de um ano. Levando em consideração que várias outras entidades entrevistadas pela autora relataram tentativas frustradas de celebrar termo de parceria com o poder público, as evidências parecem indicar que algumas entidades obtêm sua qualificação já na expectativa ou promessa de parceria, contrariando o objetivo do legislador de estimular a realização de processos seletivos no âmbito do terceiro setor.

Não obstante o concurso de projetos seja um instrumento previsto exclusivamente na legislação que disciplina o termo de parceria, aquele parece ser mais utilizado no âmbito dos convênios, mesmo não havendo previsão normativa para o estimular.

Alguns órgãos da administração pública têm utilizado processos seletivos análogos para selecionar projetos que serão pactuados sob a forma de convênio[366]. Isso demonstra que processos seletivos têm sido, ainda que timidamente, aceitos e adotados pela administração pública. Sua adoção, no entanto, se dá de forma diversa da esperada pelo legislador que

---

[365] TREZZA, Valéria Maria. **O termo de parceria como instrumento de relação público/privado sem fins lucrativos**: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007, p. 199.

[366] Esta é a situação do repasse dos recursos do Fundo Nacional do Meio Ambiente ("FNMA"), pertencente ao Ministério do Meio Ambiente ("MMA"). Sob a forma de demanda induzida, o MMA vem realizando processos seletivos de projetos que se insiram nas áreas prioritárias da Política nacional do Meio Ambiente. A sistemática de manda induzida foi criada em 1999, justamente no ano da publicação da Lei das OSCIP. Curiosamente, esta vem sendo utilizada para a celebração de convênios, e não termos de parceria, com as entidades selecionadas. "Demanda Induzida já lançou 38 editais e 6 termos de referência, responsáveis pela seleção de mais de 1300 projetos em temas correlacionados com as áreas de atuação do FNMA, contribuindo efetivamente para a solução dos problemas ambientais". Os editais estão disponíveis em: <http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=1&idMenu=3331>. Acesso em: 13 ago. 2007.

institui o termo de parceria, já que os processos seletivos têm precedido a celebração de convênios, e não de termos de parceria.

No capítulo seguinte, serão analisadas outras razões apontadas pelos órgãos repassadores de recursos que os levam a preferir realizar editais para a celebração de convênio - no qual podem concorrer todas as entidades sem fins lucrativos - ao invés de implementarem concurso de projetos - destinados exclusivamente às OSCIPs.

b) Qualificação como OSCIP

Diferentemente do convênio, que poderá ser celebrado por entidades sem fins lucrativos que possuam títulos diversos, o termo de parceria só poderá ser formalizado com quem detenha o título de OSCIP.

Já se observou aqui que os títulos são credenciais quase sempre exigidas para a formalização do repasse de recursos públicos, de modo que as entidades que não os possuem encontram-se normalmente alijadas dos benefícios oriundos das *transferências voluntárias*.

Mencionou-se também que a necessidade de criação de um novo título para um determinado grupo de entidades do terceiro setor decorreu de duas necessidades específicas: (i) a de flexibilizar um sistema altamente complexo, discricionário e burocratizado de concessão de títulos (ii) a de fortalecer a identidade e ampliar a credibilidade das referidas entidades, ampliando-lhes, inclusive, o acesso a recursos públicos.

A Lei nº 9.790/99 simplificou os procedimentos para o reconhecimento institucional das entidades sem fins lucrativos por meio da criação do título de OSCIP. A qualificação passa a ser ato vinculado ao cumprimento de certas exigências legais[367], eliminando qualquer poder discricionário do poder público para a concessão de títulos.

Para que o título de OSCIP possa ser concedido a uma entidade sem fins lucrativos, esta deverá cumprir as seguintes exigências legais: (i) apresentar a documentação exigida[368];

[367] Art. 1º, § 2º da Lei nº 9.790/99.
[368] A Lei nº 9.790/99, em seu art. 5º, estabelece como documentação obrigatória a ser apresentada no momento do encaminhamento do pedido: (i) estatuto registrado em cartório; (ii) ata de eleição da atual diretoria; (iii) balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício; (iv) declaração de isenção do imposto de renda; (v) inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes.

(ii) possuir objeto social com finalidade contemplada na Lei nº 9.790/99; (iii) obedecer a um determinado regime de funcionamento.

A lei instituiu um rol taxativo de finalidades a que devem atender as entidades para pleitearem o título de OSCIP. O art. 3º da Lei nº 9.790/99 define quais são as finalidades admitidas: (i) promoção da assistência social; (ii) promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; (iii) promoção gratuita da educação; (iv) promoção gratuita da saúde; (v) promoção da segurança alimentar e nutricional; (vi) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; (vii) promoção do voluntariado; (viii) promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; (ix) experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; (x) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; (xi) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; (xii) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Para estar apta a pleitear o título de OSCIP, não basta à entidade possuir objeto social que preveja uma ou mais de uma das referidas finalidades. A lei exclui uma série de entidades sem fins lucrativos que, na visão de seus formuladores, não desenvolvem atividades com sentido público. São os "candidatos negativos"[369], que a lei especifica expressamente: (i) as sociedades comerciais; (ii) os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; (iii) as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; (iv) as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; (v) as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; (vi) as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; (vii) as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; (viii) as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; (ix) as organizações sociais; (x) as cooperativas; (xi) as fundações públicas; (xii) as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; (xiii) as organizações

[369] MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>. **Acesso** em: 20 abr. 2007, p. 12.

creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da CF.[370]

Observa-se que não se excluiu dos benefícios da lei apenas as entidades de benefício mútuo. O legislador proibiu de configurar como destinatários da lei uma série de entidades que se encontram plenamente aptas a obter outros títulos e receber recursos públicos por meio de convênio. Este é o caso, por exemplo, de entidades privadas de saúde e educação que destinam parte de seus serviços de forma gratuita, porém cobram pela maior parte dos serviços que realizam, seguindo uma lógica de mercado.

Além de obedecer ao critério da finalidade, as entidades devem seguir um determinado regime de funcionamento que fortaleça a transparência e a responsabilização de seus atos. Eis algumas das disciplinas que devem estar previstas nos estatutos das OSCIPs para cumprir tais finalidades: (i) constituição de um conselho fiscal ou órgão equivalente, no qual é admitida a participação de servidores públicos, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; (ii) a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; (iii) a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída pela Lei nº 9.790/99, o respectivo acervo patrimonial adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação será transferido a outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social; (vi) a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação; (vii) as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade.

O processo de qualificação como OSCIP torna-se mais simplificado e mais ágil do que o da concessão dos demais títulos, como UPF, CNA e CEBAS, também porque a Lei nº 9.790/99 inovou ao suprimir qualquer lapso temporal entre o momento do indeferimento da concessão do título e a reapresentação do pedido de qualificação. Caso o pedido de UPF seja indeferido, a entidade só poderá proceder a sua reapresentação após 2 (dois anos). Isso não

[370] Art. 2º da Lei nº 9.790/99.

ocorre com o processo de qualificação como OSCIP, em que a entidade poderá reapresentar pedido imediatamente após o ato de indeferimento[371].

Ademais, para as entidades estarem aptas a pleitearem títulos como o UPF e o CEBAS, estas deverão comprovar que possuem três anos de existência legal. Este prazo não é exigido das entidades que pretendam se qualificar como OSCIP, que poderão pleitear o título almejado assim que finalizado o primeiro exercício, já que a lei exige para a qualificação apresentação de balanço patrimonial e declaração de isenção de imposto de renda[372].

Por todo o observado, verifica-se que a certificação independe de prévia comprovação da capacidade operacional da entidade, não havendo controle apriorístico nesta seara. Esta escolha legislativa está estritamente de acordo com o exposto na exposição de motivos da Lei nº 9.790/99, que procura solucionar o problema da "ênfase excessiva no controle *ex ante* das entidades para a obtenção de acesso aos benefícios governamentais e formalização de convênios, em detrimento de critérios de avaliação de resultados."[373]

Paulo Modesto aponta algumas lacunas e inconsistências no sistema de qualificação como OSCIP. A mais importante é a de que a lei facultou às entidades que já detivessem outros títulos a possibilidade de manutenção simultânea do título antigo com a qualificação de OSCIP por um período de dois anos contados a partir do início da vigência da nova lei.[374] Findo o referido prazo, caberia a entidade escolher uma das duas qualificações.[375]

Como é sabido, a Lei nº 9.790/99 não previu incentivos fiscais específicos para as OSCIPs, de modo que a entidade qualificada como UPF, caso optasse pelo título de OSCIP, perderia o benefício da concessão de isenção de imposto de renda aos seus doadores. Já a entidade que detivesse Declaração de Entidade Filantrópica, uma vez optando pelo título de OSCIP, perderia o benefício da isenção de pagamento da quota patronal incidente sobre a folha salarial de seus empregados. Para Modesto, esta norma serviu para "afastar do novo

---

[371] Art. 3º, § 3º do Decreto nº 3.100/99: "A pessoa jurídica sem fins lucrativos que tiver seu pedido de qualificação indeferido poderá reapresentá-lo a qualquer tempo".
[372] Art.. 5º, II e IV do Decreto nº 3.100/99.
[373] Exposição de Motivos nº 20, de 23 de julho de 1998, **Diário da Câmara dos Deputados**, 14 out. 1998, p. 23000.
[374] Art. 18 da Lei nº 9.790/99. O prazo foi ampliado de dois para cinco porforça da Medida Provisória nº 2.123, de 23 de fevereiro de 2001.
[375] Art. 18, § 1º da Lei nº 9.790/99.

regime entidades de fins comunitários autênticas, que dificilmente estariam dispostas a perder os benefícios atuais em nome de benefícios futuros e incertos".[376]

Para o referido autor, a solução correta seria garantir às entidades que já possuíssem os referidos títulos o direito de manter os benefícios anteriormente conquistados. Elisabete Ferrarezi observa, no entanto, que "durante o processo de elaboração da lei, o contexto de forte ajuste fiscal não permitiu condições mínimas para negociação de incentivos fiscais específicos para as OSCIPs".[377] Posteriormente, alguns benefícios, sobretudo de natureza fiscal, foram concedidos às entidades qualificadas como OSCIP[378].

Estes incentivos, no entanto, não ofereceram maiores vantagens do que aquelas já concedidas aos demais títulos. O diferencial maior da qualificação como OSCIP residiria, portanto, na possibilidade de celebração de termos de parceria com o poder público para o recebimento das *transferências voluntárias* o que, em tese, representaria uma submissão a regras mais flexíveis de gestão de recursos em prol de um controle mais efetivo sobre resultados.

c) Programa de trabalho

O programa de trabalho é documento essencial do termo de parceria, pois informa e vincula a OSCIP às especificações e condições de exeqüibilidade do projeto que esta pretende desenvolver, tais como: (i) estipulação de metas e resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; (ii) previsão de receitas e despesas a serem realizadas, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos a diretores, empregados ou consultores; obrigações da OSCIP de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do termo de parceria.

---

[376] MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>. **Acesso** em: 20 abr. 2007, p. 12.

[377] FERRAREZI, Elisabete. **O novo marco legal do terceiro setor no Brasil,** p. 2. Disponível em: http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/ferrarezi.pdf. Acesso em: 20 abr. 2007, p. 9.

[378] A Portaria do Ministério da Fazenda ("MF") nº 245/2002 autorizou a doação de mercadorias apreendidas pela SRF às OSCIPs. A Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, dispôs, em seu art. 34, que a remuneração do dirigente com vínculo empregatício não afastaria a isenção de imposto de renda a entidade qualificada como OSCIP. A Medida Provisória ("MP") nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, permitiu às OSCIPs o acesso a doações dedutíveis de imposto de renda de pessoas jurídicas.

Observa-se que a legislação nada prevê acerca de demonstração da capacidade técnica e operacional da entidade no programa de trabalho. A esse respeito, o ministro Vinícios Vilaça, relatório de auditoria sobre a Lei nº 9.790/99, assim se manifestou.

> Se a legislação que rege os convênios, reconhecidamente mais restritiva e exigente quanto à documentação necessária para a celebração do ajuste, nada estipula quanto à capacidade operacional do convenente, qual a razão para que, na qualificação como Oscip, ou na celebração do Termo de Parceria, tal exigência seja feita?
>
> (...)
>
> Não vejo, dessa foram, qualquer irregularidade na lei nº 9.790/99, como pretende a unidade técnica. Por outro lado, nada impede que dispositivos mais específicos exigindo demonstração da capacidade técnica e operacional sejam incluídos nos normativos que regem a matéria, não só para os casos de concurso de projetos para escolha da Oscip para a celebração do Termo de Parceria, mas em todo e qualquer caso.[379]

A Lei nº 9.790/99 só se refere à capacidade técnica e operacional da entidade quando estabelece critérios de seleção de julgamento para concursos de projetos. A aferição da capacidade técnica e operacional da entidade constitui, por força do art. 27, II, um critério de seleção a ser utilizado pelo órgão estatal parceiro.

A legislação não exige, no entanto, que a capacidade técnica e operacional da entidade seja demonstrada quando inexistir concurso de projetos.

Diante dessas considerações, observa-se que o programa de trabalho se assemelha ao já abordado *plano de trabalho* aplicável aos convênios.

Há, no entanto, uma diferença essencial entre ambos os instrumentos. O programa de trabalho do termo de parceria, diferentemente do plano de trabalho do convênio, deve prever expressamente os critérios objetivos de avaliação de desempenho e os indicadores de resultado das ações a serem realizadas pela OSCIP.

Observa-se que os indicadores de resultado a que a lei faz referência não equivalem aos indicadores físicos já previstos na legislação que disciplina os convênios. O relatório de execução físico-financeira normalmente apresentado pelas entidades ao prestarem contas em

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

sede de convênios representa "uma forma de se conhecer o trabalho desenvolvido e não necessariamente uma ferramenta adequada para avaliação."[380]

Obviamente, as informações contidas no relatório de atividades podem contribuir para o processo de avaliação, mas normalmente não são suficientes para que se possa aferir a eficácia, eficiência e efetividade dos projetos.

Apenas à título de exemplo, para que se possa aferir a eficiência de um projeto, conceitos econômicos precisariam ser considerados na construção de indicadores, dentre os quais, Cássia Alves destaca o custo de oportunidade.[381]

O custo de oportunidade poderia ser definido, no contexto das *transferências voluntárias* ao terceiro setor, como o "menor preço de serviços equivalentes àqueles prestados pelas organizações do terceiro setor praticados pelo mercado". [382]

Para que se possa aferir se a alternativa escolhida - a de financiar serviços prestados pela OSCIP é a mais eficiente, é preciso identificar o custo de serviços prestados sob formas alternativas que possuam similar qualidade, oportunidade e tempestividade.

É claro que a escolha dos critérios e dos indicadores de resultados dependerá da finalidade da parceria em cada caso concreto. Se o objetivo da *transferência voluntária* for promover uma melhoria em serviços e uma maior economia aos cofres públicos, o critério acima mencionado poderá ser o mais adequado para a avaliação de resultados. Outras parcerias, no entanto, que tenham como escopo fortalecer a sociedade civil na defesa de interesses marcadamente distintos dos estatais, deverão ser avaliadas no tocante à sua eficácia, ou seja, sua capacidade de atingir objetivos materiais previamente estabelecidos.

Observa-se, ademais, que a avaliação de desempenho com base em indicadores de resultado têm como principal papel a geração de aprendizagem, a qual deverá contribuir para uma melhoria dos projetos existentes e o redirecionamento de ações futuras.[383]

---

[380] ALVES, Cássia Vanessa Olak. **Organizações da sociedade civil de interesse público e termos de parceria**: um estudo sobre o processo de avaliação de resultados dos projetos sociais desenvolvidos com recursos governamentais no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) - Faculdade de Economia e Administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 122.
[381] ALVES, Cássia Vanessa Olak. **Organizações da sociedade civil de interesse público e termos de parceria**: um estudo sobre o processo de avaliação de resultados dos projetos sociais desenvolvidos com recursos governamentais no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) - Faculdade de Economia e Administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 136.
[382] Idem, p. 80.

A oportunidade da aprendizagem restará comprometida se no processo de avaliação não se fizer uso de indicadores adequados que se coadunem com critérios previamente definidos, tais como eficácia, efetividade e eficiência.

No estudo empírico realizado por Cássia Alves concluiu-se, no entanto, que nos poucos termos de parceria celebrados entre governo federal e OSCIPs, a ênfase na avaliação continua voltada para a forma de aplicação dos recursos e não para os resultados que decorrem desta.[384]

d) Cláusulas Obrigatórias

Comparativamente à IN/STN nº 1/97, a Lei nº 9.790/99 estipula, em seu art. 10, poucas cláusulas obrigatórias ao termos de parceria. Além da previsão do objeto, estipulação de metas e cronogramas e previsão de receitas e despesas, o termo de parceria deverá obrigatoriamente prever, conforme já observado, a previsão de critérios objetivos de avaliação de desempenho[385]. Por conta desta última obrigação, constará também do termo de parceria a obrigatoriedade de apresentação, pela OSCIP, de relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, ao término de cada exercício, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados[386]. Por fim, consta como cláusula obrigatória de todo o termo de parceria a previsão de publicação, em imprensa oficial, do extrato simplificado do termo de parceria, o qual deverá conter demonstrativo de execução física e financeira do seu objeto[387].

Seguindo direcionamento contrário ao da IN/STN nº 1/97, a Lei nº 9.790/99 não prevê regras rígidas na forma de aplicação dos recursos transferidos por meio do termo de parceria. À título de exemplo, a OSCIP não se obriga, por força do termo de parceria, a restituir aos cofres públicos eventuais saldos não utilizados na realização do objeto do projeto aprovado

---

[383] ALVES, Cássia Vanessa Olak. **Organizações da sociedade civil de interesse público e termos de parceria**: um estudo sobre o processo de avaliação de resultados dos projetos sociais desenvolvidos com recursos governamentais no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) - Faculdade de Economia e Administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 136.
[384] ALVES, Cássia Vanessa Olak. **Organizações da sociedade civil de interesse público e termos de parceria**: um estudo sobre o processo de avaliação de resultados dos projetos sociais desenvolvidos com recursos governamentais no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) - Faculdade de Economia e Administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 143-147.
[385] Art. 10, III da Lei nº 9.790/99.
[386] Art. 10, V da Lei nº 9.790/99.
[387] Art. 10, VI da Lei nº 9.790/99.

pelo órgão repassador. Caso estes saldos tenham decorrido de um uso eficiente dos recursos pela entidade sem fins lucrativos, esta poderá aplicá-los em ações complementares a do objeto executado, não se obrigando, portanto, a devolvê-los aos cofres públicos. Viu-se que esta é uma cláusula obrigatória de todo e qualquer convênio, em que a entidade convenente se obriga a devolver não só os saldos, mas inclusive os rendimentos de aplicação financeira que porventura permanecerem na conta no momento da conclusão ou extinção do convênio.[388]

Não obstante a Lei nº 9.790/99 estabeleça para o termo de parceria poucas cláusulas obrigatórias versando sobre instrumentos de controle de aplicação de recursos, algumas obrigações implícitas incidirão sobre aquele ajuste, em decorrência de sua necessária compatibilização com outras normas sobre *transferências voluntárias*, das quais se destaca a LDO.

Este é o caso da obrigação de contrapartida, a que as OSCIPs estão obrigadas nos mesmos termos (acima observados) aplicáveis às entidades sem fins lucrativos que celebram convênios, por força de dispositivo da LDO[389]. Embora a Lei nº 9.790/99 não preveja, assim como faz a IN/STN nº 1/97, em seu art. 7º, II, como cláusula obrigatória do termo de parceria a previsão da obrigação de contrapartida da entidade sem fins lucrativos parceira, esta estará adstrita aos ditames da LDO, sob pena de responsabilização tanto do órgão repassador quanto da entidade beneficiária dos recursos públicos.

O exemplo fornecido acima revela que a eficácia da pretendida flexibilização na gestão de recursos em decorrência da ausência de restrições e limites legais revela-se freqüentemente comprometida, em razão de sua inadequação a outras normas do ordenamento jurídico que regem as *transferências voluntárias*.

e) Vedações à Utilização de Recursos

Diferentemente da IN/STN nº 1/97, que estabelece diversas vedações par a realização de despesas com verbas de convênio, a Lei nº 9.790/99, atendendo a reivindicações das entidades sem fins lucrativos, foi muito menos interventiva nessa seara.

---

[388] Esta é a dicção do art. 7º da IN/STN nº 1/97. "Art. 7º O convênio conterá, expressa e obrigatoriamente, cláusulas contendo: (...) XI - a obrigatoriedade de eventual saldo de recursos, inclusive os rendimentos da aplicação financeira, ao concedente ou ao Tesouro Nacional, conforme o caso, na data de sua conclusão ou extinção."

[389] Cf. art. 40 da Lei nº 11.514, de 13 de agosto de 2007 (LDO para o exercício de 2008).

A única proibição expressa instituída pela referida lei refere-se à realização de despesas com campanhas político-partidárias ou eleitorais.[390] Esta proibição, aliás, independe da origem dos recursos, de modo que as OSCIPs não poderão, ainda que por meios próprios, participar das referidas campanhas.

A diminuição das proibições para a realização de despesas na legislação que rege o termo de parceria foi uma reivindicação dos atores que participaram de sua formulação, uma vez que tais vedações eram consideradas prejudiciais ao fortalecimento do setor. Nesse sentido, o legislador não só adotou uma postura cautelosa na instituição de vedações ao uso do dinheiro público, como tratou de ser enfático na admissão de certas despesas proibidas em sede de convênios. Estas despesas, conforme será visto, constituem instrumentos de flexibilização da gestão de recursos públicos, vistos como essenciais para se atingir o almejado fortalecimento do terceiro setor.

As mesmas observações tecidas no item anterior, referentes à necessidade de harmonização da Lei nº 9.790/99 às demais normas que regem as *transferências voluntárias*, são aplicáveis na identificação da existência de outras vedações ao uso de recursos públicos no âmbito dos termos de parceria.

Embora a Lei nº 9.790/99 só tenha instituído uma vedação expressa ao uso de recursos públicos oriundos de *transferências voluntárias*, outras proibições são aplicáveis aos termos de parceria por força da LDO.

Este é o caso da proibição de diárias a dirigentes de OSCIPs, pelos mesmos fundamentos legais, já analisados anteriormente, que proíbem a realização dessa despesa em sede de convênios.[391]

A LDO proíbe, do mesmo modo, a utilização de recursos provenientes de quaisquer instrumentos de repasse de recursos para entidades privadas sem fins lucrativos, para pagamento de serviços de consultoria ou assistência técnica prestados por servidor público da administração direta ou indireta.[392] Esta vedação, conforme visto, constitui previsão expressa

---

[390] Art. 16 da Lei nº 9.790/99.

[391] O fundamento legal para esta proibição, já tratada no item 3.1.1.1, "d", é o art. 25 da LDO para o exercício de 2008 (Lei nº 11.514/2007).

[392] "Art. 25. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com: (...) VIII - pagamento, a qualquer título, a militar ou a servidor público, da ativa, ou a empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, por **serviços de consultoria ou assistência técnica**, **inclusive os custeados com recursos provenientes**

da legislação disciplinadora do convênio[393], sendo que a LDO estendeu tal proibição a todas as formas jurídicas de repasses de recursos provenientes de *transferências voluntárias*, incluindo o termo de parceria.

Observa-se, ainda, que o art. 23 do Decreto nº 3.100/99, que regulamenta a Lei nº 9.790/99, prevê a possibilidade de que termos de parceria que sejam precedidos de concurso de projetos possam servir aos mais diversos objetos, como obtenção de bens e serviços, realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

Os órgãos repassadores de recursos, no entanto, temendo represálias do TCU, que considera a maior parte dos objetos acima descritos como instrumentos de terceirização de atividades do setor público (passíveis, portanto da celebração de contratos administrativos precedidos de licitação), têm se restringido a realizar projetos e atividades-fim vinculadas à execução de programas orçamentários.

As situações descritas acima sugerem, portanto, a incidência de uma série de vedações - ainda que implícitas - à utilização de recursos por meio de termos de parceria, as quais provêm de outras normas de direito público incidentes sobre o regime das *transferências voluntárias*.

f) Consulta ao Conselho de Políticas Públicas

A Lei nº 9.790/99 instituiu como condição prévia da celebração do termo de parceria a consulta ao Conselho de Políticas Públicas da área correspondente a do objeto do ajuste.[394] Trata-se de um mecanismo de controle social em que há a participação da sociedade civil, uma vez que os Conselhos de Políticas Públicas são compostos paritariamente por membros do Poder Público e membros eleitos pela sociedade.

A consulta ao Conselho de Políticas Públicas é um dos instrumentos de controle social que a lei procurou instituir para propiciar maior transparência às ações desenvolvidas por entidades do terceiro setor.

---

de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres, firmados com órgãos ou entidades de direito público ou privado, nacionais ou internacionais, ressalvadas as situações autorizadas por legislação específica;"

[393] Art. 8º, II da IN/STN nº 1/97.

[394] Art. 10, § 1º da Lei nº 9.790/99.

A esse respeito, observa-se que tanto os Conselhos de Políticas Públicas quanto a prática de consulta a esses órgãos para a realização de *transferências voluntárias* a entidades do terceiro setor já existiam antes da edição da Lei nº 9.790/99, de modo que não se pode afirmar que esta introduziu um novo mecanismo de controle social.[395]

O mérito da lei, dessa forma, foi generalizar e tornar obrigatório o recurso à consulta ao Conselho de Políticas Públicas para todas as *transferências voluntárias* realizadas por meio de termos de parceria. [396]

Não obstante o caráter inovador do instrumento, verifica-se que a própria legislação introduziu meios de diminuir ou neutralizar a atuação dos Conselhos de Políticas Públicas.

Observa-se que o parecer emitido pelo Conselho de Políticas Públicas tem caráter meramente consultivo, pois o órgão estatal é que detém, em última instância, a decisão final sobre a celebração do termo de parceria.

Sobre o dispositivo que prevê a consulta prévia ao Conselho de Políticas Públicas, o TCU já se manifestou sugerindo uma alteração legislativa prevendo que "a eventual não adoção da posição emanada pelo Conselho deveria ser justificada pelo órgão estatal parceiro."[397]

Demais disso, o acompanhamento e a fiscalização por parte do Conselho de Políticas Públicas, consoante o art. 17 da Lei nº 9.790/99, não pode introduzir nem induzir modificações nas obrigações estabelecidas no termo de parceria. Só cabe ao referido Conselho, conforme a dicção do § 1º do art. 17 da Lei nº 9.790/99, expedir recomendações em sede de controle concomitante, para acompanhamento dos termos de parceria.

O TCU entendeu que essa disposição "limita demasiadamente o poder de controle social exercido pelo Conselho, tornando sua atividade quase inócua".[398]

Demais disso, a Lei nº 9.790/99 e seu regulamento nada prevêem acerca

---

[395] No âmbito do FNMA, por exemplo, o Conselho Deliberativo já se manifestava sobre a celebração dos contratos e convênios antes mesmo do advento do Termo de Parceria. Na esfera do Fundo Nacional de Cultura ("FNC"), o órgão deliberativo é a Comissão Nacional de Incentivo à Cultura ("CNIC").

[396] Observa-se, no entanto, que na hipótese de inexistência de um Conselho de Políticas públicas da área correspondente ao objeto do termo de parceria, o órgão estatal parceiro, por força do art. 10, § 2º da Lei nº 9.790/99, fica dispensado de realizar a consulta.

[397] Decisão nº 931/1999. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça. **BTCU**, n. 78, 1999.

[398] Decisão nº 931/1999. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça. **BTCU**, n. 78, 1999.

Em pesquisa realizada junto a órgãos estatais que celebraram termos de parceria com entidades sem fins lucrativos até 2006[399], Valéria Maria Trezza verificou que, à exceção do FNMA, aqueles cumprem o requisito da consulta aos Conselhos de Políticas Públicas apenas formalmente. "Em nenhum deles os Conselhos reúnem-se de fato para analisar e aprovar a celebração do Termo de Parceria. Cada secretaria providencia a documentação necessária e colhe as assinaturas dos conselheiros individualmente."[400]

Dessa forma, as competências atribuídas aos Conselhos de Políticas Públicas não permitem que estes contribuam de fato para a formulação das políticas públicas, de modo que sua participação tende a ser meramente formal.[401]

g) Documentação exigida

A Lei nº 9.790/99, diferentemente da IN/STN nº 1/97, não exige como condição de celebração do termo de parceria a comprovação de regularidade da entidade sem fins lucrativos com as fazendas federal, estadual e municipal, com o sistema de seguridade social e com o FGTS.

A referida lei prevê somente que as entidades deverão apresentar as certidões negativas de débitos junto ao INSS e FGTS quando prestarem contas anualmente de suas atividades.[402] Esta prestação de contas, observa-se, não se refere estritamente ao termo de parceria celebrado, mas a todas as operações patrimoniais e atividades realizadas pela entidade durante o período de um ano.

---

[399] Os órgãos intrevistados pela autora foram o FNMA, do MMA, a Subsecretaria de Promoção de Defesa dos Direitos Humanos e a Coordenadoria Nacional ara Integração de Pessoa Portadora de Deficiência, da Secretaria Especial de Direitos Humanos ("SEDH"), e a Secretaria de Políticas e Programas de Pesquisa e Desenvolvimento, bem como a Secretaria da Ciência e Tecnologia para Inclusão Social, do Ministério da Ciência e Tecnologia.

[400] TREZZA, Valéria Maria. **O termo de parceria como instrumento de relação público/privado sem fins lucrativos**: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007, p. 121.

[401] A esse respeito, Francisco Humberto Cunha Filho realizou estudo no qual a competência da CNIC (Conselho de Políticas Públicas da área cultural) para formular políticas públicas para o setor foi transferida integralmente para o Ministro da Cultura. Esta alteração de competências empreendida por lei transformou a CNIC em órgão meramente consultivo, esvaziando seu papel na formulação de políticas públicas para a área cultural. CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988**: a representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, 184 p.

[402] Cf. art. 4º, VII, b da Lei nº 9.790/99.

O TCU, no entanto, acabou firmando entendimento de que as certidões negativas de débito junto ao INSS e o FGTS devem ser apresentadas não só no encerramento do exercício fiscal, quando a entidade presta contas de suas atividades e das demonstrações financeiras relativas ao ano encerrado, mas também em momento prévio a assinatura de qualquer Termo de Parceria.[403]

Este entendimento, seguindo tese defendida por membro do Ministério Público junto ao TCU, encontra embasamento no art. 195, § 3º, da CF. Este dispositivo prescreve que pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social não pode contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

O entendimento de Marcos Vinicios Vilaça, relator do acórdão ora comentado, foi vencido neste tema, já que o referido ministro entendeu que "a Constituição Federal normatizou a questão, mas não a ponto de exigir a apresentação de certidões previamente à assinatura do Termo de Parceria." Para o autor, a comprovação de regularidade exigida pela CF pode ser realizada de várias maneiras, incluindo aquela prevista na Lei nº 9.790/99, que exige a demonstração de regularidade apenas no momento da prestação de contas anual da entidade.

Embora a Lei nº 9.790/99 tenha transferido a exigência de comprovação de regularidade perante a seguridade social para a etapa do controle posterior, visando a tornar menos rígido e burocratizado o controle *ex ante*, o órgão de controle externo entendeu que este dispositivo não se compatibilizava com as demais normas do ordenamento jurídico. Novamente, está-se diante de um instrumento potencialmente ineficaz em face de sua incompatibilidade com outras normas do ordenamento.

3.1.3.2 Instrumentos de controle concomitante

a) Acompanhamento e avaliação do termo de parceria

Uma vez celebrado o termo de parceria, a execução de seu objeto será acompanhada e fiscalizada por uma Comissão de Avaliação, composta por dois representantes do órgão estatal parceiro, um da OSCIP e um do Conselho de Políticas Públicas da área correspondente

[403] Acórdão do TCU nº 177/05. Plenário. Relator: Marcus Vinicios Vilaça. **DOU**, 22 nov. 2005.

à atividade fomentada.[404]. Esta Comissão, além de acompanhar a execução do objeto do termo de parceria, deverá avaliar os resultados atingidos com o ajuste.[405]

No tocante ao acompanhamento da execução do objeto do termo de parceria, a legislação é imprecisa quanto ao papel das recomendações da Comissão - se apenas deliberativas[406], ou também fiscalizatórias - - cabendo-lhe a palavra final acerca da aprovação dos resultados da execução do projeto.

A legislação também não prevê diretrizes para o acompanhamento da execução do objeto do termo de parceria, silenciando, por exemplo, quanto à obrigatoriedade do acompanhamento *in loco* do projeto para a liberação de recursos cujo cronograma seja dividido em parcelas.[407]

Demais disso, as deficiências estruturais da administração pública federal, das quais se destaca a insuficiência de pessoal técnico especializado para o acompanhamento e execução de projetos pode comprometer a representação do poder público nas Comissão de Avaliação.

No tocante à avaliação de resultados que a referida Comissão deverá empreender, observa-se que legislação silencia também sobre a atuação do referido órgão na definição das metas e na elaboração dos indicadores que deverão constar do programa de trabalho do termo de parceria. Não há indicações seguras na legislação sobre a maneira como deve se dar a interação entre OSCIP e órgão público no planejamento da implementação do objeto do ajuste. "Em verdade, não fica totalmente claro em que momento - se em etapas previamente estipuladas ou se apenas na conclusão do projeto - a comissão de avaliação e a auditoria externa devem atuar."[408]

Natália Massaco Koga, em estudo de caso sobre termos de parceria, identificou um cenário de dúvidas e incertezas não só quanto à composição, mas também quanto ao momento

---

[404] Art. 11 da Lei nº 9.790/99.
[405] Art. 11, § 1º da Lei nº 9.790/99 e art. 20 do Decreto nº 3.100/99.
[406] Ao Conselho de Políticas Públicas, conforme já observado, compete expedir recomendações para a execução dos termos de parceria, as quais, em princípio, têm caráter apenas deliberativo e não fiscalizatório. Cf. § 1º do art. 17 da Lei nº 9.790/99.
[407] O procedimento de condicionar a liberação de recursos à verificação presencial da execução do projeto é adotado nos contratos de repasse e tem sido apontado pelos órgãos de controle dos recursos públicos como importante meio de prevenir a malversação de recursos públicos.
[408] KOGA, Natália Massaco. **As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS) e os Termos de Parceria**: uma reflexão sobre a relação entre Estado e Sociedade Civil. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2004, p. 134.

em que deve atuar a Comissão de Avaliação.[409] A autora identificou, nos 12 termos de parceria que examinou, que a Comissão de Avaliação era constituída em diferentes fases do ajuste, abrangendo desde o momento prévio à celebração do instrumento jurídico até etapa posterior à execução do objeto pactuado.

Verifica-se, na seara de acompanhamento e avaliação de ações e projetos desenvolvidos por termos de parceria, a inexistência de um detalhamento normativo para operacionalizar o controle concomitante. Essas lacunas normativas provocam insegurança no setor público, que tende a se pautar pelos critérios estabelecidos na legislação que disciplina os convênios.[410]

b) Regulamento próprio para compras de bens e serviços

A Lei nº 9.790/99, movida pelos propósitos de flexibilização do controle sobre a gestão de recursos públicos, previu a possibilidade de adoção, pelas OSCIPs, de regulamento próprio para a contratação de bens e serviços de terceiros pagos com os recursos públicos recebidos por meio de termo de parceria.[411]

Com este mecanismo de flexibilização, as OSCIPs não estão obrigadas, ao celebrarem termos de parceria, a seguir os ditames da Lei nº 8.666/93, a não ser no que diz respeito à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.[412]

Este mecanismo de flexibilização de gestão de recursos públicos viu-se ameaçado com a edição do Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005, o qual estabeleceu, indistintamente para todas as entidades sem fins lucrativos beneficiárias de *transferências voluntárias* de

---

[409] **As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS) e os Termos de Parceria**: uma reflexão sobre a relação entre Estado e Sociedade Civil. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2004, p. 179 p.

[410] O trabalho de Valéria Trezza, que analisou a percepção de órgãos do setor público acerca da aplicação de termos de parceria, foi conclusivo nesse sentido: "Parece-nos que tal situação é decorrente do fato dos gestores públicos não terem internalizado na gestão de projetos a prática de buscar eficiência de resultados, mas de ainda estarem presos apenas em seguir os procedimentos para que não haja, futuramente, nenhum questionamento por parte dos órgãos fiscalizadores. TREZZA, Valéria Maria. **O termo de parceria como instrumento de relação público/privado sem fins lucrativos**: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007, p. 131.

[411] Art. 14 da Lei nº 9.790/99.

[412] Art. 4º, I da Lei nº 9.790/99.

recursos públicos da União - incluindo as OSCIPs - a obrigatoriedade da adoção de licitação, na modalidade pregão, para a contratação de bens e serviços comuns.

A referida obrigação passou a ser imputada às OSCIPs, a despeito do manifesto desrespeito à hierarquia legal, em que um decreto presidencial afastou os efeitos do comando de uma lei.

Demais disso, a exigência de procedimento licitatório passou também a ser adotada nos termos de parceria com OSCIPs, não obstante o próprio TCU tenha se manifestado contrário à aplicabilidade do Decreto nº 5.504/05 àquele instrumento.[413]

A Portaria Interministerial MF/MPOG nº 217, de 31 de julho de 2006, confirmou os propósitos do Decreto nº 5.504/05, de estender a obrigatoriedade de utilização do pregão eletrônico para as OSCIPs, ao estabelecer prazo determinado para que estas substituam seus regulamentos próprios por editais de pregão, nos termos da Lei nº 10.520/02 e do Decreto 5.450/05, que disciplinam esta modalidade licitatória.

Observa-se, diante dessas considerações, que a lógica aplicável ao convênio também imperou no sistema de contratação de bens e serviços de terceiros realizados pelas entidades sem fins lucrativos que celebram termos de parceria.

3.1.3.3 Instrumentos de controle posterior

a) Prestação de contas do termo de parceria

Ao término da execução do objeto do termo de parceria, a OSCIP terá de prestar contas das ações realizadas e dos gastos efetuados, mediante a apresentação dos seguintes documentos: (i) relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados; (ii) demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução; (iii) parecer e relatório de auditoria, nos casos em que o montante de recursos recebidos for maior ou igual a R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais); (iv) extrato da execução física e financeira, preenchido pela OSCIP e publicado por iniciativa do órgão público na imprensa oficial.

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

Além do dever de demonstrar a correta e regular execução físico-financeira do objeto do termo de parceria, são novidades introduzidas pela Lei nº 9.790/99 a obrigatoriedade de apresentação de relatório dos resultados alcançados, bem como a apresentação de relatório de auditoria independente quando o montante de recursos superar o limite acima mencionado.

A função da auditoria independente consiste em emitir opinião a respeito do demonstrativo integral da receita e despesa apresentado pela OSCIP. O auditor ou empresa de auditoria independente, ao término dos trabalhos de auditoria, emitirá opinião na qual verificará se as demonstrações contábeis apresentadas pela OSCIP condizem com a situação real dos gastos e ações realizados. De acordo com as Normas Brasileiras de Contabilidade[414], o parecer de auditoria independente não é um certificado que ateste a regularidade das ações da entidade auditada. Este consiste numa opinião, exarada à luz das informações existentes, sobre a fidedignidade dos documentos apresentados em sede de prestação de contas. No entanto, o auditor tem o dever de informar eventuais erros e fraudes que identifique terem sido cometidos pela entidade auditada, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal, dependendo do caso concreto.

Em face dessas considerações, verifica-se que a previsão de auditoria independente nos termos de parceria cujo valor supere a quantia de R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) foi introduzido para incrementar o controle da utilização de recursos públicos repassados às entidades sem fins lucrativos.

As despesas com auditoria poderão ser incluídas no orçamento do projeto e financiadas pelo parceiro público por meio do próprio Termo de Parceria, conforme prevê o próprio Decreto nº 3.100/99, em seu art. 19, § 3º

A legislação nada prevê, no entanto, acerca do momento em que os trabalhos de auditoria deverão ser iniciados. As mesmas observações feitas sobre o momento de atuação da Comissão de Avaliação se aplicam aqui para a auditoria externa, já que não resta claro se esta deverá ser realizada somente após o término da execução do objeto, ou se deve ser empreendida ao término de etapas previamente estipuladas.

b) Prestação de Contas Anual de Atividades

[414] Sobre o parecer dos auditores independentes, cf. Resolução Conselho Federal de Contabilidade ("CFC") nº 830/98.

A prestação de contas anual de atividades da OSCIP não se confunde com a prestação de contas do termo de parceria. Aquela deverá ser encaminhada ao Ministério da Justiça e terá como objeto todas as atividades e operações patrimoniais da entidade durante um exercício.

Os documentos que deverão instruir a prestação de contas anual são os seguintes[415]: (i) relatório anual de execução de atividades; (ii) demonstração de resultados do exercício; (iii) incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS; (iv) balanço patrimonial; (v) demonstração das origens e aplicações de recursos; (vi) demonstração das mutações do patrimônio social; (vi) notas explicativas das demonstrações contábeis, caso necessário; (viii) parecer e relatório de auditoria somente quando os recursos públicos recebidos pela OSCIP forem equivalentes ou superiores a R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

A principal inovação introduzida pela legislação no tocante à prestação de contas anual é a exigência de apresentação das demonstrações contábeis da entidade. O referido mecanismo foi instituído para garantir maior "transparência" às ações desempenhadas por entidades do terceiro setor.

Observa-se que a lei não prevê a metodologia que deverá ser utilizada nas demonstrações contábeis apresentadas pelas entidades do terceiro setor. A esse respeito, Cássia Olak Alves observa que as demonstrações contábeis aplicáveis às entidades com finalidade lucrativa não são adequadas para se aferir adequadamente o desempenho das entidades do terceiro setor. Tais demonstrações não levam em conta o conceito de custo de oportunidade, o reconhecimento de serviço voluntário, bem como despesas não reembolsadas porque recebidas na forma de beneficência. Estes elementos, segundo a autora, deveriam constar das demonstrações contábeis a serem fornecidas ao poder público, de modo a melhor ajustar a relação existente entre fluxo de serviços prestados e receitas auferidas pela entidade.[416]

Como a prestação de contas anual poderá ser exigida pelo órgão repassador de recursos previamente à celebração do termo de parceria, a entidade deverá cumprir

---

[415] Cf. art. 4º, VII da Lei nº 9.790/99 e art. 11 do Decreto nº 3.100/99.

[416] ALVES, Cássia Vanessa Olak. **Organizações da sociedade civil de interesse público e termos de parceria**: um estudo sobre o processo de avaliação de resultados dos projetos sociais desenvolvidos com recursos

anualmente os requisitos acima apresentados, para que ao menos formalmente cumpra as exigências de transparência de sua gestão.

c) Seqüestro de bens

Assim como nos convênios, as irregularidades na utilização dos recursos públicos recebidos pelas entidades sem fins lucrativos poderão ensejar a instauração da TCE, bem como eventuais ações nas esferas cível e criminal, quando for o caso.

A Lei nº 9.790/99 inovou, no entanto, nesta seara, na medida que previu a possibilidade de que Ministério Público e Advocacia-Geral da União ("AGU") possam requerer em juízo a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens de seus dirigentes, bem como do agente público ou terceiro que tenha causado prejuízo ao erário, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.[417]

Caso seja decretada a indisponibilidade ou seqüestro dos bens, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da organização parceira.[418]

3.1.3.4 Instrumentos de Flexibilização da Gestão

a) Flexibilização na utilização de recursos

Foi visto que as normas que disciplinam os convênios são marcadamente restritivas no tocante ao emprego que se pode dar aos recursos públicos transferidos. A IN/STN nº 1/97, em seu art. 8º, estabelece expressamente vedações sobre a realização de determinados tipos de despesa.

---

governamentais no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) - Faculdade de Economia e Administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 94.

[417] Art. 13 da Lei nº 9.790/99.

[418] Art. 13, § 3º da Lei nº 9.790/99.

Estas proibições guardam relação com os propósitos estabelecidos originalmente para os convênios, consistentes em buscar capacidade instalada para a realização descentralizada de programas de governo.

Observou-se também que a legislação que disciplina os convênios não diferencia os entes públicos dos privados, tratando-os indistintamente no tocante aos direitos e obrigações decorrentes da celebração da parceria. O legislador considera que tanto entes públicos quanto privados detém a mesma capacidade instalada, tanto para gerir recursos, quanto para executar as atividades vinculadas aos programas orçamentários.

Buscando superar esses equívocos, a Lei nº 9.790/99 passou a permitir, nos termos de parceria, o custeio de despesas vedadas pela legislação que disciplina o convênio.

A possibilidade de remuneração de pessoal da própria entidade, incluindo diretores, empregados e consultores[419], talvez seja o principal instrumento de flexibilização introduzido pelo termo de parceria. Estas despesas poderão ser inseridas no orçamento do projeto a ser financiado com recursos públicos, desde que os valores da remuneração sejam equivalentes àqueles praticados no mercado para as funções e serviços a serem desempenhados pelo pessoal da OSCIP.[420] A esse respeito, observa-se que representante do Ministério Público junto ao TCU firmou entendimento de que a remuneração dos dirigentes e funcionários da entidade, quando efetuada com recursos públicos, não poderia ser superior, em seu valor bruto, ao limite estabelecido para a remuneração dos servidores do Poder Executivo Federal.[421] Esta posição, no entanto, não foi acatada pelo plenário do TCU, que entendeu que a imposição de limite remuneratório não se harmonizaria "com um sistema voltado para a avaliação do desempenho global do projeto, com a atenção apontada para os resultados."[422]

Além da remuneração de pessoal próprio da entidade, a entidade poderá receber bens imóveis que serão incorporados ao seu patrimônio, com a condição de estes sejam gravados

---

[419] Art. 10, § 2º, X da Lei nº 9.790/99.
[420] Art. 4º, VI da Lei nº 9.790/99.
[421] "O Ministério Público chegou a esta conclusão a partir de entendimento desta Corte de que as entidades paraestatais integrantes do sistema "S" devem obedecer o limite remuneratório estabelecido para a administração pública. Isso porque, assim como os serviços sociais autônomos, as Oscips, ao celebrarem Termos de Parceria, são destinatárias de recursos públicos." Acórdão n. 1.777/2005. Plenário. Relator: Marcus Vinicios Vilaça. **DOU**, 22 nov. 2005.
[422] Acórdão n. 1.777/2005. Plenário. Relator: Marcus Vinicios Vilaça. **DOU**, 22 nov. 2005.

com cláusula de inalienabilidade[423] e que sejam transferidos a outra OSCIP na hipótese de a entidade perder sua qualificação.[424]

Observa-se, portanto, que não prevalece, na legislação que disciplina o termo de parceria, a visão de que a entidade sem fins lucrativos tenha de necessariamente possuir capacidade plenamente instalada para a execução do objeto do convênio. Em razão de sua finalidade não lucrativa, os recursos públicos tornam-se indispensáveis para financiar inclusive despesas administrativas e operacionais das entidades.

A lógica prevalecente no regime dos convênios, de que o custeio de despesas administrativas da entidade convenente contribuiria para o desvio da finalidade do objeto do ajuste guarda relação com a origem do instituto, destinado essencialmente a entes públicos, que detivessem capacidade instalada, os quais se encarregariam de levar a cabo a almejada descentralização administrativa propugnada pela reforma administrativa empreendida na década de 60 no Brasil.

Tendo em vista que o objetivo último da Lei nº 9.790/99 é fortalecer o terceiro setor, o termo de parceria foi instituído para eliminar algumas das vedações impostas pelo regime de convênio consideradas desajustadas à realizada das entidades sem fins lucrativos.

b) Flexibilização na execução financeira

A Lei nº 9.790/99 instituiu também alguns mecanismos de flexibilização na execução financeira dos recursos do termo de parceria.

Um deles reside na possibilidade de se prorrogar o período de vigência do termo de parceria caso haja excedentes financeiros disponíveis na conta bancária específica do projeto, bem como quando a execução do objeto ainda não tenha sido finalizada. Nos convênios, a prorrogação do prazo de vigência do convênio dependerá de juízo discricionário do poder público, exceto na hipótese em que o inadimplemento parcial do objeto do convênio decorrer de atraso na liberação dos recursos públicos, o que ensejará a prorrogação *ex oficio*.[425]

---

[423] Art. 15 da Lei nº 9.790/99.
[424] Art. 4º, V da Lei nº 9.790/99.
[425] Art. 7º, IV da IN/STN nº 1/97.

A prorrogação do termo de parceria, ademais, poderá ser feita mediante registro por simples apostila, dispensando-se a celebração de termo aditivo, quando não houver alteração nos valores financeiros.[426]

A Lei nº 9.790/99 permitiu também que as entidades pudessem efetuar despesas entre a data do término da vigência do termo de parceria e a data de sua renovação[427], o que é vedado expressamente pela IN/STN nº 1/97, que proíbe a realização de despesas em data anterior ou posterior à vigência dos convênios.[428] Tendo em vista que a morosidade do poder público é algo presente na administração dos convênios e termos de parceria, a possibilidade de que entidades possam se dedicar à execução do objeto do ajuste sem ter de esperar pela formalização da prorrogação da sua vigência revela-se uma medida importante para que as ações do projeto não sejam interrompidas.

A Lei nº 9.790/99 não impede, tampouco, que a OSCIP adiante recursos próprios à conta bancária do projeto em caso de atrasos nos repasses dos recursos, os quais poderão ser devidamente reeembolsados com a efetivação da transferência do dinheiro público.

De forma semelhante ao convênio, os recursos previamente autorizados são liberados para uma conta bancária da entidade sem fins lucrativos vinculada especificamente à execução financeira do projeto do termo de parceria.[429]

A legislação, no entanto, não estabelece regras rígidas de movimentação de recursos, tal como o faz a IN STN nº 1/97. Não há, dessa forma, regras estabelecendo que os recursos deverão ser aplicados em caderneta de poupança ou fundo de aplicação financeira de curto prazo[430], tampouco que a movimentação financeira deverá ser realizada, exclusivamente, mediante cheque nominativo, ordem bancária, transferência eletrônica disponível ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil.

---

[426] FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. **Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP**: a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor. Brasília: Comunidade Solidária, 2000, p 37..
[427] Art. 13, § 2º da Lei nº 9.790/99.
[428] Art. 8º, V da IN/STN nº 1/97.
[429] Art. 14 do Decreto nº 3.100/99.
[430] Segundo dicção do Art. 10, § 4º do Decreto 6.170/07, que vigorará a partir de 1º de julho de 2008, os recursos serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, e serão destinados a fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública quando a utilização desses recursos verificar-se em prazos menores que um mês.

A flexibilização dessas regras, conforme já assinalado, foi introduzida para que as entidades pudessem empreender mais esforços na busca por resultados e realização de metas, do que no cumprimento de regras de aplicação de recursos públicos.

> A avaliação restrospectiva assume-se como condição *sine qua non* de legitimidade da lei: se não for feita, nunca se saberá se a lei atingiu os objetivos que o legislador estabeleceu para ela e, portanto, se a decisão de legislar, e de legislar daquele modo, foi uma boa decisão. (CAUPERS, João).[431]

4. *Impacto* das normas sobre controle das *transferências voluntárias* para entidades do terceiro setor

Reconstituídos os problemas, objetivos e instrumentos da legislação que estabelece controles nas *transferências voluntárias* a entidades do terceiro setor, passa-se então à avaliação dos efeitos que podem ser atribuídos à aplicação das referidas normas.

Na introdução deste trabalho, anunciou-se que a avaliação legislativa que se pretendia realizar seria centrada nos *impactos* da legislação e não propriamente nos *efeitos*.

A decisão de não se realizar uma *avaliação legislativa* centrada nos *efeitos* residiu na constatação de que não seria possível atingir medidas rigorosas de eficácia, efetividade e eficiência das normas que estabelecem controles nas *transferências voluntárias* ao terceiro setor.

Diversos são os motivos pelos quais não se pode avaliar com o rigor desejado a eficácia, efetividade e eficiência das normas assinaladas. A negligência do poder público, freqüentemente denunciada por órgãos de controle das contas públicas[432], no acompanhamento e fiscalização da execução dos projetos custeados com recursos públicos, bem como na avaliação de suas respectivas prestações de contas, talvez seja um dos principais fatores a impedir um estudo sistematizado acerca do grau de cumprimento dessas normas. Falhando o poder público no controle prévio, concomitante e posterior das entidades privadas

---

[431] CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 59.

[432] Menciona-se, como exemplo, o relatório consolidado de dez auditorias do TCU realizadas na área de transferências de recursos realizadas pela CEF, FUNASA, Ministério da Integração Nacional, Companhia do Desenvolvimento dos Vales de São Francisco e do Parnaíba, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério dos Esportes, Ministério da Cultura e FNDE. Nas auditorias referidas, identificou-se um número expressivo de irregularidades graves em convênios cujas prestações de contas constavam como aprovadas no SIAFI. Acórdão do TCU nº 788/2006. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 26 mai. 2006.

sem fins lucrativos, não há como avaliar sistematicamente se estas cumprem ou não as normas a que são submetidas. Por sua vez, a atuação incidental e aleatória dos sistemas de controle na atuação do poder público[433] concedente não permite uma avaliação do nível de adesão da própria administração pública ao cumprimento das normas que regulam as transferências de recursos públicos.

Demais disso, o conjunto de normas a serem avaliadas são aplicados a um grupo muito heterogêneo de destinatários que podem assumir diferentes posturas e obter diversificadas percepções acerca da obediência ou desobediência à lei.

Em se tratando de poder público, órgãos de todos os poderes do Estado, com destaque para o executivo, têm competência para transferir recursos para entidades sem fins lucrativos. No âmbito do poder executivo, responsável pela maior parcela das referidas transferências, praticamente todos os ministérios, com ênfase para as pastas da ciência e tecnologia, educação, saúde, trabalho e emprego, cultura, desenvolvimento agrário, esporte, integração nacional, turismo e desenvolvimento social e combate a fome, transferem diretamente recursos para entidades do terceiro setor. Estes ministérios possuem diferentes níveis de institucionalização de controle prévio, concomitante e posterior das referidas transferências. Enquanto certas pastas apresentam funcionários de carreira bem preparados e sistemas de procedimentos internos bem especificados, outras apresentam elevados níveis de servidores terceirizados e ausência de regulamentos internos objetivos que orientem as ações desses funcionários. Obviamente, tais diferenças internas na burocracia das referidas entidades influem na maneira como estas se relacionam com as leis a que são submetidas, de modo que tal complexidade dificulta a categorização do comportamento dessas instituições para fins de levantamentos estatísticos.

Já no que diz respeito às entidades do terceiro setor beneficiárias de recursos públicos, pode-se afirmar que a diversidade é ainda maior. Além de inexistir consenso sobre quais entidades devem de fato pertencer ao terceiro setor, e, portanto, obter títulos para usufruir de recursos públicos[434], as práticas de gestão, a dependência ou não a recursos públicos, o nível

---

[433] As auditorias e outros instrumentos de fiscalização, levados a efeito por iniciativa própria do TCU, ou em decorrência de representações e denúncias, são realizadas esporadicamente, de acordo com planejamento do próprio órgão.

[434] A distinção entre entidades sem fins lucrativos de *fim público* e entidades de *benefício mútuo* permeia a polêmica em torno da qualificação das entidades cujas atividades devam ser financiadas com recursos públicos. Conforme visto, a Lei nº 9.790/99 excluiu do rol de entidades que podem se beneficiar da qualificação de OSCIP as entidades de *benefício mútuo*, ou seja, aquelas que atuam apenas em prol de seus associados, como clubes, associações profissionais etc. Por outro lado, há uma série de entidades que não se identificam com o discurso do

de voluntariado, dentre outros fatores, condicionam a forma como estes atores se relacionarão com as leis que regulam as *transferências voluntárias*[435].

Embora não se possa aferir com grau de precisão o nível de adesão - tanto do poder público, quanto do setor privado sem fins lucrativos - às normas ora avaliadas, é possível, a partir da apreensão de dados primários e secundários de pesquisa, verificar que a legislação ora não produz os efeitos esperados, ora provoca conseqüências que se distanciam totalmente dos objetivos estabelecidos pelo legislador.

A presente análise não residirá, portanto, no nível de adesão que a legislação provoca. O estudo estará centrado, em sentido inverso, na análise das causas que provocam a não adesão à norma, bem como nos fatores indutores de comportamentos distanciados dos propósitos da legislação.

4.1. Método

4.1.1 Dados Secundários

Para a avaliação dos efeitos e impactos da legislação sobre *transferências voluntárias* às entidades do terceiro setor, foram analisados dados secundários e primários referentes ao comportamento dos destinatários das leis. No caso em tela, os destinatários correspondem a determinados órgãos do poder público - responsáveis por administrar programas e efetuar as transferências - e a entidades do terceiro setor - que recebem os recursos públicos e os empregam na realização de projetos.

No que diz respeito à avaliação de comportamentos do poder público, este trabalho se baseou em dados secundários fornecidos por duas fontes distintas.

---

terceiro setor tal qual ele se manifesta na Lei nº 9.790/99. A Associação Brasileira de Ongs - ABONG, é uma das entidades que rejeita a expressão "terceiro setor", por entender que esse discurso desqualifica e enfraquece a identidade organizacional das entidades. ALVES, Mário Aquino. Uma boa festa, mas ninguém apareceu: resistência à nova qualificação legal do Terceiro Setor brasileiro. **Revista Integração**, Centro de Estudos do Terceiro Setor FGV - EAESP, ano 6., n. 1. Disponível em: < http://integracao.fgvsp.br/ano6/01/administrando.htm>. Acesso em: 22 abr. 2007.

[435] Para Joaquim Falcão, este seria inclusive um dos fatores a impedir a constituição de uma lei orgânica ou estatuto que disciplinasse todos os temas atinentes ao terceiro setor. Cf. FALCÃO, Joaquim. Diretrizes para uma nova legislação do Terceiro Setor. *In*: FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor.** 2.ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 147-148.

A primeira fonte é o TCU. Este órgão é responsável por fiscalizar a aplicação dos recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres.[436]

Além da análise global das prestações de contas que os órgãos públicos encaminham anualmente ao TCU, este órgão fiscaliza as transferências da União a Estados, Municípios e entidades privadas por meio de dois procedimentos específicos: o julgamento de tomadas de contas especiais e as fiscalizações, de iniciativa própria ou decorrentes de representações ou denúncias.

São os instrumentos de fiscalização, no entanto, levados a efeito por iniciativa própria do TCU ou em decorrência de representações ou denúncias, que interessam especialmente a este trabalho.

A fiscalização dos repasses é realizada por meio da realização de trabalhos de auditorias[437].

> Essa forma de fiscalização tem por objetivo avaliar, de maneira sistêmica, um tema, programa ou ação de governo, visando a traçar um quadro geral das situações verificadas, identificar irregularidades mais comuns e relevantes e propor aperfeiçoamento na sistemática de controle, no arcabouço legal e/ou no modelo de execução do programa/ação, de responsabilidade de um ou de vários órgãos federais.[438]

As auditorias obedecem a um plano de ações específico, normalmente elaborado de forma centralizada[439], que podem seguir métodos variados, dependendo dos propósitos a

---

[436] Art. 71, VI da CF.

[437] A fiscalização pode se dar também por meio de levantamentos, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos. O *levantamento* destina-se a conhecer (i) a organização da administração direta e indireta, fundos, sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere a aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais; (ii) identificar objetos e instrumentos de fiscalização e (iii) avaliar a viabilidade de sua realização. Dessa forma, o *levantamento* de auditoria constitui um instrumento importante para fiscalizações envolvendo instituições e sistemas muito complexos. O *acompanhamento* se destina a examinar as mesmas questões da auditoria, porém de forma concomitante à produção dos atos de gestão e execução dos programas. O *monitoramento* é utilizado para verificar o cumprimento das deliberações realizadas pelo TCU. A *inspeção*, por fim, destina-se a suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, legitimidade, e economicidade de fatos da administração. Cf. arts. 238, 239, 240, 241 e 243 da Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2002, que aprova o Regimento Interno do TCU. Disponível em: < http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/NORMAS_JURISPRUDENCIA/REGIMENTO_INTERNO/BTCU_ESPECIAL_01_DE_13_02_2007.DOC>. Acesso em: 03 jul. 2007.

[438] Acórdão do TCU nº 641/2007. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. **DOU**, 23 abr. 2007.

[439] As auditorias tem sido realizadas sobre a sistemática da Fiscalização de Orientação Centralizada ("FOC"), na qual a elaboração dos papéis de trabalho e a coordenação da fiscalização permanece sob a responsabilidade de uma unidade da sede do TCU, localizada em Brasília, ao passo que a execução do trabalho compete às unidades do TCU localizadas nos Estados da Federação para onde os recursos foram transferidos.

serem atingidos. Para a fiscalização das *transferências voluntárias*, as duas principais modalidades de auditoria realizadas pelo TCU são a *auditoria de conformidade* e a *auditoria operacional*.

A *auditoria de conformidade* é aquela que avalia a *legalidade* e *legitimidade* dos atos de gestão de recursos públicos. A avaliação da *legalidade* consiste na verificação do cumprimento das normas que disciplinam o controle das *transferências voluntárias*. Já a avaliação de *legitimidade* verifica o mérito da aplicação dos recursos, ou seja, se estes foram gastos no atendimento das finalidades públicas. A *auditoria de conformidade* também avalia a aplicação dos recursos públicos no que tange a sua *economicidade*, sempre que este critério comprometer a legalidade da gestão do dinheiro público[440]. Nesta modalidade de auditoria, no entanto, a *economicidade* assume importância secundária.

Já a *auditoria de natureza operacional*[441] é aquela utilizada para avaliar os programas, projetos e atividades governamentais. Esta se vale, para cumprir tal função, de critérios como *economicidade*, *eficiência*, *eficácia* e *efetividade*, que possuem significados semelhantes ao da terminologia da *avaliação legislativa*, aplicados, porém, ao contexto da avaliação de projetos.[442]

O TCU, ao realizar a *auditoria de conformidade*, nada mais faz do que avaliar se as normas de controle das *transferências voluntárias* são observadas e se essa observância, de fato, conduz a uma regular e legítima aplicação dos recursos públicos.

Tendo em vista que a regular aplicação de recursos públicos constitui também o objetivo principal das normas sobre *transferências voluntárias* por meio de convênio, pode-se afirmar que o trabalho realizado em sede de *auditoria de conformidade* representa uma ferramenta útil para que se avalie os efeitos da referida legislação.

---

[440] A prática de adquirir produtos e serviços por preços superiores aos de mercado, identificada nas auditorias de repasses voluntários, afeta a *economicidade* do projeto, e, sobretudo, a legalidade e legitimidade dos atos de gestão.

[441] As informações sobre auditoria de natureza operacional foram extraídas da obra BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de Auditoria de Natureza Operacional**. Brasília: TCU, Coordenadoria de Fiscalização e Controle, 2000, 114p.

[442] A *auditoria operacional* subdivide-se em *auditoria de desempenho operacional* e *avaliação de programa*. A *auditoria de desempenho operacional*. A *auditoria de desempenho operacional* examina a ação governamental sob os aspectos da *economicidade*, *eficiência* e *eficácia*, ao passo que a *avaliação de projetos* examina a *efetividade* dos programas e projetos governamentais.

Por outro lado, ao realizar uma *auditoria operacional*, o TCU avalia os resultados dos projetos vinculados aos programas governamentais que podem ser executados de forma descentralizada, por meio de *transferências voluntárias* a entes públicos e privados.

Como o objetivo principal das normas que disciplinam as *transferências voluntárias* por meio de termos de parceria é controlar a produção de resultados previamente estabelecidos pelo órgão estatal parceiro e uma OSCIP, uma *auditoria operacional* aplicada sobre esta modalidade de repasse também poderá ser uma ferramenta útil para que se proceda avalie os efeitos da referida legislação.

Os métodos utilizados nas auditorias governamentais podem se pautar pelas mesmas técnicas aplicáveis à *avaliação legislativa*, tais como análise de documentos, aplicação de questionários etc. À título de exemplo, os exames dos convênios nas auditorias que visam a apurar irregularidades na aplicação de recursos normalmente se baseiam em análise de documentos dos processos de concessão e de prestação de contas disponíveis nos órgãos concedentes. Já o trabalho de campo nas entidades convenentes, visando confirmar ou não a regular execução do objeto conveniado, geralmente é complementado por informações coletadas junto a órgãos como Receita Federal, Juntas Comerciais Estaduais, CREA, Secretarias de Fazenda Estaduais e Municipais, bem como dados obtidos em sistemas informatizados como SIAFI, Obrasnet e CPF, de modo que os achados de auditoria possam estar embasados em sólidas evidências.

É comum identificar, nas auditorias que avaliam a regularidade de aplicação de recursos em convênios, a adoção de um formulário, denominado "*check list* de convênios" no qual constam os itens que serão verificados quando da execução dos trabalhos de campo. Para fins ilustrativos, eis algumas das questões normalmente utilizadas no mencionado *check list*:

- O objeto do convênio é compatível com o objetivo do programa e com a finalidade da ação orçamentária a que se vincula?
- as condições da convenente para consecução do objeto foram devidamente avaliadas e os seus objetivos estatutários ou regimentais têm relação com o objeto pactuado?
- O Plano de Trabalho contém as informações obrigatórias e a especificação completa do bem a ser produzido ou adquirido e/ou dos serviços a serem prestados?
- Há indícios de ocorrência de procedimentos fraudulentos que indiquem possível ocorrência de direcionamento de licitação ou de licitação montada?
- O orçamento apresenta sobrepreço?
- A fiscalização do convênio e o acompanhamento de sua realização são efetivamente realizados pela Unidade?

- A movimentação dos recursos na conta específica do convênio está devidamente respaldada por documentos que comprovam a prestação do serviços/entrega dos materiais?
- Há indícios de procedimentos fraudulentos com relação às notas fiscais de prestação de serviços ou fornecimento de bens?
- A prestação de contas apresenta realização de despesas não permitidas, em finalidade diversa ou fora da vigência do convênio, não impugnadas pelo órgão concedente?[443]

Demais disso, ao examinar a eficácia e efetividade dos instrumentos de controle de recursos, o TCU se considera "legitimado" para sugerir alterações nos atos normativos que disciplinam os referidos instrumentos. Não raras vezes, estas sugestões são acatadas pelos órgãos responsáveis por elaborar atos normativos, de modo que o TCU influencia o processo de elaboração das normas submetidas à presente avaliação.

Sendo assim, uma análise dos resultados de auditoria do TCU se faz imprescindível para identificar, ainda que parcialmente, as causas dos efeitos resultantes da edição das normas que regulam *transferências voluntárias* para o terceiro setor. A este respeito, cabe reiterar que os dados apresentados não constituem amostragem útil para fins estatísticos. Estes apresentam, no entanto, exemplos de falhas na atuação do poder público, cujos *impactos* podem ser avaliados à luz de elementos traduzidos pelos próprios relatórios de fiscalização.

Observa-se, no entanto, que os trabalhos de auditoria de *conformidade* e *operacional* têm escopo mais restrito do que o que se pretende empreender neste trabalho, já que a análise das causas dos comportamentos dos destinatários das normas ora examinadas confere maior peso à investigação do comportamento dos órgãos pertencentes ao setor público, não havendo uma análise específica sobre o setor privado sem fins lucrativos. Exemplo claro é o da investigação dos fatos que confirmem ou refutem a hipótese de que as entidades privadas sem fins lucrativos possuem dificuldades particulares para se amoldarem a determinadas regras gerenciais de recursos públicos. Os trabalhos deste órgão, neste particular, não oferecem informações acerca dos comportamentos das entidades sem fins lucrativos, restringindo-se a informar que estas freqüentemente não obedecem a tais normas, e que tais problemas certamente se reduziriam caso houvesse um controle prévio mais efetivo por parte do setor público em selecionar entidades com capacitação para gerenciar recursos públicos sob uma ótica estritamente publicista. Observa-se que, embora de extrema relevância e pertinência, as

[443] Acórdão do TCU nº 2066/2006. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU** 13 nov. 2006.

questões levantadas pelo TCU não se baseiam num exame das percepções que as entidades privadas possuem das referidas normas quando estas têm consciência de não a cumprir[444].

A segunda fonte de informações secundárias sobre o comportamento do poder público é representada por trabalho acadêmico de natureza empírica realizado por uma pesquisadora do Programa de Pós Graduação em Administração e Governo da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

O trabalho examinado teve por objeto de estudo as relações entre poder público e OSCIPs na celebração dos termos de parceria. Intitulado "O Termo de Parceria como Instrumento de Relação Público/Privado sem Fins Lucrativos: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle", de autoria de Valéria Maria Trezza[445], o trabalho apresenta resultados importantes sobre como o poder público tem se comportado em face dos instrumentos de controle e de flexibilidade introduzidos pelo termo de parceria. Trezza realizou entrevistas com gestores de três órgãos públicos federais - FNMA, a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) e o Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) - os quais, segundo levantamento prévio realizado pela autora, foram os que mais celebraram termos de parceria com OSCIPs desde a criação do instituto, em 1999.

O trabalho mencionado assume importância nesta pesquisa na medida que apresenta dados sobre como órgãos estatais parceiros aplicam as regras que disciplinam o termo de parceria, além de explicitar, segundo a percepção do próprio poder público, os motivos que atribui aos comportamentos adotados.

4.1.2 Dados Primários

No tocante à avaliação dos comportamentos das entidades sem fins lucrativos, foram obtidos dados primários a partir de um estudo qualitativo exploratório realizado no segundo semestre de 2007. Nos meses de setembro a dezembro de 2007, foram realizadas entrevistas semi-estruturadas com 18 entidades sem fins lucrativos, sediadas em São Paulo, que

[444] A mesma observação poderia ser aplicada à análise que o TCU faz do setor público, quando afirma que este não oferece um controle efetivo sobre os recursos transferidos porque não cumpre as normas vigentes, quando, além disso,deveria avaliar como enxergam as normas os que têm consciência de não a cumprir.
[445] Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007, 1999p.

celebraram, de 1996 até 2007, pelo menos um convênio e/ou termo de parceria com órgãos da administração pública federal.

Para a seleção das entidades que seriam entrevistadas, consultou-se o Portal da Transparência[446], administrado pela CGU, que reúne informações sobre como o dinheiro público federal é aplicado[447]. É possível consultar, nesta página eletrônica, dados sobre todos os convênios que foram celebrados com o governo federal a partir de 1º de janeiro de 1996.

Sobre a maneira como os dados são disponibilizados na página eletrônica, verificou-se uma falha que, paradoxalmente, compromete a própria "transparência" do portal. Embora o portal faça referência apenas aos "convênios", os dados apresentados referem-se a todos os instrumentos de repasses de *transferências voluntárias*, incluindo, além daquele ajuste, os termos de parceria e os contratos de repasse. Não é possível, no entanto, identificar sob qual instrumento jurídico foi formalizado o repasse, já que todos são mencionados indistintamente na página eletrônica sob a terminologia de "convênio".

Após contato, via e-mail, com a equipe administradora do portal, buscando averiguar se o sistema diferenciava os dados relativos aos convênios dos dados referentes aos termos de parceria, a equipe da CGU responsável pelo Portal da Transparência forneceu a seguinte resposta:

> Informamos **que hoje não há diferença entre convênios e termo de parceria ou instrumentos congêneres**. Isto se deve ao fato de que estes instrumentos possuem objetivo similar: são simplesmente meios para cooperação. Diferem dos valores de outras transferências, pois o interesse é único e igual às ambas as partes, como melhoria da educação, saúde, criança e adolescência, ajuda à velhice e semelhantes. Os nomes de convênios e parcerias podem ser diferentes, mas o objeto e finalidade são os mesmos.

Observa-se, da análise da referida resposta, que os órgãos que alimentam os bancos de dados tratam de forma idêntica instrumentos distintos, o que inviabiliza uma produção de conhecimento segura sobre as relações entre Estado e terceiro setor.

Além disso, verifica-se que o sistema também trata como "convênios" alguns contratos celebrados com entidades do terceiro setor. Esta informação foi obtida durante a realização

---

[446] Cf. http://www.portaltransparencia.gov.br/.

[447] O Portal da Transparência reúne dados de execução financeira dos programas e ações do governo federal. Os dados que alimentam o portal são oriundos do FNS (quando o assunto refere-se a programas administrados pelo Ministério da Saúde), CEF (quando o assunto refere-se a programas administrados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome ou Ministério do Movimento Agrário), SIAFI e Banco do Brasil (quando os dados referem-se a cartões de pagamento do governo federal). Disponível em: < http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalTransparenciaOrigem.asp>. Acesso em: 03 ago. 2007.

das entrevistas com entidade sem fins lucrativos. O portal informava que uma determinada entidade havia celebrado convênios com os mais diversos ministérios, quando, na verdade, esta vinha celebrando contratos com os referidos órgãos. Não se questiona, aqui, a possibilidade jurídica de entidades sem fins lucrativos celebrarem contratos ao invés de convênios com o poder público. Estas o fazem, sob determinadas circunstâncias, e não cabe aqui discutir a legalidade da medida. Observa-se, no entanto, que os contratos não dizem respeito às *transferências voluntárias*, e portanto não deveriam constar do Portal da Transparência. Esses equívocos na alimentação do sistema dificultam qualquer levantamento quantitativo e até mesmo qualitativo que se pretenda realizar sobre o perfil das *transferências voluntárias*, já que nem todas as informações constantes do portal dizem respeito a elas.

Embora não se possa, pela consulta ao portal, diferenciar os convênios dos termos de parceria, é possível identificar todas as entidades que receberam recursos públicos provenientes da União por meio de um daqueles instrumentos. Os dados sobre os convênios estão reunidos por órgão concedente, de modo que é possível visualizar no portal o nome das entidades que receberam recursos de cada um dos órgãos gestores de programas, os quais incluem órgãos do executivo, legislativo e judiciário. É possível, também, obter informações sobre o objeto do ajuste celebrado com a União, seu valor total e a data e valor da última liberação de recursos realizada pelo órgão gestor do programa.

O processo de seleção das entidades a serem entrevistadas iniciou-se pela escolha dos órgãos "concedentes" com os quais aquelas firmaram acordos ou parcerias. Optou-se por escolher entidades que tivessem celebrado convênios ou termos de parceria com órgãos do poder executivo responsáveis pela gestão de programas orçamentários que envolvessem de forma significativa o terceiro setor[448], razão pela qual foram escolhidas organizações que receberam recursos dos seguintes ministérios: Ministério da Ciência e Tecnologia, Ministério da Cultura, Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério do Esporte, Ministério do Meio Ambiente e Ministério do Trabalho e Emprego.

Na seqüência, decidiu-se restringir a escolha dos entrevistados às entidades que tivessem sede na cidade de São Paulo, em função das limitações de tempo e recursos da pesquisa. No Portal da Transparência, é possível identificar os repasses não só pelos órgãos

[448] Foi possível, pela análise dos convenentes de cada um desses ministérios, identificar aqueles que mais efetuaram repasses a entidades do terceiro setor.

concedentes, mas também pelos municípios para onde foram transferidos os recursos. Dessa forma, pôde-se identificar, do universo total de repasses, todas aqueles realizados pelos ministérios supra mencionados a entidades sem fins lucrativos sediadas em São Paulo.

Por se tratar de estudo qualitativo exploratório, procurou-se ser o mais abrangente possível na escolha das entidades a serem entrevistadas. Dessa forma não configuraram como critérios restritivos de escolha de entidades o tipo de qualificação que estas possuem, a modalidade de instrumento jurídico que celebram ou a área em que atuam. Foram selecionadas desde entidades que atuam em áreas emergentes - como defesa do meio ambiente e do patrimônio cultural, até organizações que trabalham em áreas tradicionais do terceiro setor, como a filantropia e o assistencialismo. Além disso, a percepção de algumas entidades não legitimadas à obtenção do título de OSCIP também foram apreendidas neste trabalho, já que o objetivo era avaliar todos os instrumentos legais de controle das *transferências voluntárias* ao terceiro setor, e não apenas o termo de parceria. Dessa forma, este trabalho também levou em consideração a percepção de entidades como associações de classe ou de representação de categoria profissional, bem como cooperativas, que não podem pleitear o título de OSCIP, por não serem consideradas "legítimas" entidades do terceiros setor pelos formuladores da Lei n° 9.790/99, porém celebram reiteradamente convênios com o governo federal.

Tratando-se de um trabalho de *avaliação legislativa* sobre os instrumentos de controle e flexibilização das *transferências voluntárias*, e não sobre as ações desenvolvidas pelas entidades sem fins lucrativos, optou-se por não as identificar neste trabalho, referindo-as apenas por categorias genéricas.

Ver-se-á que os resultados obtidos nas entrevistas revelam uma certa homogeneidade de percepção e de comportamentos das entidades acerca das normas ora avaliadas, independentemente da sua área de atuação, dependência em relação ao poder público e volume de recursos públicos administrados. No entanto, nos temas em que se pôde perceber diferenças de percepção acerca instrumentos de controle específicos, as características genéricas da entidade serão mencionadas.

As entrevistas foram realizadas com gerentes das entidades sem fins lucrativos responsáveis pela relação da entidade com o poder público nas diferentes fases do controle das *transferências voluntárias*. Por ser imprescindível a familiaridade dos dirigentes com as

normas submetidas à avaliação, solicitou-se, em três das entrevistas, a participação de funcionários subordinados aos gerentes que demonstrassem maior conhecimento acerca das minúcias do cumprimento da legislação. O pedido de participação de funcionários subordinados, em todas as situações, foi plenamente atendido.

Tratando-se de uma avaliação dos *impactos* da lei, optou-se pela realização de entrevista semi-estruturada, em que os entrevistados puderam responder livremente às perguntas previamente formuladas[449], versando sobre a percepção das entidades acerca das normas de controle prévio, concomitante e posterior à celebração do ajuste, bem como dos instrumentos de flexibilização, na hipótese de uma OSCIP entrevistada ter celebrado termo de parceria. Procurou-se identificar não só como as entidades se comportam em face das referidas normas, mas também como o poder público, na visão delas, reage aos mesmos instrumentos normativos.

4.2 O Comportamento do Poder Público

4.2.1 Convênios: impacto de um controle prévio deficitário

No segundo capítulo deste trabalho, analisou-se os objetivos das normas que disciplinam as *transferências voluntárias* por meio de convênios, chegando-se à conclusão de que aquelas possuem *função eficacial* de *bloqueio*, ou seja, destinam-se primordialmente a impedir que o dinheiro público repassado a entes públicos e privados seja desperdiçado.

Embora se possa vislumbrar um caráter finalístico nas normas que disciplinam as *transferências voluntárias* por meio de convênio, já que estas instrumentalizam projetos com finalidades específicas, verifica-se que a *função de programa* assume posição secundária para referida legislação.

O convênio, como já se pôde observar, introduz mecanismos de controle que têm por objetivo principal garantir a *conformidade* da aplicação de recursos públicos.

---

[449] A entrevista semi-estruturada é a ferramenta mais adequada para obter respostas às perguntas sobre "por quê" e "como" do que para responder perguntas sobre "o quê?", "quantos?" "com que freqüência?". 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, p 139. O roteiro da entrevista semi-estruturada constitui apêndice deste trabalho.

Resta, no entanto, averiguar de que modo tal controle é exercido e quais as conseqüências principais que este provoca.

Para o TCU, as irregularidades cometidas por convenentes na aplicação de recursos[450] decorre, primordialmente, de omissões e falhas do poder público no controle prévio das *transferências voluntárias*.

Esta é a conclusão que este órgão chegou após concluir seu relatório consolidado de auditorias realizadas com o objetivo de averiguar a regularidade de aplicação de recursos federais repassados pela União ou por entidades da Administração Indireta a ONGs, no período de 1999 a 2005, por meio de convênios.[451]

Na FOC que conduziu as referidas auditorias, foram auditadas 10 entidades sem fins lucrativos, localizadas nos Estados do Amazonas, Bahia, Ceará, Goiás, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia e Roraima, que foram escolhidas pela utilização dos seguintes critérios: (i) materialidade dos recursos repassados; (ii) entidades investigadas pela CPI das ONGs no Congresso Nacional; (iii) menção das ONGs em matérias de jornais e revistas.

Foram analisados 28 (vinte e oito) convênios que totalizam o valor de R$ 150.698.123,93 (cento e cinqüenta milhões, seiscentos e noventa e oito mil, cento e vinte e três reais e noventa e três centavos). Os convênios tinham os mais variados objetos, dentre eles, saúde indígena, concessão de bolsas de estudo para formação de mestres e doutores, apoio ao menor em situação de risco social, construção de hospital, aquisição de equipamentos, manutenção de unidade básica de saúde, conservação de recursos naturais, capacitação de membros de conselhos municipais, bem como capacitação de jovens para o primeiro emprego.

Como resultados das auditorias que versaram sobre os referidos convênios, foram identificadas deficiências na avaliação técnica e apreciação jurídica dos planos de trabalho e

---

[450] As principais irregularidades cometidas por entidades sem fins lucrativos beneficiárias de recursos voluntários podem ser sintetizados em: (i) alterações de objeto não decorrentes de melhor adequação técnica; (ii) condução do processo licitatório que indicam possível ocorrência de direcionamento da licitação ou licitação montada; (iii) incompatibilidade entre as etapas/fases de execução efetiva e aquela pactuada no plano de trabalho; (iv) movimentação irregular das contas específicas do convênio; (v) fraude nos pagamentos e documentos comprobatórios das despesas; (vi) utilização dos recursos em finalidade diversa, em despesas não permitidas e em data posterior à vigência do convênio. Cf. Acórdão do TCU nº 2066/2006. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU,** 13 nov. 2006 e Acórdão do TCU nº 2.261/2005. Plenário. Relator: Guilherme Palmeira. **DOU**, 03 jan. 2006.

[451] Acórdão do TCU nº 2066/2006. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU** 13 nov. 2006.

termos de convênio das entidades sem fins lucrativos convenentes. As principais falhas verificadas nos convênios examinados na referida FOC foram: (i) insuficiência e superficialidade das análises técnicas dos planos de trabalho dos projetos, caracterizadas pela análise *pro forma*; (ii) inexistência de avaliação quanto à qualificação técnica e operacional da convenente para a consecução dos objetos propostos.

Quanto às insuficiências das referidas análises técnicas, verificou-se que os órgãos concedentes aprovaram planos de trabalho com objetos imprecisos, sem especificações completas de seus elementos característicos. Como decorrência da imprecisão do objeto, os planos de trabalho não descreviam com clareza as metas que pretendiam atingir. Segundo observou o ACE coordenador da referida FOC,

> a falta de clareza nos desdobramentos das metas e das ações que efetivamente deverão ser implementadas, redundam em cronogramas de desembolso irreais, sem correlação entre as etapas de execução física e os aportes requeridos, de modo a quantificar realisticamente ao longo do tempo as parcelas de recursos necessárias, potencializando, assim, a liberação excessiva ou insuficiente de recursos em prejuízo da racionalidade administrativa e dos serviços que se pretende disponibilizar à população.[452]

O TCU identificou que as proposições dos projetos eram inconsistentes, não permitindo adequada compreensão dos meios e dos objetivos propostos. A descrição das metas, em quase todos os convênios examinados, foi elaborada de forma superficial, sem demonstrar a maneira pela qual se pretendia atingir os objetivos, como seriam realizadas as ações e o que se obteria de resultado concreto.

Os objetos, por sua vez, não foram definidos com precisão. Faltavam especificações completas de seus elementos característicos, os quais deveriam ser descritos de forma detalhada, objetiva, clara e precisa, de modo a permitir a identificação exata do que se pretende realizar ou obter.

Ademais, em nenhum dos projetos examinados foram apresentados estudos das necessidades do seu público-alvo, os quais deveriam nortear o planejamento das ações a serem desenvolvidas pelas entidades.

Em outra FOC que teve por objetivo examinar 109 (cento e nove) convênios celebrados entre 15 (quinze) unidades gestoras de recursos da União e quatro instituições privadas sem fins lucrativos, entre 1998 e 2004, envolvendo recursos no montante de R$

42.702.644,03 (quarenta e dois milhões, setecentos e dois mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e três centavos)[453], verificou-se inexistência de análise técnica quanto aos custos do projeto. Não foram identificados nos trabalhos de auditoria nenhum caso em que os custos dos objetos propostos tenham sido analisados e documentados com tabelas de preços ou com outros elementos que demonstrassem a compatibilidade dos custos previstos com os preços praticados no mercado ou com outros convênios da mesma natureza.

No tocante aos custos do projeto, observa-se que a liberação excessiva de recursos estimula a ocorrência de fraudes e desvio de recursos, ao passo que o subfaturamento contribui para a inexecução, execução parcial do objeto ou utilização dos recursos em finalidade diversa, situações que causam prejuízos ao erário e à população.

Na FOC acima indicada, verificou-se que os custos foram superdimensionados. Nos registros contábeis de parte dos convênios examinados, os valores cobrados do convênio a título de diárias de alimentação e hospedagem foram significativamente superiores aos custos efetivamente incorridos pelo convenente, gerando superávit em favor deste no valor de R$ 1.430.370,00.[454]

Na referida FOC, foram também identificadas análises técnica e jurídica estritamente *pro forma*, em que pareceres técnicos se limitaram a reproduzir os termos do plano de trabalho, sem analisar o mérito do projeto, e pareceres jurídicos se restringiram a examinar certidões de regularidade fiscal. Ressalvadas exceções, os órgãos repassadores não procederam, nos convênios examinados, a qualquer avaliação quanto à necessidade local, oportunidade, conveniência, viabilidade técnica e exeqüibilidade dos objetos propostos.

Em outras situações, verificou-se que nem análise técnica e jurídica houve, seja porque as unidades responsáveis não produziram os pareceres que deveriam embasar a aprovação do

---

[452] Acórdão do TCU nº 2066/2006. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU** 13 nov. 2006.

[453] Nos convênios examinados, verificou-se uma grande variedade de natureza dos objetos, indo desde a inclusão digital de pescadores e pescadoras artesanais passando pela assistência jurídica a trabalhadores rurais e ao resgate da cultura camponesa, até a discussão de relações de gênero no campo e a formação em educação ambiental, além de programas de requalificação profissional, alfabetização de jovens e adultos, fomento ao cooperativismo e à agroecologia em empresas sociais, resgate, conservação e uso da agrobiodiversidade, entre outros. Acórdão do TCU nº 2.261/2005. Plenário. Relator: Guilherme Palmeira. **DOU**, 03 jan. 2006.

[454] Acórdão do TCU nº 2.261/2005. Plenário. Relator: Guilherme Palmeira. **DOU**, 03 jan. 2006.

projeto, seja porque tais pareceres foram produzidos em datas posteriores ou incompatíveis com as datas de celebração dos convênios, no intuito de se "adequar" às exigências legais.[455]

Os resultados produzidos nas FOCs dirigidas somente a entidades sem fins lucrativos foram também identificados em outras FOCs, de objetivos idênticos, dirigida a convênios vinculados a programas envolvendo somente prefeituras[456], ou envolvendo de forma paritária entes públicos e privados[457]. A similitude de resultados revela que as falhas técnicas exercidas pelo órgão concedente ocorrem de forma generalizada nos convênios celebrados tanto com entes públicos quanto com entidades privadas sem fins lucrativos.

Além das falhas na análise técnica do objeto do convênio propriamente dito, o relatório consolidado da FOC dirigida às ONGs apontou que

> Em nenhum dos convênios analisados houve a preocupação dos órgãos concedentes de avaliar a qualificação técnica e as condições (administrativas, técnica, operacional, experiência, pessoal qualificado etc.) das entidades convenentes para consecução dos objetos propostos. Essa qualificação, completamente omitida nos pareceres de análise técnica das proposições, é quase sempre dada como líquida e certa, independentemente do objeto pactuado.[458]

Nesse sentido, os resultados da primeira FOC acima referida apontaram que 15 (quinze) dos 28 (vinte e oito) convênios examinados foram celebrados com entidades que não dispunham de condições operacionais para a consecução dos objetos propostos ou não tinham atribuições estatutárias relacionadas aos mesmos.

---

[455] Acórdão do TCU nº 2.261/2005. Plenário. Relator: Guilherme Palmeira. **DOU**, 03 jan. 2006, relativo à auditoria de transferências voluntárias a entidades sem fins lucrativos voltadas para ações de reforma agrária, e Acórdão do TCU nº 1.933/2007. Plenário. Relator: Walmir Campelo, **DOU**, 21 set. 2007, relativo à auditoria de transferências voluntárias a entidades públicas e privadas proponentes de projetos vinculados ao Programa Inclusão Digital.

[456] A FOC examinou 46 (quarenta e seis) convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres, celebrados entre 2003 e 2005, por dezessete órgãos federais com 21 (vinte e uma) prefeituras e duas ONGs, sediados em 15 Estados, envolvendo recursos de R$ 15, 3 milhões, em que a escolha das entidades convenentes levou em conta materialidade, objeto e localização do convênio/contrato de repasse. Acórdão do TCU nº 641/2007. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. **DOU**, 23 abr. 2007.

[457] A Relatório de Auditoria realizada com o objetivo de avaliar a conformidade das transferências voluntárias efetuadas pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), Financiadora de Estudos e Projetos (Finep/MCT), Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), Ministério das Comunicações (MC) e contratos de repasse celebrados pela Caixa Econômica Federal (CEF), para os parceiros públicos e privados envolvidos na execução de projetos relacionados com a promoção do tema Inclusão Digital, no período de 2004 a 2006.
A referida auditoria examinou 30 convênios, em 11 unidades da federação e 27 órgãos/entidades beneficiários, envolvendo recursos no montante de R$ 82,7 milhões. Acórdão do TCU nº 1.933/2007. Plenário. Relator: Walmir Campelo, **DOU**, 21 set. 2007.

[458] Acórdão do TCU nº 2066/2006. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU** 13 nov. 2006.

A falta de atribuição estatutária para que a entidade execute as ações previstas nos objetos dos convênios constitui um indício de incapacidade operacional da entidade. É assim que, na referida auditoria, uma entidade de caráter **cultural** foi contratada pela FUNASA para a **prestação de serviços de saúde**.

No entanto, como conclui o relatório da referida FOC, a existência de atribuições estatutárias não é condição suficiente para aferir a capacidade operacional das entidades, já que se verificou, nos convênios aditados, que algumas organizações que preenchiam este requisito atuaram como meras intermediárias na execução do objeto do pacto aprovado. Verificou-se, por exemplo, que uma entidade que possuía atribuição estatutária para desenvolver atividade de pesquisa, exerceu apenas o gerenciamento dos recursos financeiros recebidos do Ministério da Ciência e Tecnologia, os quais foram transferidos para outra instituição a qual permaneceu responsável, de fato, pela execução do projeto.

Dessa forma, um indício mais consistente de incapacidade operacional das entidades, na visão do TCU, constitui a falta de experiência da entidade na realização de atividades relacionadas ao objeto pactuado. À título de exemplo, na referida FOC verificou-se que três convênios, cujos valores somados superaram a quantia de R$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), foram celebrados com uma entidade sem fins lucrativos constituída há apenas três meses, e que não dispunha, para sua manutenção, de nenhuma outra fonte de recursos que não a proveniente dos convênios.

Demais disso, em carta expedida pela referida entidade, esta admitiu que havia sido constituída exclusivamente para celebrar convênios com a FUNASA, revelando que a ONG não possuía independência e missão institucional própria para o desempenho das tarefas que se julgava capaz de realizar.

Como em todos os convênios em que se verificou falhas na análise técnica dos planos de trabalho, bem como no exame da capacidade operacional das entidades proponentes, foram identificadas graves irregularidades na execução físico-financeira dos objetos pactuados, o ACE coordenador da FOC concluiu que "os fatos descritos neste relatório denotam uma correlação do tipo **causa e efeito** entre a negligência na primeira fase e as irregularidades praticadas nas demais".

Demais disso, o relatório é conclusivo no sentido de que as deficiências no controle prévio não só aumentam o risco de haver irregularidades na aplicação dos recursos, como elas

contribuem para a ineficácia no controle das demais fases, já que não são fixados referenciais que permitam: (i) estabelecer a pertinência entre as despesas executadas e os objetos pactuados; (ii) verificar o cumprimento dos objetivos; e (iii) proceder à análise objetiva da prestação de contas.

Como as próprias fiscalizações do TCU normalmente são realizadas quando já superadas as fases de controle prévio e concomitante, as falhas do poder público acima relacionadas são caracterizadas tão somente como "irregularidades formais", não ensejadoras, na maior parte dos casos, de responsabilização dos servidores públicos.

A tendência é a de apenas responsabilizar as entidades pelas irregularidades cometidas na aplicação dos recursos públicos, excluindo-se da aplicação de penalidades os funcionários públicos que cometeram irregularidades em sede de controle prévio consideradas estritamente "formais".

O ACE coordenador de uma das FOCs dirigidas a entidades sem fins lucrativos, no entanto, sugeriu de forma contundente que

> as "irregularidades formais", na verdade constituem acintosas omissões, ou até mesmo ações deliberadas para dificultar a efetividade do controle nas fases subseqüentes, tornando inviável a avaliação objetiva da execução dos convênios, dos resultados alcançados e das respectivas prestações de contas.

Tendo em vista ter se identificado uma relação causal entre a admissão de "irregularidades formais" pelo poder público e o cometimento de irregularidades na aplicação de recursos, de modo que a atuação negligente ou até mesmo intencional do órgão repassador facilita a atuação irregular do tomador de recursos, o relatório de auditoria propôs que se passasse a responsabilizar[459] funcionários públicos pelas falhas cometidas em sede de controle prévio.

Observa-se, a esse respeito, que o próprio TCU reconhece não adotar procedimentos padronizados quando verifica, em suas fiscalizações, irregularidades relativas ao controle prévio de convênios e contratos de repasse. Por vezes, as secretarias que detectam

[459] "Diante da liberação de recursos sem as avaliações mencionadas no item precedente, cabe às equipes de auditoria considerar, em relação aos responsáveis do órgão concedente, entre outras medidas ao seu alcance, a proposição de responsabilização pessoal por ato de gestão temerária, instauração de processo disciplinar, inabilitação para o exercício de função pública, multas e até a solidariedade no débito quando a conexão dos fatos assim permitir, especialmente quando não comprovadamente presentes os pressupostos basilares para a

irregularidades simplesmente determinam aos gestores dos órgãos convenentes para que observem as determinações legais pertinentes aos requisitos de celebração de convênios e contratos de repasses. De forma menos freqüente, as secretarias de fiscalização propõem audiência dos responsáveis pela assinatura do convênio, tanto pelo convenente quanto pelo concedente, para que apresentem razões de justificativa pela elaboração e aprovação de plano de trabalho/projeto básico com informações insuficientes e com dados equivocados.[460]

Sobre essa questão, assim se manifestou a Secretaria Adjunta de Fiscalização ("ADFIS") do TCU:

> A inobservância dos requisitos legais necessários à aprovação dos convênios e contratos de repasse possibilita a ocorrência de fraudes, desvios de recursos e outras irregularidades. Grande parte das irregularidades detectadas nas fases de execução física e financeira dos convênios poderia ser evitada se os órgãos concedentes observassem a legislação pertinente. **Esse quadro só começará a mudar quando os relatórios de auditoria contiverem, em vez das costumeiras propostas de determinações para que os preceitos legais sejam observados, audiência para aplicação de multa aos servidores responsáveis pelo não cumprimento das normas**.[461]

As falhas na análise técnica e jurídica dos projetos, bem como na avaliação da capacidade operacional dos proponentes tornam-se ainda mais complexas quando as entidades e seus respectivos projetos estão nominalmente previstos no OGU por força de emenda parlamentar.

Para além dos problemas estratégicos decorrentes da alocação da recursos públicos do OGU por meio de emendas de parlamentares que procuram beneficiar entidades públicas e privadas localizadas em sua base de apoio, verifica-se que a análise técnica dos projetos nominalmente previstos no OGU é ainda mais descuidada do que o controle exercido sobre propostas provenientes de demanda espontânea ou concurso de projetos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 9º, estabelece que ao fim de cada bimestre o poder executivo poderá limitar o empenho e a movimentação financeira de recursos caso se verifique que a realização de receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no OGU.

---

celebração: a legitimidade da parceria e a existência de interesse público convergente entre os parceiros." Acórdão do TCU nº 2066/2006. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU** 13 nov. 2006.

[460] Cf. Acórdão do TCU nº 641/2007. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. **DOU**, 23 abr. 2007.

[461] Acórdão do TCU nº 641/2007. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. **DOU**, 23 abr. 2007.

Verifica-se que o poder executivo, sob o argumento de que precisa cumprir metas de superávit fiscal, contingencia a utilização de recursos do orçamento federal, selecionando projetos de acordo com suas prioridades. Como efeito não declarado e talvez inesperado da aplicação deste dispositivo legal, o poder executivo seleciona os projetos previstos no OGU em troca de apoio político.

Tendo em vista que o "descontingenciamento" dos recursos orçamentários provenientes de emendas ocorre após longos processos de negociação e trocas de favores entre os poderes executivo e legislativo, a liberação dos recursos de emendas normalmente ocorre no final do exercício, de modo que remanesce pouco tempo para o órgão repassador do recurso examinar tecnicamente o projeto e a capacitação da entidade.

Em auditoria de conformidade realizada para apurar falhas na gestão de contratos de repasse para a execução de obras à política de planejamento urbano, verificou-se que dos 393 celebrados pelo Ministério das Cidades entre os anos de 2000 e 2006, 168, equivalentes a 43% do total, foram assinados nos últimos dez dias de cada exercício[462]. Do total dos recursos alocados pelo Ministério das Cidades em 2005 e 2006, mais de 90% constituíam receitas orçamentárias propostas por emendas parlamentares. Os resultados da referida auditoria apontaram a identificação de convênios com planos de trabalho incompletos, com objetos vagos, sem cronograma físico-financeiro adequado, aprovados apressadamente por conta da liberação tardia das verbas orçamentárias pelo executivo.

Observa-se, ademais, que as falhas no controle prévio de projetos provenientes de emenda não decorrem apenas do fator tempo, mas também do fato de que o órgão repassador de recursos assume a tendência a agir como se estivesse desobrigado de proceder à avaliação técnica do projeto, já que o beneficiário da receita e o seu objeto já estão previstos no OGU. É o que se depreende dos achados da referida auditoria do TCU.

> O Ministério, ao não analisar as propostas de emendas vindas do Legislativo atua de forma equivocada em relação às suas competências. Os responsáveis do MCidades deveriam levar em conta que não há amparo legal que os desobrigue de proceder à avaliação técnica, mesmo quando o beneficiário e o objeto já estão definidos. Por fazer parte do Poder Executivo, é de sua responsabilidade avaliar a oportunidade e conveniência técnica das obras a serem executadas. Atualmente não age desta forma, pois sequer as dotações inseridas no orçamento possuem informação mínima para se proceder à alguma verificação.[463]

[462] Acórdão do TCU nº 347/2007. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. **DOU**, 16 mar. 2007.
[463] Acórdão do TCU nº 347/2007. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. **DOU**, 16 mar. 2007.

Além das falhas na avaliação técnica do projeto e da capacidade operacional da entidade convenente, o TCU aponta um outro fator que contribui para o aumento do risco de que sejam cometidas irregularidades na aplicação dos recursos dos convênios. Trata-se da ausência de critérios transparentes para a escolha das ONGs que serão beneficiadas com recursos públicos.

A legislação que disciplina os convênios, como observado no capítulo anterior, permanece silente quanto a essa questão, não oferecendo quaisquer limites de contenção da discrionariedade do poder público na seleção das entidades que serão beneficiadas pelas *transferências voluntárias*.

O maior risco da ausência de critérios para a escolha de entidade sem fins lucrativos apontado pelo TCU é a de que interesses particularísticos se apropriem de processos internos do Estado.

Na FOC sobre *transferências voluntárias* dirigida somente a entidades sem fins lucrativos[464], os achados de auditoria apontaram a celebração de convênios com ONGs que atuaram como meras intermediadoras na execução dos projetos. Tais intermediações, por vezes até sugeridas pelos órgãos concedentes, revelam uma despreocupação do poder público (ou uma preocupação intencional) em selecionar entidades sem missão institucional e capacidade instalada própria para executar projetos vinculados a programas orçamentários.

Em nenhum dos convênios examinados na referida FOC foi realizado algum tipo de seleção de projetos para executarem projetos vinculados a programas orçamentários do órgão concedente.

O plenário do TCU, em face dos resultados da referida FOC, recomendou à STN que disciplinasse sobre a obrigatoridade:

> - de os órgãos/entidades concedentes estabelecerem critérios objetivamente aferíveis e transparentes para a escolha das entidades privadas que receberão recursos por meio de convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais;
>
> - de ser formalmente justificada pelo gestor, com indicação dos motivos determinantes e demonstração de interesse público envolvido na parceria a escolha de determinada entidade privada para a celebração de convênio, acordo, ajuste e outro instrumento jurídico utilizado para transferir recursos públicos federais, especialmente quando tal escolha não se der por meio de concurso de projetos ou de outro critério inteiramente objetivo.

[464] Acórdão do TCU nº 2066/2006. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU** 13 nov. 2006.

Observa-se, a esse respeito, que poucos órgãos repassadores instituem de fato processos seletivos de projetos. O Ministério do Meio Ambiente é um dos poucos que, a par dos projetos derivados de demandas espontâneas e de emendas parlamentares, realiza processo seletivo de projetos vinculados a programas governamentais ligados a sua pasta.

Em auditoria operacional realizada com o objetivo de avaliar o desempenho da ação "Apoio às Comunidades Extrativistas da Amazônia - Amazônia Solidária", que integra o "Programa Amazônia Sustentável", verificou-se que as análises técnicas efetuadas durante o processo seletivo de projetos não aplicaram adequadamente os critérios de avaliação instituídos pela Portaria nº 109/2002 do Ministério do Meio Ambiente.[465] A referida portaria previa, entre outros requisitos, a "demonstração da sustentabilidade dos resultados após a conclusão dos projetos", bem como a "adequação da proposta técnica/financeira e operacional do projeto aos princípios de racionalidade e austeridade, demonstrando capacidade gerencial e compatibilidade entre custos e metas". Segundo o relatório de levantamento da referida auditoria, os pareceres técnicos não cumprem rigorosamente esses requisitos ao selecionar projetos.

Na ocasião, o TCU recomendou que além dos critérios utilizados pelo MMA estabelecesse requisitos técnicos claros, específicos e transparentes para a análise de projetos que incorporem quantificação dos benefícios a serem auferidos em relação às dimensões econômica, institucional, social e ambiental, bem como estimativas quanto ao retorno de investimento, nos projetos relacionados ao incentivo a atividades produtivas.

Quanto ao critério acima mencionado de demonstração de sustentabilidade dos resultados dos projetos, verifica-se que este por vezes é previsto como cláusula de convênios, como ocorre, por exemplo, nos ajustes celebrados no âmbito do programa Inclusão Digital, administrado precipuamente pelos Ministério das Comunicações e Ministério da Ciência e Tecnologia. O TCU apontou, no entanto, que "a definição da origem dos recursos e a verificação da capacidade do proponente em garantir a sustentabilidade dos projetos após o aporte de recursos deveria ser efetuada antes da assinatura dos ajustes, quando da análise técnica das propostas, em vez de simplesmente estabelecer uma cláusula para que o convenente defina a origem de recursos."[466]

---

[465] Acórdão do TCU nº 259/2004. Plenário. Relator: Humberto Guimarães Souto. **DOU**, 29 mar. 2004.
[466] Acórdão do TCU nº 2075/2007. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. **DOU**, 05 out. 2007.

A ausência de critérios a serem observados previamente à celebração do ajuste, bem como a falta de obrigatoriedade de os órgãos justificarem os motivos das contratações de entidades que não se submeteram a processo seletivo gera, por vezes, efeitos muito prejudiciais a boa execução de projetos.

Em auditoria realizada na Fundação Nacional de Saúde - FUNASA com o objetivo de verificar a ocorrência de irregularidades ocorridas na atuação das Organizações Não-Governamentais - ONGs que prestam serviços de saúde à população indígena[467], o TCU verificou que o referido órgão concedente não dispunha de critérios objetivos, nem de manuais ou rotinas de procedimentos para seleção das entidades convenentes. Os achados de auditoria evidenciaram que a FUNASA tem por prática a celebração sucessiva de convênios com as mesmas entidades sem fins lucrativos. Como a prestação de serviços à população indígena não pode ser interrompido, o TCU identificou que os convênios eram sucessivamente renovados com as mesmas entidades sem fins lucrativos. As análises técnicas dos convênios, dessa forma, passaram a ter um caráter deliberadamente formal, em que a FUNSA não tem por hábito avaliá-los quanto à necessidade local, oportunidade, conveniência, viabilidade técnica e exeqüibilidade dos objetos propostos.

Ademais, o relatório da referida auditoria verificou que as entidades sem fins lucrativos, certas da renovação de seus pactos, passaram a assumir compromissos ao final do convênio precedente, sem dispor, todavia, de recursos para honrá-los. Assim conclui o referido parecer:

> Tornou-se, então, prática comum, o pagamento de despesas referentes ao convênio anterior com recursos da pactuação subsequente, contando, inclusive, com manifestação favorável da Consultoria Jurídica da FUNASA, sob o argumento da natureza continuada das ações de saúde indígena, em total afronta ao disposto inciso V do art. 8º, da IN/STN n.º 1/97, tendo como resultado o comprometimento das atividades previstas no convênio em curso, e, por conseguinte, o não atingimento integral dos objetivos propostos.

Observa-se que as auditorias realizadas pelo TCU identificaram uma série de falhas no comportamento do poder público no controle prévio dos convênios, as quais terminam por facilitar irregularidades na aplicação de recursos públicos pelas entidades que não dispõem de capacidade para executar projetos sob os ditames das leis que disciplinam o controle das *transferências voluntárias*.

---

[467] [467] Acórdão do TCU nº 2075/2007. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. **DOU**, 05 out. 2007.

As causas atribuídas a esse comportamento são variadas, sendo que as mais identificadas pelo TCU dizem respeito à ausência de capacitação técnica do pessoal competente, falta de estrutura administrativa do órgão repassador de recursos e inexistência de responsabilização de funcionários públicos pelas irregularidades não bloqueadas na realização do controle.

4.2.2 Contratos de Repasse: impacto do controle concomitante

Na exposição dos problemas que impulsionaram a criação do contrato de repasse, mencionou-se que este instrumento de *transferências voluntárias* foi criado para tornar mais efetivo o controle de execução físico-financeira dos projetos vinculados a programas orçamentários.

Dessa forma, o contrato de repasse foi criado para permitir que a União transfira a competência do controle concomitante e posterior dos projetos a instituições públicas que possam agir como mandatárias daquela.

A extensão dos poderes outorgados à instituição mandatária poderá variar caso a caso, dependendo do que estiver estabelecido no contrato de cooperação celebrado entre aquela e a União. O controle a ser exercido pela mandatária pode se dar, dessa forma, sob diversas perspectivas - monitoramento da execução física do projeto, vistoria de avaliação final do objeto do contrato, controle concomitante e posterior da execução financeira, avaliação de resultados etc.

Em auditoria operacional realizada pelo TCU na Caixa Econômica Federal, com o objetivo de obter informações que possibilitassem avaliar, quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, a interveniência da Caixa em convênios, verificou-se como principais obrigações da CEF, constante nos diversos acordos de cooperação firmados com órgãos repassadores[468]: (i) recebimento dos Planos de Trabalho relativos às propostas selecionadas; (ii) recebimento da documentação técnica, institucional e jurídica na forma das normas vigentes; (iii) celebração dos contratos de repasse e obrigação de lhe dar a devida

[468] Nesta auditoria, foram examinados dados de 24.374 contratos de repasse operacionalizados entre 2000 e 2003 envolvendo um total de R$ 4.027.830.621,78 (quatro bilhões, vinte e sete milhões, oitocentos e trinta mil, seiscentos e vinte e um reais e setenta e oito centavos). Acórdão nº 1.778/2005. Plenário. Relator: Marcos Vinicios Vilaça. DOU, 22 nov. 2005.

publicidade; (iv) promoção da execução orçamentária e financeira; (v) acompanhamento da execução das obras e serviços; (vi) repasse dos recursos financeiros; (vii) recebimento das prestações de contas; (viii) análise das prestações de contas, em alguns casos; (ix) instauração de Tomada de Contas Especial nas hipóteses previstas na legislação, em alguns casos.

A esse respeito, o TCU identificou, em fiscalização exercida sobre recursos transferidos pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário ("MDA") a entidades privadas sem fins lucrativos[469], por meio de contratos de repasse celebrados com a CEF do Estado do Paraná, falhas no controle da gestão de recursos decorrentes da má distribuição de competências estabelecidas em acordo de cooperação entre o órgão repassador dos recursos e a instituição mandatária. Nesta fiscalização, os recursos foram destinados a projetos vinculados ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar ("PRONAF") e ao Programa Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Territórios Rurais ("PRONAT").

A equipe de auditoria do TCU identificou ausência de controle sobre a aplicação de recursos do PRONAF e PRONAT descentralizados por meio de contratos de repasses, a qual teria permitido o cometimento das seguintes irregularidades em 15 (quinze) dos 21 (vinte e um) contratos examinados: (i) 12 (doze) contratos apontaram a utilização dos recursos para pagamentos das seguintes despesas vedadas pela IN STN nº 1/97: a) pagamentos à própria entidade; b) pagamentos a funcionários da entidade; e c) pagamentos a dirigentes da entidade; (ii) em três contratos apurou-se pagamentos cujas características constituem indícios de desvio ou aplicação em finalidade diversa dos acordos firmados, destacando-se, por exemplo, a concentração de despesas com alimentação, junto ao mesmo fornecedor, e a constatação de que credor guarda vínculo com sócio da entidade recebedora dos recursos.

No referido acordo de cooperação, coube ao MDA verificar a execução física do objeto do convênio, ao passo que à CEF competia receber os documentos relativos à prestação de contas das entidades, bem como liberar parcelas de recursos mediante prévia autorização do órgão concedente. Em oitiva perante o TCU, a CEF sustentou que, das responsabilidades que lhe foram atribuídas pelo contrato que celebrou com o MDA, não constava a obrigação de controle da execução financeira e a análise das prestações de contas dos projetos vinculados ao PRONAF e PRONAT, que têm por objeto, em sua maioria, a capacitação de agricultores familiares. Por outro lado, o MDA, na mesma oportunidade, manifestou entendimento de que caberia à CEF verificar a execução financeira e a prestação de contas dos referidos projetos.

Diante desse impasse que culminou em uma má distribuição de responsabilidades relativas ao controle dos recursos repassados, não houve acompanhamento da execução financeira dos ajustes durante as atividades de acompanhamento da execução do objeto do contrato de repasse, cuja principal função seria contribuir para a detecção de fraudes, desvios e outras irregularidades cometidas na aplicação dos recursos recebidos.

Pode-se atribuir, no caso em tela, a não identificação de irregularidades cometidas por entidades privadas sem fins lucrativos a um "vácuo de fiscalização"[470] nos contratos de repasse, o qual, por sua vez, é decorrência de total desarticulação entre órgão concedente e instituição mandatária.

Essa hipótese pode ser corroborada ainda pela verificação de que, nos acordos de cooperação em que as responsabilidades do órgão concedente e da instituição mandatária estão bem definidas, verifica-se um desempenho superior dos contratos de repasse em relação aos convênios na prevenção de irregularidades na execução do objeto dos ajustes.[471]

Os dados acima indicados foram obtidos a partir de relatório de consolidação de auditorias de orientação centralizada realizadas em dez órgãos repassadores de recursos - CEF, FUNASA, FNS, Ministério da Integração Nacional, Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento ("MAPA"), MDA, Ministério dos Esportes, Ministério da Cultura, FNDE.[472]

As auditorias visavam apurar irregularidades na liberação de recursos federais, bem como irregularidades na aprovação das prestações de contas na transferência de recursos federais no montante total de R$ 30.676.480,72 (trinta milhões, seiscentos e setenta e seis mil, quatrocentos e oitenta reais e setenta e dois centavos).

Dos nove órgãos repassadores fiscalizados, três deles firmaram contratos de repasse com a CEF: MDA, MAPA e Ministério dos Esportes.

O relatório que consolidou as dez auditorias realizadas no âmbito dos nove órgãos repassadores e da CEF concluiu que

---

[469] Acórdão nº 530/2007. Plenário. Relator: Guilherme Palmeira. **DOU**, 10 abr. 2007.
[470] Esta expressão foi utilizada pelo Analista de Controle Externo ("ACE") da Secretaria de Controle Externo ("SECEX") do TCU no Paraná que promoveu a representação no caso examinado
[471] Cf. Acórdão do TCU nº 788/2006. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 26 mai. 2006.
[472] Acórdão do TCU nº 788/2006. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 26 mai. 2006.

> Na extensão das auditorias realizadas no âmbito desta FOC, pode-se concluir que a despeito da morosidade da CEF na análise da prestação de contas e da não verificação de procedimento licitatório, o instrumento do contrato de repasse, **ao adotar procedimento de efetuar a liberação de recursos conforme medição do serviço executado**, apresenta vantagem com relação ao procedimento de liberação de recursos dos convênios, em face de notória incapacidade de os órgãos repassadores efetuarem por si sós o acompanhamento da execução. Tal procedimento constituiu mecanismo importante de fiscalização da execução da transferência de recursos federais e concorreu para inibir o sobrepreço e o desvio de recursos, assegurando a consecução dos respectivos objetos.[473]

Na FOC mencionada, verifica-se que o acompanhamento da execução das obras e serviços apresenta vantagens em relação aos convênios administrados diretamente pelos órgãos repassadores dos recursos, já que estes não possuem condições operacionais de condicionar todas as liberações de recursos à fiscalização *in loco* dos projetos.

O TCU fornece, ainda, outros indícios que fortalecem a suposição de que contratos de repasse, pela sistemática de acompanhamento da execução das obras e serviços, são mais eficazes na prevenção de irregularidades na aplicação de recursos.

Na já mencionada auditoria operacional realizada pela Secretaria Geral de Controle Externo do TCU, que teve por objetivo avaliar, quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, a interveniência da Caixa em convênios[474], verificou-se que nos processo de repasse com indicativo de instauração de TCE, apenas 13,5% correspondem a irregularidade na execução do objeto, sendo que 86,5% se referem à ausência de prestação de contas.

Os resultados dos referidos trabalhos de auditoria conforme já observado, contribuíram para alterações na legislação sobre convênios, de modo a estimular a adoção de contratos de repasse em programas nos quais participam predominantemente entidades sem fins lucrativos. É nesse contexto que a LDO para o exercício de 2007 estabeleceu de forma inédita que as transferências financeiras para entidades públicas e privadas fossem realizadas

---

[473] Acórdão do TCU nº 788/2006. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 26 mai. 2006.

[474] Na referida auditoria, foram selecionados contratos de repasse vinculados a programas dos órgãos superiores concedentes que, no período de 2000 a 2003 firmaram contrato de prestação de serviços com a Caixa para atuar na intermediação de convênios. Os órgãos superiores concedentes foram o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; o Ministério da Educação; o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio; o Ministério da Cultura; o Ministério do Meio Ambiente; o Ministério do Desenvolvimento Agrário; o Ministério do Esporte; o Ministério do Turismo e o Ministério das Cidades. Acórdão nº 1.778/2005. Plenário. Relator: Marcos Vinicios Vilaça. DOU, 22 nov. 2005.

preferencialmente por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais.[475] Este comando foi reproduzido, inclusive, na LDO para o exercício de 2008.[476]

Por se tratar de alteração legislativa recente, ainda não é possível avaliar de forma sistemática o impacto da adoção dos contratos de repasse em projetos executados por entidades privadas sem fins lucrativos. Pode-se tão somente concluir que, nos programas em que a CEF não se responsabilizou pelo acompanhamento da execução físico-financeira dos projetos desenvolvidos por entidades do terceiro setor, o controle da aplicação financeiro dos recursos se mostrou deficitário, como no exemplo fornecido acima, do controle das transferências de recursos realizados no âmbito do PRONAT e PRONAF.[477]

Ainda no tocante aos procedimentos de controle concomitante realizados pela CEF, observa-se que esta costuma, por força dos acordos que estabelece com órgãos concedentes, avaliar o Plano de Trabalho dos projetos **posteriormente à celebração do contrato de repasse** com o tomador dos recursos.[478]

Além de contrariar o disposto no art. 4º da IN/STN nº 1/97, que determina a análise técnica e jurídica do plano de trabalho previamente à celebração do convênio, o procedimento adotado pela CEF gera um impacto no cronograma de execução dos projetos. Em virtude da forma de atuação da CEF nos contratos de repasse, em que os recursos ficam retidos em conta-corrente e somente são liberados mediante comprovação dos bens/serviços executados e atestados por funcionário para esse fim designado, a execução do projeto será iniciada muito tempo depois da celebração do ajuste e do empenho dos recursos, gerando um atraso no cronograma físico da obra ou serviço.

Verifica-se que a CEF tem se utilizado de instrumento de controle prévio em sede de controle concomitante, que não só gera por conseqüência um atraso na execução do projeto, quanto posterga a análise da viabilidade de execução do projeto e da capacidade do proponente de operacionalizá-lo para momento posterior à celebração do ajuste.

Este procedimento revela-se mais corriqueiro quando os projetos que serão executados mediante contrato de repasse foram previstos nominalmente no OGU. Nestas situações, o

---

[475] Cf. art. 113 da Lei nº 11439, de 29 de dezembro de 2006.
[476] Cf. art. 113 da Lei nº 11.514, de 13 de agosto de 2007.
[477] Acórdão nº 530/2007. Plenário. Relator: Guilherme Palmeira. **DOU**, 10 abr. 2007.
[478] Cf., à título de exemplo, a FOC que verificou, em contratos de repasse firmados entre CEF, mandatária do Ministério dos Esportes, e entidade convenente, a celebração do ajuste anteriormente à análise do Plano de Trabalho. Acórdão do TCU nº 641/2007. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. **DOU**, 23 abr. 2007.

órgão concedente normalmente autoriza a contratação do projeto nominalmente previsto no OGU em decorrência de emenda parlamentar e transfere a competência para examiná-lo à CEF. Observa-se, a esse respeito, que as emendas parlamentares do OGU não detalham o objeto a ser executado, impossibilitando que se saiba antecipadamente sua destinação. Dessa forma, o Ministério, ao não analisar as propostas de emendas vindas do Legislativo, atua de forma equivocada em relação às suas competências, já que o fato de o beneficiário dos recursos e o objeto já estarem definidos no OGU não o desobriga de realizar a avaliação técnica do projetos.

Assim, diante de todas as constatações expressas neste subitem, algumas conclusões podem ser extraídas. A primeira delas é que o Ministério das Cidades vem agindo apenas como um órgão repassador de recursos, já que quase a totalidade das despesas é empregada sem análise preliminar da equipe que o compõe. Sua atuação se resume à escolha das emendas que efetivamente serão contempladas com as verbas sem que haja uma avaliação técnica prévia que subsidie a assinatura do contrato, comprometendo a funcionalidade e o bom desempenho das atividades sob sua responsabilidade. Isso proporciona um impacto significativo sobre o planejamento das ações públicas, dificultando o adequado cumprimento das obrigações às quais o órgão se encontra vinculado.

Em auditoria de conformidade realizada para apurar falhas na gestão de contratos de repasse para a execução de obras vinculadas relacionadas à política de planejamento urbano, chegou-se à conclusão de que o Ministério das Cidades vem agindo apenas como um órgão repassador de recursos, já que quase a totalidade das despesas é empregada sem análise preliminar da equipe que o compõe. Sua atuação se resume à escolha das emendas que efetivamente serão contempladas com as verbas sem que haja uma avaliação técnica prévia que subsidie a assinatura do contrato a ser celebrado pela CEF, o que compromete a funcionalidade e o bom desempenho das atividades sob sua responsabilidade. "Isso proporciona um impacto significativo sobre o planejamento das ações públicas, dificultando o adequado cumprimento das obrigações às quais o órgão se encontra vinculado."[479]

[479] Acórdão do TCU nº 347/2007. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. **DOU**, 16 mar. 2007.

4.2.3 Termo de Parceria

4.2.3.1 Resistência a Mudanças

O termo de parceria, conforme já tratado, constitui um instrumento que viabiliza as *transferências voluntárias* para uma parte das entidades sem fins lucrativos - aquelas qualificadas como OSCIPs - e que tem por objetivo introduzir novos meios de controle, voltados para os resultados da aplicação dos recursos, e não para sua forma de aplicação.

Observa-se, a esse respeito, que para que o controle incidisse sobre os resultados, o legislador entendeu ser necessária uma flexibilização das regras de gestão de recursos, para que a entidade não desse atenção exagerada ao desenvolvimento de seu aparato administrativo em detrimento do cumprimento de suas missões institucionais.

Por outro lado, o legislador entendeu que o controle sobre resultados demandaria a instituição de novos controles que garantissem o sucesso na execução do objeto dos termos de parceria celebrados com o poder público.

Observou-se, no capítulo anterior, que algumas das regras que procuraram flexibilizar instrumentos de controle como os incidentes sobre a gestão de recursos públicos pelas entidades sem fins lucrativos encontraram óbices jurídicos para sua aplicação, por conflitarem com outras normas do ordenamento de hierarquia mais elevada.

Resta saber se circunstâncias de natureza fática propiciaram o cumprimento dos demais objetivos esperados pela legislação.

A pesquisa realizada por Valéria Trezza, conforme já antecipado, oferece dados relevantes sobre a adesão aos instrumentos de flexibilização e controle introduzidos pela legislação que criou o termo de parceria.

A autora realizou entrevistas com gestores dos três órgãos públicos federais que mais celebraram termos de parceria - o FNMA, a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) e o Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), procurando apreender a percepção destes acerca de diversas questões, dentre as quais destacam-se neste trabalho: (i) nível de adesão à celebração dos termos de parceria; (ii) realização de concurso de projetos; (iii) vantagens e

desvantagens do termo de parceria em relação aos convênios: (iv) nível de implementação dos instrumentos de controle e de flexibilização do termo de parceria.

No tocante ao nível de adesão à celebração dos termos de parceria, verifica-se que este ainda é muito baixo. Como já observado, não há mecanismos que facilitem a identificação do número de termos de parceria celebrados com o governo federal, de maneira tal que os sistemas eletrônicos que armazenam os dados das *transferências voluntárias* não informam a forma jurídica do ajuste celebrado, tratando todos os repasses indistintamente sobre a nomenclatura do convênio. Dessa forma, não é de se estranhar que a autora tenha obtido respostas diferentes de gestores de um único órgão acerca do número de parcerias celebrado.

De todo modo, verifica-se que, até outubro de 2006, data em que a autora obteve as informações dos Ministérios, o número de termos de parceria celebrados não era expressivo. O FNMA informou ter celebrado apenas sete termos de parceria, sendo um em 2001, quatro em 2002 e dois em 2003. A SEDH, por sua vez, havia celebrado até aquela data quinze termos de parceria, sendo que o primeiro também foi formalizado no ano de 2001. Já o MCT revelou celebrar com mais freqüência o instrumento, totalizando o número de 32 termos até outubro de 2006.

Para ilustrar o que esses números representam no universo de *transferências voluntárias*, toma-se como exemplo a SEDH, unidade gestora de recursos que apóia projetos relacionados à defesa de direitos. A SEDH, no período acima indicado, celebrou 15 termos de parceria no período com OSCIPs. No mesmo período, no entanto, aquela unidade gestora de recursos celebrou 387 convênios[480] com entidades privadas sem fins lucrativos. Embora não se tenha apurado a qualificação das entidades que celebraram esses convênios, verifica-se que a defesa de direitos representa uma das áreas mais desenvolvidas por OSCIPs. A SEDH, no entanto, continua fazendo uso predominante de convênios, ainda que para efetuar transferência de recursos às entidades que possuem esta nova qualificação.

As causas para a pequena adesão ou para a queda no número de termos de parceria celebrados pode ser atribuída a vários fatores, dentre os quais se destaca, de acordo com as manifestações dos gestores dos órgãos supra referidos, a falta de implementação da legislação.

[480] Dados obtidos da página eletrônica http://www1.transparencia.gov.br/TransparenciaCliente/.

Implementar ou aplicar[481] uma lei significa "motivar os destinatários a obedecerem-lhe, seja pelo cumprimento voluntário, seja pela aplicação coerciva."[482] Em se tratando de lei que deva ser implementada por entidade pública, João Caupers observa que a aplicação da lei poderá se dar: (i) por uma entidade já existente, habituada a aplicar normas com funções semelhantes, e que portanto terá sua competência de implementação ampliada; (ii) por uma nova entidade, criada especificamente para aplicar a nova lei.

Observa-se, a esse respeito, que há vantagens e desvantagens em ambas as opções. Caso se opte pela primeira, vícios de funcionamento e dificuldades organizativas possivelmente serão reproduzidos na aplicação da nova lei. Por outro lado, em se optando pela criação de um novo ente responsável pela aplicação da lei, serão necessários mais recursos e maiores esforços para que o novo ente se habitue às novas atribuições, para as quais se revela sem nenhuma experiência.[483]

Além disso, Caupers observa que se a nova lei se destinar à realização de programas, será necessária a contratação de agentes com preparação técnica específica na área das políticas públicas fomentada.

Observa-se, a esse respeito, que é comum separar por completo a esfera da elaboração de uma política pública legislada daquela reservada a sua implementação. A ideologia subjacente a essa divisão é aquela que se baseia na teoria normativa da separação de poderes.[484]

Erhard Blankengburg, no entanto, observa que implementação é um problema concernente à atividade legislativa.[485] A maneira como uma lei é implementada ou aplicada produz conseqüências imprevistas pelo legislador, a tal ponto que poderá impossibilitar a realização dos objetivos por ele inicialmente formulados.

---

[481] Ambos os termos serão utilizados aqui indistintamente.
[482] KARPEN, Ulrich. The Norm Enforcement Process. In: Contributions to the Methodology fo the Creation of Written Law. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 51 sgs *apud* CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 46.
[483] CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 48.
[484] BLANKENGBURG, Erhard. La recherche de l´efficacité de la loi. Réflexions sur l´étude de la mise en oeuvre (Le concept d´implementation). **Droit et Société**, n. 2, 1986, 75-76.
[485] BLANKENGBURG, Erhard. La recherche de l´efficacité de la loi. Réflexions sur l´étude de la mise en oeuvre (Le concept d´implementation). **Droit et Société**, n. 2, 1986, 74.

Observa-se, nesse sentido, uma relação interdependente entre ambas as esferas decisórias, em que legislador e implementador da lei influenciam-se mutuamente. Nesse sentido, o legislador pode ser mais ou menos interventivo na previsão dos mecanismos de implementação das leis. Por outro lado, os responsáveis pela implementação podem, em função de seus interesses diretos, influenciar as decisões do legislador acerca dos mecanismos de implementação. Esse fenômeno, observa-se, ocorre particularmente no âmbito da legislação produzida por órgãos do poder executivo os quais, simultaneamente, encarregam-se de aplicar a própria legislação que produzem.

Para se avaliar os efeitos de uma legislação, sob essa perspectiva, faz-se necessário avaliar como a lei é implementada, e se essa implementação contribui para a realização dos objetivos inicialmente estabelecidos pelo legislador.

Em sua pesquisa, Valéria Trezza obteve respostas muito semelhantes dos gestores dos três órgãos entrevistados quanto à forma de implementação do termo de parceria[486]. Segundo depoimentos dos entrevistados, os instrumentos de flexibilização introduzidos pela Lei nº 9.790/99 não têm sido adotados pelos setores técnicos responsáveis por formalizar os termos de parceria, que vêm aplicando para este ajuste a legislação própria do convênio.

Primeiramente, observa-se que, em todos os órgãos examinados, os setores técnico e jurídico responsáveis pela celebração do termo de parceria são os mesmos encarregados da formalização dos convênios. Não foi criada uma estrutura nova, tampouco foram construídos novos processos, nos referidos órgãos, para gerir o termo de parceria. Como já observado, a própria maneira como estes órgãos alimentam os bancos de dados sobre *transferências voluntárias* não permite distinguir um instrumento do outro, já que todos são tratados como "convênios".

Sendo assim, não é de se estranhar que a Consultoria Jurídica do MMA tenha orientado a Coordenadoria de Contratos e Convênios do FNMA a aplicar a IN/STN nº 1/97 mesmo se tratando do termo de parceria.[487] Dessa forma, nesses termos de parceria não foram admitidas despesas com remuneração de pessoal, aquisição de bens, vedadas pela IN/STN nº 1/97. À exceção da instituição da Comissão de Avaliação e Acompanhamento, todos os

[486] TREZZA, Valéria Maria. **O termo de parceria como instrumento de relação público/privado sem fins lucrativos**: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007, p 91-107.
[487] *Idem*, p 91-107.

instrumentos de controle utilizados nos termos de parceria foram idênticos aos dos convênios no âmbito do FNMA.

Essa indiferenciação de tratamento em ambos os instrumentos produziu um efeito completamente inesperado: o FNMA, a partir de 2003, não mais celebrou termos de parceria com OSCIPs.[488] Todas as *transferências voluntárias* do fundo, desde então, são formalizadas mediante convênio, inclusive aquelas precedidas de editais de processos seletivos de projetos. Segundo a percepção de seu diretor, o termo de parceria deixou de ser celebrado porque, da maneira como vinha sendo implementado, este se distinguia em muito poucos aspectos do convênio, não apresentando vantagens que justificassem a celebração do ajuste.[489]

Já a SEDH também vem aplicando o termo de parceria de forma semelhante ao convênio, na percepção dos seus gestores. A justificativa para a semelhança de tratamento é a ausência de "uma norma que detalhe todos os passos para celebrar o Termo de Parceria, assim como faz a IN/STN nº 1/97 em relação aos convênios".[490] As diferenças no uso dos dois instrumentos residiria apenas na utilização de novos controles instituídos pela Lei nº 9.790/99 para o termo de parceria, como o Conselho de Políticas Públicas e a Comissão de Avaliação e Acompanhamento do Projeto. Quanto aos instrumentos de flexibilização do controle da aplicação de recursos públicos, estes, do mesmo modo que no FNMA, não foram adotados.

No entanto, perguntados acerca do motivo pelo qual a SEDH não celebrou nenhum termo de parceria no exercício de 2006, aqueles apresentaram justificativa diferente, qual seja, a de que o órgão enfrentou dificuldades para se amoldar às determinações do TCU para a realização de concurso de projetos na celebração do termo de parceria.

Ao tratar do concurso de projetos no capítulo anterior, observou-se que o TCU, por meio do Acórdão nº 177/2005, determinou ao MPOG que avaliasse a inclusão em normativo próprio de dispositivo que obrigasse a aplicação do concurso de projetos, previsto no art. 23 do Decreto nº 3.100/99, previamente à celebração de todo e qualquer termo de parceria.

---

[488] Observa-se que o relatório da auditoria sobre termos de parceria chegou a propor a extinção do termo de parceria sob estes mesmos fundamentos. Acórdão n. 1.777/2005. Plenário. Relator: Marcus Vinicios Vilaça. **DOU**, 22 nov. 2005.

[489] TREZZA, Valéria Maria. **O termo de parceria como instrumento de relação público/privado sem fins lucrativos**: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007, p. 95.

[490] *Idem*, p. 100.

Embora o TCU tenha feito uma recomendação para que o MPOG avaliasse a possibilidade de tornar obrigatória a adoção do concurso de projetos, os gestores do FNMA e da SEDH interpretaram tal decisão como uma determinação. Dessa forma, os referidos órgãos firmaram o entendimento de que a celebração do termo de parceria deveria ser precedida obrigatoriamente por concurso de projetos.

Os referidos órgãos possuem dificuldades específicas para a adoção do concurso de por duas razões essenciais. A primeira reside no fato de que o concurso de projetos é destinado exclusivamente a OSCIPs, o que exclui do processo um número extenso de outras entidades que não optaram por essa qualificação ou que não preenchem os requisitos para obtenção do referido título[491]. Embora não haja nenhum dispositivo de lei que impeça entidades não qualificadas como OSCIP de participarem de concurso de projetos, de modo que o poder público possa, em tese, celebrar convênio ao invés de termo de parceria caso o vencedor do processo seletivo não detenha aquela qualificação, o diretor do FNMA entendeu que tal procedimento não seria isonômico. Não seria justo, para o referido gestor, instaurar um processo seletivo no qual os benefícios e instrumentos de controle variassem de acordo com a qualificação do vencedor.[492]

O segundo motivo diz respeito ao fato de que os gestores do FNMA, da SEDH e também do MCT entendem que o concurso de projetos deve ser utilizado somente quando o poder público tiver clareza quanto às especificações técnicas do projeto, obra ou serviço que pretende desenvolver em parceria com entidades privadas sem fins lucrativos.[493]

Observa-se que tanto o FNMA quanto a SEDH lançam editais periodicamente para selecionar projetos, porém estes são genéricos - informando às instituições interessadas que existem recursos para financiar projetos dentro de determinadas linhas temáticas. Essa sistemática não se coadunaria com as exigências do Decreto nº 3.100/99 que estabelece a clareza, objetividade e especificação técnica do bem, obra ou serviço a ser obtido por meio do termo de parceria como requisito essencial do concurso de projetos, consoante o disposto no seu art. 24.

---

[491] A assessora da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência da SEDH informou que para cada 5 projetos apresentados por OSCIPs surgem em média outros 300 provenientes de outras entidades sem fins lucrativos.

[492] TREZZA, Valéria Maria. **O termo de parceria como instrumento de relação público/privado sem fins lucrativos**: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007, p 95.

[493] *Idem*, p 95 e p. 107.

Observa-se, no entanto, que quando a SEDH pretende formar uma parceria com entidade sem fins lucrativos para a realização de um projeto ou evento com características previamente definidas, esta prefere convidar entidades com quem mantêm relação de confiança ao invés de instaurar processo seletivo das melhores propostas. Os convites às OSCIPs, todavia, cessaram com a divulgação do acórdão do TCU supracitado, razão pela qual houve um declínio no número de termos de parceria celebrados neste órgão.[494]

Dos dados fornecidos por Valéria Trezza pode-se observar que os três órgãos federais que mais celebraram termo de parceria até a data da conclusão de sua pesquisa não haviam realizado nenhum concurso de projetos Levando-se em consideração que o concurso de projetos foi considerado uma das mais importantes inovações da Lei nº 9.790/99, visando a instituir um sistema de controle efetivo para o uso de recursos públicos, é possível verificar que a aplicação do termo de parceria não tem produzido os efeitos esperados.

Esta resistência às inovações da lei deve-se, sobretudo, ao fato de que as unidades técnicas responsáveis por sua implementação estão por demais habituadas com o uso dos instrumentos de controle dos convênios, de modo que estes são aplicados extensivamente aos termos de parceria. Segundo Erhard Blankengburg "os pontos de vista das equipes encarregadas de aplicar uma lei condicionam largamente a maneira de interpretar e resolver os problemas."[495]

A resistência às mudanças provêm, igualmente, de outro nível da estrutura de implementação da legislação ora avaliada. A esse respeito, Erhard Blankengburg observa que há dois níveis ou estruturas de implementação de uma legislação: uma estrutura central, na qual os ministros de Estado encarregam-se de produzir as normas que regulamentarão os instrumentos legislados; e uma estrutura local, composta pelos órgãos gestores responsáveis pela aplicação propriamente dita da lei.[496] No tocante aos últimos, já se observou que estes demonstram-se insuscetíveis a mudanças que afetem seus hábitos e crenças cultivados em sua estrutura organizacional.

---

[494] TREZZA, Valéria Maria. **O termo de parceria como instrumento de relação público/privado sem fins lucrativos**: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007, p 99.
[495] BLANKENGBURG, Erhard. La recherche de l´efficacité de la loi. Réflexions sur l´étude de la mise en oeuvre (Le concept d´implementation). **Droit et Société**, n. 2, 1986, p. 83.
[496] *Idem*, p. 83.

Já os titulares dos ministérios responsáveis pela regulamentação da legislação sobre *transferências voluntárias* também contribuem para aumentar a resistência às mudanças introduzidas pela Lei nº 9.799/99. Embora esta lei tenha sido elaborada por atores representantes de vários segmentos da sociedade e tenha sido submetida à deliberação e votação no âmbito do poder legislativo, observa-se que o poder executivo, em especial o MPOG, têm restringido, por meio de portarias e de decretos de sua iniciativa, os instrumentos de flexibilização correspondentes ao termo de parceria.

Destaca-se, nesse sentido, o Decreto nº 5.504/05, de autoria do MPOG e da MF, que estendeu às OSCIPs a obrigatoriedade do uso de licitação na execução financeira dos termos de parceria. A Lei nº 9.790/99, movida pelos propósitos de flexibilização do controle sobre a gestão de recursos públicos, previu a possibilidade de adoção de regulamento próprio para a contratação de bens e serviços de terceiros pagos com os recursos públicos recebidos por meio de termo de parceria. Não obstante o TCU, ao examinar o Decreto nº 5.504/05, tenha entendido que este não se devesse aplicar aos termos de parceria[497], mas somente aos convênios e contratos de repasse, o MPOG e o MF ignoraram por completo tal recomendação[498] e instituíram cronograma de utilização da licitação na modalidade pregão eletrônico a todas as entidades beneficiárias de *transferências voluntárias*, independentemente da forma jurídica do instrumento celebrado.[499]

Observa-se, no exemplo fornecido, que a maneira como o poder executivo enxerga e soluciona os problemas concernentes ao controle de recursos públicos provenientes das *transferências voluntárias* se choca com os problemas e meios de solução definidos pelos segmentos que contribuíram para a redação da lei que criou o termo de parceria. Este conflito de interesses estimula, em última instância, a revisão dos objetivos inicialmente identificados pelo legislador, já que novos problemas, formulados pelos órgãos ministeriais responsáveis por regulamentar as leis, terminam por se sobrepor aos primeiros.

Por fim, observa-se que a CGU e o TCU também condicionam a aplicação da legislação ora comentada, exercendo evidente influência sobre a forma de atuação das estruturas central e local de implementação da lei.

---

[497] Acórdão n. 1.777/2005. Plenário. Relator: Marcus Vinicios Vilaça. **DOU**, 22 nov. 2005.
[498] Embora cientes da polêmica que o assunto encerra do ponto de vista jurídico-dogmático, não se tratará aqui dos argumentos que deverão embasar posturas favoráveis ou contrárias à adoção da medida, por se entender tal abordagem não contribui para o desenvolvimento do objeto deste trabalho.
[499] Cf. Portaria Interministerial MF/MPOG nº 217, de 31 de julho de 2006.

Os exemplos que evidenciam essa assertiva, já tratados no decorrer deste trabalho, são variados.

Observa-se, nesse sentido, que o TCU recomenda que não se remunere, com recursos provenientes de convênios, empregados da própria entidade convenente, que mantêm com esta vínculo permanente, em conformidade com a Consolidação das Leis do Trabalho ("CLT"). Embora não haja previsão legal que institua o referido impedimento, o TCU tem admitido apenas a contratação temporária de serviços de terceiros que não possuam vínculo trabalhista com a entidade.

O TCU também recomenda que quando houver previsão plano de trabalho do convênio de pagamentos à entidade sem fins lucrativos dividido em parcelas, a regularidade fiscal deverá ser comprovada não somente antes da celebração do ajuste, mas também em momento anterior à realização de cada pagamento. Como já observado, esta exigência de aferição da regularidade fiscal ao longo de toda a execução do convênio até recentemente não estava prevista em nenhum instrumento normativo, tendo sido incorporada à IN/STN nº 1/97 por decorrência de sucessivas recomendações do TCU.[500]

O TCU também determinou à STN que alterasse o art. 27 da IN STN nº 1/97, obrigando todas as entidades sem fins lucrativos, sem distinção, a obedecerem a Lei nº 8.666/93 para realizarem as contratações, com recursos públicos transferidos pela União, de bens e serviços de terceiros.

O referido tribunal também tem se posicionado contrário à celebração de convênios para financiar projetos cujos objetos deverão ser executados em regiões em que não é possível apresentar documentos comprobatórios de despesas, como reservas indígenas por exemplo.[501]

Quanto aos contratos de repasse, o TCU tem recomendado sua adoção para instrumentalizar transferências a entidades do terceiro setor, já que os achados de auditorias revelam ser este instrumento mais efetivo do que os convênios no acompanhamento da execução de projetos.

No que diz respeito ao termo de parceria, o TCU tem recomendado a adoção do concurso de projetos para a seleção das OSCIPs para toda e qualquer celebração do ajuste.

---

[500] Cf., à título de exemplo, o Acórdão do TCU de nº 999/2003. **Diário Oficial da União** ("DOU") nº 152, 8 ago. 2003.
[501] Cf. Acórdão do TCU nº 2075/2007. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. **DOU**, 05 out. 2007.

O referido órgão tem se manifestado contrário, no entanto, ao uso do termo de parceria para realização de eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria, as quais deveriam ser formalizadas mediante celebração de contratos administrativos precedidos de licitação, e não de termo de parceria.

Os exemplos acima mencionados evidenciam uma clara influência do TCU na maneira como as estruturas central e local de implementação da lei exercem suas atividades.

Enquanto a estrutura central regulamenta a legislação vigente em total conformidade com as recomendações do TCU, a estrutura local utiliza-se, muitas vezes, das interpretações e recomendações não vinculantes daquele tribunal para firmar entendimentos sobre a extensão e aplicabilidade de dispositivos legais.

Observa-se, portanto, que embora o TCU não seja uma instância reconhecida de implementação da lei, este condiciona, de fato, o referido processo, exercendo, por conseqüência, inequívoca influência sobre os efeitos concernentes à legislação examinada.

4.3 O Comportamento das entidades sem fins lucrativos

A partir da análise das entrevistas realizadas com 18 entidades sem fins lucrativos seguindo o método descrito no item 4.1.2, foi possível identificar alguns comportamentos comuns a todos os entrevistados, não obstante a diversidade de missões institucionais e estruturas organizacionais que estes guardam entre si.

A partir da análise de conteúdo das falas dos gestores das entidades, foi possível identificar as percepções acerca de três temas distintos: (i) a ausência de celebração de termos de parceria com o poder público; (ii) deficiências na implementação da legislação sobre convênios; (iii) rigidez excessiva nas regras sobre gestão de recursos.

4.3.1 Frustração pela não celebração de termos de parceria

De um universo de 18 entidades entrevistadas, 8 delas eram OSCIPs. Todas estas OSCIPs informaram nunca ter celebrado um termo de parceria com órgãos da administração

pública federal. O instrumento pelo qual recebem recursos públicos provenientes da União é o convênio.

Das 8 OSCIPs entrevistadas, 5 haviam sido constituídas anteriormente à Lei nº 9.790/99, e, portanto, tiveram de renunciar a outros títulos em favor da nova qualificação. Para todas estas entidades, não houve melhorias na relação que estabelecem com o poder público, já que a principal vantagem na opção pela nova titulação seria a celebração do termo de parceria, que lhes garantiria uma maior flexibilidade no uso do dinheiro público. Como os ministérios não têm celebrado termos de parceria com estas OSCIPs, preferindo a utilização do convênio, as entidades se viram sem novos direitos, porém com novas obrigações, como a de prestar contas anualmente ao Ministério da Justiça, na qual devem apresentar relatório de atividades do último exercício, balanço patrimonial da entidade etc.

Para as entidades constituídas após o advento da Lei nº 9.790/99, a principal vantagem advinda do novo título é a agilidade no processo de obtenção do título. As entidades acreditam, ainda, que o título de OSCIP lhes dá maior credibilidade e lhes confere maiores chances de celebrarem parcerias com o Estado, ainda que sob a forma de convênios.

Das dez entidades entrevistadas não qualificadas como OSCIP, verificou-se que seis delas preenchiam os requisitos para a obtenção desse título, porém optaram, após a Lei nº 9.790/99, por manter qualificação diversa anteriormente conquistada ou por pleitear outra titulação.

As razões apresentadas para a não obtenção do título estão relacionadas, em essência, com o fato de que essas entidades enxergam o termo de parceria apenas como um meio facilitador na celebração de parcerias e correspondente recepção de recursos. Sob essa perspectiva, os benefícios decorrentes do novo título não compensariam os deveres adicionais instituídos pela lei, bem como não estariam aptos, ao menos nos primeiros anos de vigência da Lei nº 9.790/99, para rivalizar com os incentivos dos demais títulos existentes. Sendo tais entidades bem sucedidas no estabelecimento de parcerias com o poder público e na correspondente recepção de recursos, estas não enxergaram vantagens em se qualificar como OSCIP, tampouco em celebrar o termos de parceria.

Indagadas sobre os benefícios que poderiam advir da celebração do termo de parceria, como a remuneração de dirigentes, de funcionários celetizados e de despesas operacionais da entidade, as entrevistadas ofereceram justificativas específicas.

Três ordens de razões, não necessariamente cumulativas para as entrevistadas, foram oferecidas para justificar a manutenção da qualificação anterior e a renúncia à possibilidade de celebração de termos de parceria: (i) o caráter incerto e descontínuo do recebimento das *transferências voluntárias*; (ii) a utilização de estratégias para pagamento indireto de despesas vedadas pela legislação que disciplina os convênios; (iii) a exigência de novos instrumentos de controle sobre as atividades e forma de atuação das entidades.

No tocante à primeira justificativa, verifica-se que ainda que a legislação que rege o termo de parceria permita o custeio de despesas permanentes da entidade, o próprio instrumento de *transferência voluntária* é temporário e possui duração certa. Dessa forma, a possibilidade de custeio de despesas permanentes da entidade em caráter efêmero e temporário não está apta a rivalizar com a capacidade de se usufruir, permanentemente, de benefícios fiscais como a isenção da cota patronal dos empregados de uma entidade filantrópica.

A segunda justificava foi oferecida de maneira muito reservada por três das entrevistadas, em que estas manifestaram ser usual, no processo de execução financeira dos recursos públicos recebidos do governo federal, a utilização de meios para "driblar" a legislação para pagamento de despesas vedadas pela IN/STN nº 1/97, que disciplina os convênios, tais como a remuneração de pessoal permanente da própria entidade.

Tais entidades não quiseram especificar a forma pela qual costumam operacionalizar tais pagamentos, mas informaram que estes são feitos de forma indireta de modo a não serem identificados pelas autoridades fiscalizatórias.

Embora conscientes da ilicitude da medida, estas entidades consideram a realização dessas despesas plenamente legítimas, já que entendem ser estas imprescindíveis para a manutenção de suas missões institucionais, de caráter totalmente não-lucrativo.

Já a terceira razão para não se qualificar como OSCIP e celebrar, por conseqüência, termo de parceria com a União, reside no fato de que as entidades temem pelos controles adicionais advindos de tal escolha.

As entidades constituídas antes ou logo após o advento da Lei nº 9.790/99 que não optaram pelo título de OSCIP decidiram aguardar para verificar se a lei iria mesmo de fato "pegar". Duas das entidades entrevistadas, no entanto, foram constituídas alguns anos após a

edição da referida lei, e justificaram a não adesão ao título de OSCIP pelo fato de que a lei "não havia pegado".

Conscientes das insatisfações de parte das OSCIPs, que enxergaram maiores prejuízos do que vantagens para a opção pela nova qualificação, as referidas entidades optaram por pleitear, mesmo após o advento da Lei nº 9.790/99, títulos tradicionais, cujo trâmite de concessão é, pela sua concepção, moroso e burocratizado.

Sendo assim, restringindo-se somente ao universo das entidades entrevistadas, verificou-se um grau de insatisfação generalizado quanto à lei que criou o título da OSCIP e o termo de parceria, decorrentes principalmente do pouco uso que o poder público tem feito deste instrumento.

4.3.2 Deficiências na implementação da legislação sobre convênios

Verificada, a partir da análise de dados secundários e primários apresentados neste trabalho, a preferência dos órgãos ministeriais na celebração de convênios em detrimento da assinatura de termos de parceria, as impressões das entidades sem fins lucrativos aqui apresentadas concernem exclusivamente ao regime do primeiro instrumento de *transferência voluntária*.

As entidades sem fins lucrativos entrevistadas não teceram críticas apenas à maneira como a legislação que disciplina as *transferências voluntárias* foi formulada. Insatisfações surgem também no que diz respeito à forma como os órgãos repassadores de recursos públicos aplicam a referida legislação.

Primeiramente, algumas entidades apontaram que a aprovação de projetos decorrentes de demanda espontânea demandam alta articulação política. A esse respeito, verifica-se que três entidades entrevistadas têm por prática celebrar tanto convênios por demanda espontânea quanto por concurso de projetos junto ao FNMA. Indagadas sobre a preferência entre demanda espontânea e demanda induzida, as entidades optaram pela última, já que esta requer um esforço de articulação política muito menor.

Embora os projetos por demanda espontânea sejam interessantes do ponto de vista técnico, já que as entidades passam a ter maior liberdade para desenvolver projetos mais

intimamente ligados às suas missões institucionais, verifica-se que, na prática, o controle exercido sobre essa modalidade de demanda não se mostra objetivo, demandando o estabelecimento de uma relação diferenciada entre a organização sem fins lucrativos e membros da estrutura local de implementação do convênio.

Tanto é assim que uma dessas entidades que celebram convênios com o FNMA adotou como regra de política interna participar apenas de demandas induzidas pelo referido órgão repassador de recursos, com a intenção de ater-se exclusivamente ao desenvolvimento de suas missões institucionais.

As entidades entrevistadas que celebram convênios com mais de um ministério foram unânimes em afirmar que não há uma padronização nos procedimentos de controle exercidos pelos órgãos repassadores de recursos.

Diversas são as práticas apontadas pelas entidades que carecem de padronização. A ausência de uniformidade que parece mais incomodar entidades que celebram convênios com dois ou mais ministérios está na análise da natureza das despesas constantes do plano de trabalho. Os órgãos repassadores de recursos divergem quanto à aceitação ou rejeição de determinados gastos em função da natureza da despesa.

Um exemplo fornecido por uma entidade que celebra convênios com quatro ministérios diz respeito à divergência na aceitação de contrapartida. Enquanto alguns órgãos concedentes aceitam a contrapartida em bens e serviços, desde que economicamente mensuráveis[502], outros só admitem contrapartida sob a forma financeira[503]. Outros, ainda, exigem que a contrapartida seja fornecida tanto em serviços quanto em dinheiro[504].

A divergência não reside apenas na forma como a contrapartida deve ser aceita, mas também no percentual a ser estabelecido pelo órgão concedente. Este, amparado na própria LDO, pode reduzir os percentuais previamente fixados desde que sejam preenchidos certos requisitos legais. Para os casos em que não é permitida a redução dos percentuais estabelecidos na LDO, verifica-se que a contrapartida em dinheiro pode variar de 3% a 40%

[502] A maior parte dos ministérios costuma aceitar a contrapartida sob a modalidade de bens e serviços economicamente mensuráveis.
[503] A entidade apontou como exemplo o FNDE, que exige das entidades convenentes a contrapartida em dinheiro equivalente a 1% do valor total do projeto.
[504] A SEDH exige esta modalidade mista de contrapartida.

do valor do projeto, dependendo do IDH do município onde o projeto estiver previsto para ser executado.

Como o critério para estabelecimento do percentual de contrapartida diz respeito ao local onde o projeto será executado, que nenhuma relação guarda com a capacidade financeira das entidades beneficiárias dos recursos, a referida exigência pode inviabilizar a parceria quando a entidade envolvida carece de recursos próprios para arcar com sua manutenção.

Outra divergência de entendimento entre ministérios indicada por uma das entrevistadas reside nos regimes de contratação de pessoal considerados aceitáveis para a execução do objeto do convênio.

Como já observado, não se pode remunerar pessoas pertencentes ao quadro fixo da instituição sem fins lucrativos com verba de convênio. Isso ocorre em razão das características próprias do instrumento, originalmente concebido para formalizar repasses entre órgãos estatais com capacidade instalada própria para a execução do objeto do ajuste. Segundo o relato de uma entidade entrevistada, no entanto, alguns órgãos concedentes têm aceitado a contratação de funcionários com vínculo empregatício por prazo determinado. Os órgãos concedentes têm permitido inclusive o pagamento, com recursos provenientes de convênio, dos encargos previdenciários da entidade responsável pela contratação temporária.

A maioria das entidades entrevistadas, no entanto, parecem desconhecer a admissão da referida contratação temporária, bem como a possibilidade de utilização de recursos provenientes do convênio para custeio de encargos previdenciários decorrentes dos referidos contratos de trabalho. Estas acreditam só ser possível a contratação, para a execução do objeto do convênio, de prestadores de serviço autônomos. Como parte das entidades não têm condições de recolher, por meio de recursos próprios, a contribuição previdenciária decorrente da contratação desses serviços, estas se vêem obrigadas a contratar empresas prestadoras de serviços para ficarem isentas do pagamento da referida cota patronal.

A divergência quanto aos entendimentos sobre a natureza das despesas que podem ser gastas com recursos públicos não se dá apenas entre dois ou mais órgãos concedentes. Esta também se verifica internamente a uma única unidade repassadora de recursos. Segundo relato de uma entrevistada, esta situação se verificou nos convênios referentes ao programa "Pontos de Cultura", administrado pelo MINC. Uma entrevistada, beneficiária de recursos destinados ao Pontos de Cultura, teve seu plano de trabalho previamente aprovado pela

Secretaria de Fomento de Políticas Culturais. Esta secretaria aprovou o plano de trabalho na sua integralidade, autorizando a execução do objeto do convênio nos exatos termos descritos no referido documento. A entidade, no entanto, foi surpreendida com a glosa de uma série de despesas que havia realizado ao submeter a prestação de contas do projeto ao setor competente do MINC. Dentre as despesas autorizadas previamente pela Secretaria de Fomento de Políticas Culturais do MINC, porém glosadas posteriormente pelo departamento responsável pela análise das prestações de contas do mesmo ministério, incluíam-se custos administrativos e despesas operacionais da instituição.

Verifica-se, no exemplo fornecido pela entrevistada, uma manifesta discrepância de entendimentos, no âmbito de um único ministério, sobre o que deve ou não ser admitido para o custeio da execução do objeto de convênios.

No exemplo acima fornecido, a Secretaria de Fomento de Políticas Culturais admitiu a inclusão no plano de trabalho dos projetos de despesas vedadas pela IN STN nº 1/97, razão pela qual esta teve de aprovar com ressalvas as prestações de contas oferecidas pelas entidades cujos despesas dos projetos haviam sido erroneamente autorizadas.

Um outro fator que gera impacto na forma como entidades sem fins lucrativos irão gerir recursos recebidos à título de convênio diz respeito ao atraso dos órgãos concedentes em se manifestar sobre pedidos formulados pelas convenentes nas várias fases do ajuste. A maior parte das entrevistadas considera-se prejudicada por atrasos generalizados na aprovação de projetos, na liberação de recursos, na prorrogação da vigência dos convênios, na readequação de metas do plano de trabalho etc. Os atrasos do órgão concedente podem, em situações extremas, inviabilizar o cumprimento do objeto do convênio ou a realização das metas originalmente propostas pelas convenentes. Em decorrência do atraso na liberação de recursos da segunda parcela de um convênio, uma entrevistada se viu obrigada a solicitar readequação das metas do seu plano de trabalho, uma vez que a população que seria beneficiada com um programa de capacitação para reciclagem do lixo havia sido dispersada por medidas de desapropriação urbana empreendidas pela prefeitura.

Na percepção das entrevistadas, a demora dos órgãos concedentes em se manifestar diante dos mais diversos pleitos gera ineficiência na execução de projetos. É comum as entidades interromperem as atividades de execução do objeto do convênio em razão de demora nas respostas do órgão concedente, gerando custos adicionais no momento em que o

projeto é reativado. Em situações extremas, como visto, a demora poderá inviabilizar a execução do objeto do convênio nos termos inicialmente apresentados.

Os órgãos concedentes também costumam não manter seus registros devidamente organizados, de modo é comum a perda de petições e outros documentos que provocam novos atrasos na execução do objeto dos convênios.

Num sistema em que a alteração de uma simples rubrica do plano de trabalho necessita de autorização prévia para ser modificada, a morosidade nas respostas do poder público torna a execução do objeto do convênio demasiado complexa, já que em não raras situações as ações das entidades convenentes são completamente tolhidas até que o poder público sobre elas se manifeste.

4.3.3 Regras de gestão de recursos incompatíveis com as missões institucionais das entidades

Embora se sintam prejudicadas pela forma como a legislação é implementada, as maiores insatisfações das entidades sem fins lucrativos entrevistadas dizem respeito à maneira como a legislação sobre convênios é formulada.

As entidades entrevistadas possuem percepções muito semelhantes acerca da impropriedade do convênio como instrumento apto a disciplinar transferências para o setor ao qual pertencem. Há, nesse sentido, uma consciência generalizada de que certas normas relativas aos convênios não se ajustam à realidade das entidades sem fins lucrativos. Utilizando-se das palavras de uma entrevistada, as *transferências voluntárias* regidas pelas normas que disciplinam os convênios "não fortalecem em nada o terceiro setor".

Observa-se, no entanto, que não são todas as normas disciplinadoras da gestão de recursos públicos que geram insatisfação para as entidades privadas sem fins lucrativos. Estas aceitam com naturalidade, por exemplo, as exigências da lei para que antes da celebração do convênio haja a devida comprovação da regularidade jurídica e fiscal da convenente. As entidades demonstram-se também favoráveis às regras que disciplinam a movimentação de recursos em conta bancária específica. À exceção de duas entidades de porte pequeno que não possuem quadro fixo para gerenciar a execução financeira dos projetos, as demais entidades

não apresentam maiores dificuldades para se adequarem às regras sobre execução financeira especificadas acima.

De uma simples análise de conteúdo das entrevistas realizadas, é possível identificar a principal causa de insatisfação das entidades privadas sem fins lucrativos: a impossibilidade de se remunerar, com recursos provenientes do convênio, o quadro fixo de funcionários da entidade proponente.

Dessa proibição, observa-se, um paradoxo é revelado: não podendo remunerar seu quadro fixo de funcionários, as entidades se vêem obrigadas, para executar o objeto do convênio que celebram com o poder público, a terceirizar os serviços que supostamente mais sabem fazer, e que estão vinculados a suas missões institucionais. Como conseqüência dessa terceirização "forçada", as entidades, ao invés de se dedicarem à execução propriamente dita do objeto do convênio, exercem um trabalho de coordenação dos serviços que foram obrigadas a delegar para terceiros. Essa atividade de coordenação, na visão de uma das entrevistadas, é muito mais trabalhosa do que a de agir diretamente para execução do objeto do convênio.

Observa-se, a esse respeito, que os referidos serviços de coordenação do projeto podem ser oferecidos como contrapartida pelas entidades sem fins lucrativos. Estas entidades, no entanto, não podem oferecer como contrapartida valores referentes ao custeio de despesas operacionais, como telefone, fax, correio, água etc., os quais, embora se relacionem permanentemente com a entidade, normalmente são cruciais para a execução do objeto dos ajustes pactuados. Como conseqüência dessa vedação, verifica-se que os valores totais dos convênios, especialmente tomando-se como referência os custos previstos para contrapartida da convenente, são irreais. A entidade privada sem fins lucrativos normalmente investe mais do que o declarado em sede de prestação de contas do convênio.

O problema maior, no entanto, não está no volume de recursos empregados pela entidade sem fins lucrativos no convênio, mas sim na capacidade que esta possui de custeá-los. Para aquelas entidades que apresentam dificuldades para angariar recursos públicos, a obrigação do oferecimento do quadro fixo de pessoal da entidade torna-se um ônus muito difícil de suportar.

Uma outra insatisfação das entidades sem fins lucrativos reside no fato de que não há estímulos, na legislação que disciplina os convênios, para que a gestão dos recursos públicos

seja mais eficiente, de modo a permitir, por exemplo, que o dinheiro economizado em uma rubrica possa ser utilizado em outra despesa de interesse do convenente.

Além disso, outros mecanismos que enrijecem ainda mais a gestão de recursos públicos vêm sendo introduzidos, na visão das entrevistadas, de forma descabida na legislação que disciplina os convênios. O exemplo citado pela unanimidade das entidades entrevistadas é a obrigatoriedade de licitação para a contratação de bens e serviços terceirizados.

Embora a maioria das entidades entrevistadas tenha informado que adota a Lei nº 8.666/93 para a contratação de bens e serviços necessários à execução do objeto dos convênios, por força das exigências do art. 27 da IN STN nº 1/97, verifica-se, do relato que fazem dos trâmites seguidos, que aquelas parecem realizar, na prática, procedimentos muito simplificados de seleção de propostas, os quais, por vezes, se aproximam de uma simples cotação de preços.

Somente duas entidades entrevistadas afirmaram estar preparadas para utilizar o pregão na forma eletrônica, cuja Portaria Interministerial nº 150, de 18 de maio de 2007 estabeleceu que fosse adotado por entidades sem fins lucrativos a partir do mês de março de 2008. As duas, no entanto, estão programadas para se valer de tecnologia alheia - provenientes de uma entidade pública pública pertencente à administração indireta e de outra entidade privada.

A esse respeito, uma entrevistada respondeu, inclusive, que não possuía recursos para a contratação de empresa apta a realizar pregão eletrônico, não restando claro se esta despesa poderá futuramente ser incluída no plano de trabalho dos projetos.

Verifica-se, da análise das respostas das entrevistas, um cenário de incertezas em relação à adoção do pregão eletrônico. Algumas entidades parecem confundir serviços comuns com aqueles necessários à execução do convênio. Estes, se intimamente ligados ao seu objeto, não deverão ser considerados comuns e, portanto, não são passíveis de contratação mediante prévia adoção de pregão eletrônico.

Para algumas das entidades entrevistadas, a adoção de procedimentos para a aquisição de materiais, contratação de pessoal, controle contábil e financeiro etc., não se coaduna com a sua forma de atuar. É fundamentalmente contrário à essência da idéia de uma entidade sem

fins lucrativos o desenvolvimento de um grande aparato administrativo, pois isso implicaria em desvio do foco da atuação e enfraquecimento na sua missão institucional.

> Reconhece-se hoje unanimemente que a elaboração da lei deve, em maior ou menor medida, refletir uma composição equilibrada de interesses contraditórios, públicos e privados. Isso reforça a legitimidade da lei, diminuindo as resistências que lhe possam ser postas.(CAUPERS, João).[505]

Considerações Finais

Uma avaliação legislativa sobre as normas que instituem controles às *transferências voluntárias* a entidades do terceiro setor é tarefa das mais complexas, dada a difícil caracterização dos objetivos da legislação e de seus impactos sobre a realidade social.

No entanto, foi possível identificar que os problemas impulsionadores da elaboração e reformulação da legislação submetida à presente avaliação refletem um desequilíbrio na contemplação de interesses do setor público e do setor privado sem fins lucrativos,

Verificou-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 verificou 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. Tais soluções, como visto, são construídas de diferentes maneiras: aquelas que visam a atender interesses do poder público normalmente se revestem sob a forma de atos do poder executivo, os quais são elaborados reservadamente, à revelia dos interesses do setor privado sem fins lucrativos. Este é o caso dos convênios, regidos essencialmente por decretos, instruções normativas e portarias. Por outro lado, os instrumentos que refletem demandas das entidades do terceiro

[505] CAUPERS, Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 36.

setor normalmente dependem do crivo do legislativo, dada a não propensão do poder executivo em atender as reivindicações do setor privado sem fins lucrativos. O termo de parceria, observa-se, foi criado neste contexto.

Verifica-se, no entanto, que além da forma como interesses são contemplados por uma legislação, o processo de implementação de uma lei influencia, em grande medida, a produção de efeitos concretos sobre os destinatários das normas.

Como é comum separar por completo a esfera da elaboração de uma lei daquela reservada a sua aplicação, poder-se-ia afirmar que efeitos decorrentes de problemas na implementação da lei não podem ser atribuídos à legislação em si. Sob essa ótica, tais efeitos decorreriam de problemas organizacionais da administração pública, da forma como sua estrutura burocrática opera, e não da maneira como a legislação é formulada.

Erhard Blankengburg[506], no entanto, observa que a tradicional separação do campo de elaboração das políticas públicas, a cargo do legislador, da esfera da implementação e execução das mesmas, sob a responsabilidade do administrador público, pode mascarar falhas da própria legislação, a qual deveria, para realizar ser objetivos: (i) prever estrutura de implementação sob sólidas bases empiricamente observáveis; (ii) manter-se independente dos interesses particularísticos daqueles responsáveis pela implementação da lei.

Quanto à primeira exigência, verifica-se que é função do legislador não só estabelecer os objetivos de uma lei e os meios de atingi-los, como também estabelecer bases para a sua implementação levando em consideração a estrutura organizacional e a capacidade instrumental do órgão competente.

No presente estudo de caso, verifica-se que a legislação que disciplina o controle das *transferências voluntárias* não é elaborada visando a eliminar tal contingência. Ela estabelece uma série de obrigações aos órgãos responsáveis por sua implementação sem se preocupar com a missão institucional e a capacidade desses entes para realizá-las.

No que diz respeito à segunda exigência, para que uma legislação seja potencialmente eficaz, faz-se necessário que as instâncias responsáveis pela elaboração normativa não se deixem influenciar por interesses particularísticos dos órgãos encarregados pela

[506] BLANKENGBURG, Erhard. La recherche de l´efficacité de la loi. Réflexions sur l´étude de la mise en oeuvre (Le concept d´implementation). **Droit et Société**, n. 2, 1986, 83-94.

implementação da lei, especialmente tratando-se de sua estrutura central, competente para formular normas regulamentares sobre a matéria legislada.

Observa-se, a esse respeito, que tais interesses nem sempre são contemplados por meio de normas prescritivas. A forma genérica ou a ausência de comandos que estabeleçam diretrizes seguras para a implementação de uma legislação também favorecem a apropriação de estruturas administrativas públicas para a satisfação de interesses particulares. Ilustrando essa assertiva com um dos vários exemplos mencionados neste trabalho, observa-se que uma das razões identificadas nos achados de auditoria do TCU para a ausência de um controle prévio mais efetivo dos instrumentos de *transferências voluntárias* diz respeito à falta de uma tipificação segura das condutas que seriam passíveis de responsabilização por parte do poder público. Essa lacuna na legislação e na forma como os sistemas de controle a interpretam permite que comportamentos faltosos do administrador público em sede de controle prévio sejam considerados de natureza estritamente "formal", não implicando a responsabilização dos setores que os adotam.

Observa-se, por fim, que além das falhas na estrutura de implementação das leis, problemas de ordem técnico-jurídica podem condicionar ou obstruir sua eficácia normativa.

No estudo de caso realizado, o sistema de normas sobre *transferências voluntárias* alicerça-se sobre uma estrutura caótica. As normas que disciplinam convênios e contratos de repasse ignoram por completo o princípio da reserva legal, ao passo que a legislação que rege o termo de parceria não se harmoniza com as demais leis vigentes sobre *transferências voluntárias*.

Embora não se tenha pretendido abordar a referida legislação sob a perspectiva dogmático-jurídica, que contemplaria tais problemas com profundidade, verifica-se que a falta de harmonia das regras do ordenamento e o desrespeito a certos princípios jurídicos também podem afetar diretamente a eficácia e efetividade de uma norma. Novamente ilustrando essa observação com um dos exemplos mencionados no decorrer deste trabalho, verificou-se uma tendência da não utilização dos instrumentos de flexibilização da gestão de recursos públicos, próprios do termo de parceria, por se entender que estes não se harmonizam com as demais normas de controle das *transferências voluntárias*, em especial a LDO e a LRF. Temendo sofrer represálias das instâncias de controle das finanças públicas, como a CGU e o TCU, os setores técnicos responsáveis por analisar projetos, acompanhar a execução de seu objeto e

examinar prestações de contas estenderam as vedações na realização de certas despesas, próprias da legislação sobre convênios, à aplicação das normas que disciplinam o termo de parceria.

Observa-se, no entanto, que os problemas técnico-jurídicos das normas submetidas à presente avaliação são relevantes para o trabalho *de avaliação legislativa* na extensão exata de sua capacidade de impulsionar efeitos não desejados ou inesperados pelo legislador.

Sob a ótica da *avaliação legislativa*, como visto, normas que não são cumpridas por seus destinatários e que não produzem efeitos esperados pelo legislador, independentemente das causas que lhes possam ser atribuídas, perdem sua racionalidade instrumental, e portanto, sua legitimidade.

Este é o caso dos comandos normativos avaliados no presente estudo de caso, cujos efeitos distanciam-se de forma significativa dos objetivos implícita ou expressamente formulados pelos atores que participaram de sua elaboração.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marta Tavares. Avaliação da legislação em Portugal. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 93-106.

ALVES, Cássia Vanessa Olak. **Organizações da sociedade civil de interesse público e termos de parceria**: um estudo sobre o processo de avaliação de resultados dos projetos sociais desenvolvidos com recursos governamentais no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) - Faculdade de Economia e Administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 177p.

ALVES, Mário Aquino. Uma boa festa, mas ninguém apareceu: resistência à nova qualificação legal do Terceiro Setor brasileiro. **Revista Integração**, Centro de Estudos do Terceiro Setor FGV - EAESP, ano 6., n. 1. Disponível em: < http://integracao.fgvsp.br/ano6/01/administrando.htm>. Acesso em: 22 abr. 2007.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS. **Manual de fundos públicos**: controle social e acesso aos recursos públicos. São Paulo: ABONG; Peirópolis, 2004, 270 p.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins, "A Experiência dos Termos de Parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS)". In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.), **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 487-523.

BLANKENGBURG, Erhard. La recherche de l´efficacité de la loi. Réflexions sur l´étude de la mise en oeuvre (Le concept d´implementation). **Droit et Société**, n. 2, 1986, 83-94.

BRASIL. Presidência da República. **Manual de Redação da Presidência da República**. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, 140p.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Convênios e Outros Repasses.** Brasília: TCU, 2003, 65p.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de Auditoria de Natureza Operacional**. Brasília: TCU, Coordenadoria de Fiscalização e Controle, 2000, 114p.

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.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: orientações fundamentais. Brasília: TCU, 2000, 120 p.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. **Entre o Estado e o Mercado:** o público não-estatal. Disponível em:

<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.p.pg.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2007

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. Os impulsos modernos para uma teoria da legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, n. 1, abr-jun. 1991, p. 7-14.

CARBONNIER, Jean. Tradução Diogo Leite de Campos. **Sociologia Jurídica.** Coimbra: Almedina, 1979, 456p.

CASTRO, Alexandre Villela Jardim de. **Legística e Modelos de Avaliação Legislativa**: uma proposta para o aprimoramento da produção normativa municipal de Belo Horizonte. Disponível em:<http://almg.gov.br/eventos/Legistica/pdf/Leg%C3%ADstica%20e%20modelos%20de%20avalia%C3%A7%C3%A3o%20legislativa.pdf>. Acesso em: 10 ago 2007.

CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 5-87.

CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oieiras, n. 3, jan-mar., 1992, p. 9-23.

CHIANCA, Thomaz. Avaliando Programas Sociais: Conceitos, Princípios e Práticas. *In*: CHIANCA, Thomaz. **Desenvolvendo a Cultura de Avaliação em Organizações da Sociedade Civil**. Global: São Paulo. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A.: Buenos Aires, 2001.

COSTA, Judith Martins. **Do Direito das Obrigações.** Do adimplemento e da extinção das obrigações. Vol. 5., Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio Teixeira (Coordenador). Rio de Janeiro, Forense, 2003.

COURTNEY, Mark. Quadro de uma política para a melhoria da qualidade da ação normativa. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 107-123.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988**: a representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, 184 p.

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, p. 81-115.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999, 407 p.

FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, 211 p.

FALCÃO, Joaquim. Diretrizes para uma nova legislação do Terceiro Setor. *In*: FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor.** 2.ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 135-183.

FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999, 359 p.

FERRAREZI, Elisabete. **O novo marco legal do terceiro setor no Brasil,** p. 5. Disponível em: http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/ferrarezi.pdf. Acesso em: 20 abr. 2007.

FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. **Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP**: a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor. Brasília: Comunidade Solidária, 2000, 82 p.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, 368 p.

FERREIRA, Camila Duran *et. al.* O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o caso AIDS. *In*: Prêmio **Ipea 40 anos - Ipea-Caixa 2004**: monografias premiadas. Brasília: Ipea, 2005, p. 387-431.

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

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13. ed. São Paulo: Atlas 2005, 218 p.

KARPEN, Ulrich. *Avaliação legislativa* - a experiência alemã. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 9-14.

KOGA, Natália Massaco. **As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS) e os Termos de Parceria**: uma reflexão sobre a relação entre Estado e Sociedade Civil. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2004, 179 p.

LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. *In:*LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público.** Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.7-32.
MACEDO JR. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor.** 2.ed. São Paulo: RT, 2007.

MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 135-154.

MARCO Legal do Terceiro Setor, **Cadernos da Comunidade Solidária**, vol. 5, IPEA, Brasília, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: RT, 2004.
___ **L´évaluation législative**. Pour une analyse empirique des effets de la legislation. Lausanne: Payot, 1985.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: RT, 2004.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENEZES, Fernando Dias de Almeida. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo (mimeo), 2007 **.**

MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF **>. Acesso** em: 20 abr. 2007.

MORAIS, Carlos da Costa. Sistema de Avaliação do Impacto das Normas Jurídicas. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 32, out.-dez. 2002, p. 39-55.

MORAND, Charles-Aubert. Éléments de légistique formelle et matérielle. *In*: MORAND, Charles-Aubert (Org.). **Légistique Formelle et Matérielle**. Aix-En-Provence: Presse Universitaires d´Aix-Marseille, 1999, p. 18-45.

MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Societé**, n. 10, 1988, p. 391-406.

MORAND, Charles-Albert. L'évaluation legislative ou l'irrésistible ascension du quatrième pouvoir. In: DELCAMP, A.; BERGEL, Jean-Louis; DUPAS, A. (Coord). **Contrôle parlamentaire et évaluation.** Paris: La documentation française, 1995, p. 133-152.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. 6.ed.Rio de Janeiro: Forense Universitária, 214 p.

OCDE. Paris. **The OECD Reference Chekclist for Regulatory Decision-Making**. Disponível em: http://www.oecd.org/dataoecd/20/10/35220214.pdf. Acesso em: 10 set. 2007.

OLIVEIRA, Anna Cynthia. **Construindo um marco regulatório para a consolidação do setor privado não lucrativo e de fins públicos no Brasil**. Brasília: Conselho Comunidade Solidária, 1996.

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, p. 215.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 215.

PARLAMENTARES propuseram mais de R$ 2 bi em emendas para entidades privadas em 2005. 25. ago. 2006. **Contas Abertas** (notícia de Mariana Braga). Disponível em: http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=1482. Acesso em: 05 jul. 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica legislativa e as Constituições e Leis constitucionais do Brasil.** Rio de Janeiro: A. Noite, 1945.

PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica legislativa e as Constituições e Leis constitucionais do Brasil.** Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1962, 550 p.

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, 348 p.

SANTIAGO, José Maria Rodriguez. **Los Convenios entre Administraciones Publicas**. Madri: Marcial Pons, 1997, 434 p.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitação e Terceiro Setor**. *In:* OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 281-308.

SILVA, Clóvis do Couto. **A Obrigação como Processo.** Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **RDA**, n. 215, 1999, p. 607-630.

___ La Interpretación conforme a la constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**, n. 12, jan-jun. 2005, p. 3-28.

____ O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 23-50.

STEINER, Wolfgang. Avaliação da legislação na Áustria. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 15-31.

TAVARES, Martus. O País e a Paróquia. **Estado de São Paulo**, São Paulo, 03 abr. 2002.

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, 628 p.

TREZZA, Valéria Maria. **O termo de parceria como instrumento de relação público/privado sem fins lucrativos**: o difícil equilíbrio entre flexibilidade e controle. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007, 1999p.

VOERMANS, Wim. Avaliação da legislação nos Países Baixos. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 59-91.

YIN, Robert K. **Estudo de Caso.** Planejamento e Métodos. 3.ed. Porto Alegre: Bookman, 2005, 212 p.

PAÍSES BAIXOS. Ministério de Assuntos Econômicos. Lista de Verificação do BET. Haia, set. 1995. *In:* **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 75-91.

Legislação

Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. LRF.

Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.
.
Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1.999.

Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de.

Lei nº 11.349, de 29 de dezembro de.

Lei nº 11.514, de 13 de agosto de 2008.

Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986.

Decreto nº 1.819, de 16 de fevereiro de 1996.

Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1.999.

Decreto nº 4.196, de 28 de março de 2002.

Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005.

Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005.

Instrução Normativa ("IN")/STN nº 01, de 15 de janeiro de 1997.

IN TCU nº 35, de 23 de agosto de 2000, que regulamenta o procedimento da TCE.

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

Portaria Ministerial Conjunta nO 217, de 31 de julho de 2006 (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Ministério da Fazenda).

Portaria Interministerial nº 150, de 18 de maio de 2007 (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Ministério da Fazenda).

Resolução Conselho Federal de Contabilidade ("CFC") nº 830/98.

Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2002, que aprova o Regimento Interno do TCU.

Jurisprudência

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 262/1992. Primeira Câmara. Relator: Bento José Bugarin. **DOU**, 17 jul. 1992, p. 9.499.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 351/99. Relator: Ministro Adylson Motta. **DOU** n. 233, seção, p. 107, 1 dez 2003.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 931/1999. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça. **BTCU**, n. 78, 1999.

BBRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO Acórdão nº 999/2003. Relator: Marcos Vinicios Vilaça. **Diário Oficial da União** ("DOU") nº 152, seção 1, p. 123, 8 ago. 2003.

BRASIL TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1.936/2003. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 23 dez. 2003.

RASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 235/2003. Relator: Ubiratan Aguiar. **DOU** 28 mar. 2003.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1088/2003. Segunda Câmara. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. **DOU** 08 jul. 2003.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1070/2003. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. **DOU** 18 ago. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 551-/RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 24 out. 2002. **D.J.U.** 14 fev 2003.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão do TCU nº 259/2004. Plenário. Relator: Humberto Guimarães Souto. DOU, 29 mar. 2004.

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

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1.778/2005. Plenário. Relator: Marcos Vinicios Vilaça. **DOU**, 22 nov. 2005.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão do TCU nº 2.261/2005. Plenário. Relator: Guilherme Palmeira. **DOU**, 03 jan. 2006.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2066/2006. Relator: Marcos Bemquerer Costa. **DOU** 13 nov. 2006.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 3.559/06. Primeira Câmara. Relator: Augusto Narces. **DOU**, 08 dez 2006.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 788/2006. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **DOU**, 26 mai. 2006.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão do TCU nº 347/2007. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. **DOU**, 16 mar. 2007.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 530/2007. Plenário. Relator: Guilherme Palmeira. **DOU**, 10 abr. 2007.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 641/2007. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. **DOU**, 23 abr. 2007.

BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1.933/2007. Plenário. Relator: Walmir Campelo, **DOU**, 21 set. 2007.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão do TCU nº 2075/2007. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. **DOU**, 05 out. 2007.

APÊNDICE

Roteiro para Entrevista Semi-estruturada

- A entidade possui algum título específico? Qual?
- Que tipos de projetos realizou em parceria com o governo federal?
- Quais eram os objetos e valores pactuados desses projetos?
- Para firmar estes projetos, a entidade celebrou convênio ou termo de parceria?
- Participou de concurso de projetos ou outros editais para receber os recursos públicos?
- A entidade teve dificuldade para que o plano de trabalho fosse aprovado? (quais foram as principais exigências?)
- Todas as despesas que pretendia realizar foram contempladas no projeto? O poder público impediu que se previsse alguma(s) despesa(s) essencial para o projeto?
- A entidade teve dificuldade para apresentar algum documento?
- Considera a apresentação de algum documento exigido pelo poder público desnecessária?
- Ofereceu contrapartida financeira? (o que pensa sobre as regras que regulam a contrapartida financeira)?
- Houve atraso na libertação dos recursos?
- Costuma realizar licitação para contratar bens e serviços comuns?
- Em caso positivo, qual modalidade de licitação que utiliza?
- Enxerga vantagens no uso da licitação? E desvantagens?
- O que acha das regras sobre movimentação de recursos públicos?
- Teve dificuldade para prestar contas?
- Houve glosa na prestação de contas? Quais foram as despesas glosadas?
- As prestações de contas já foram concluídas?

ANEXOS

ANEXO I (Decreto nº 4.176/02)

QUESTÕES QUE DEVEM SER ANALISADAS NA ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO

1. Deve ser tomada alguma providência?

1.1. Qual o objetivo pretendido?

1.2. Quais as razões que determinaram a iniciativa?

1.3. Neste momento, como se apresenta a situação no plano fático e no plano jurídico?

1.4. Que falhas ou distorções foram identificadas?

1.5. Que repercussões tem o problema que se apresenta no âmbito da economia, da ciência, da técnica e da jurisprudência?

1.6. Qual é o conjunto de destinatários alcançados pelo problema, e qual o número de casos a resolver?

1.7. O que poderá acontecer se nada for feito? (Exemplo: o problema tornar-se-á mais grave? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que conseqüências?)

2. Quais as alternativas disponíveis?

2.1. Qual foi o resultado da análise do problema? Onde se situam as causas do problema? Sobre quais causas pode incidir a ação que se pretende executar?

2.2. Quais os instrumentos da ação que parecem adequados para alcançar os objetivos pretendidos, no todo ou em parte? (Exemplo: medidas destinadas à aplicação e execução de dispositivos já existentes; trabalhos junto à opinião pública; amplo entendimento; acordos; investimentos; programas de incentivo; auxílio para que os próprios destinatários alcançados pelo problema envidem esforços que contribuam para sua resolução; instauração de processo judicial com vistas à resolução do problema.)

2.3. Quais os instrumentos de ação que parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos:

- desgaste e encargos para os cidadãos e a economia;
- eficácia (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido);
- custos e despesas para o orçamento público;
- efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre metas já estabelecidas;
- efeitos colaterais e outras conseqüências;
- entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução;

- possibilidade de impugnação no Judiciário.

3. Deve a União tomar alguma providência? Dispõe ela de competência constitucional ou legal para fazê-lo?

3.1. Trata-se de competência privativa?

3.2. Tem-se caso de competência concorrente?

3.3. Na hipótese de competência concorrente, está a proposta formulada de modo que assegure a competência substancial do Estado-membro?

3.4. A proposta não apresenta formulação extremamente detalhada que acaba por exaurir a competência estadual?

3.5. A matéria é de fato de iniciativa do Poder Executivo? Ou estaria ela afeta à iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores ou do Procurador-Geral da República?

4. Deve ser proposta edição de lei?

4.1. A matéria a ser regulada está submetida ao princípio da reserva legal?

4.2. Por que deve a matéria ser regulada pelo Congresso Nacional?

4.3. Se não for o caso de se propor edição de lei, deve a matéria ser disciplinada por decreto? Por que não seria suficiente portaria?

4.4. Existe fundamento legal suficiente para a edição de ato normativo secundário? Qual?

4.5. Destina-se a regra a atingir objetivo previsto na Constituição?

4.6. A disciplina proposta é adequada para consecução dos fins pretendidos?

4.7. A regra proposta é necessária ou seria suficiente fórmula menos gravosa?

4.8. A disciplina proposta não produz resultados intoleráveis ou insuportáveis para o destinatário?

5. Deve a lei ter prazo de vigência limitado?

5.1. É a lei necessária apenas por período limitado?

5.2. Não seria o caso de editar-se lei temporária?

6. Deve ser editada medida provisória?

6.1. Em se tratando de proposta de medida provisória, há justificativas plausíveis para a sua edição?

6.2. O que acontecerá se nada for feito? A proposta não poderia ser submetida ao Congresso em regime de urgência?

6.3. Trata-se de matéria que pode ser objeto de medida provisória, tendo em vista as vedações do § 1o do art. 62 da Constituição?

6.4. A medida provisória estaria regulamentando artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional promulgada a partir de 1º de janeiro de 1995 e até 11 de setembro de 2001 (art. 246 da Constituição)?

6.5. Estão caracterizadas a relevância e a urgência necessárias para ser editada medida provisória?

7. Deve ser tomada alguma providência neste momento?

7.1. Quais as situações-problema e os outros contextos correlatos que devem ainda ser considerados e pesquisados? Por que, então, deve ser tomada alguma providência neste momento?

7.2. Por que não podem ser aguardadas outras alterações necessárias, que se possam prever, para que sejam contempladas em um mesmo ato normativo?

8. A densidade que se pretende conferir ao ato normativo é a apropriada?

8.1. O projeto de ato normativo está isento de disposições programáticas?

8.2. É possível e conveniente que a densidade da norma (diferenciação e detalhamento) seja flexibilizada por fórmulas genéricas (tipificação e utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou atribuição de competência discricionária)?

8.3. Podem os detalhes ou eventuais alterações ser confiados ao poder regulamentador do Estado ou da União?

8.4. A matéria já não teria sido regulada em outras disposições de hierarquia superior (regras redundantes que poderiam ser evitadas)? Por exemplo, em:

- tratado aprovado pelo Congresso Nacional;
- lei federal (em relação a regulamento);
- regulamento (em relação a portaria).

8.5. Quais as regras já existentes que serão afetadas pela disposição pretendida? São regras dispensáveis?

9. As regras propostas afetam direitos fundamentais? As regras propostas afetam garantias constitucionais?

9.1. Os direitos de liberdade podem ser afetados?

- Direitos fundamentais especiais podem ser afetados?

- Qual é o âmbito de proteção do direito fundamental afetado?
- O âmbito de proteção sofre restrição?
- A proposta preserva o núcleo essencial dos direitos fundamentais afetados?
- Cuida-se de direito individual submetido a simples reserva legal?
- Cuida-se de direito individual submetido a reserva legal qualificada?
- Qual seria o outro fundamento constitucional para a aprovação da lei (exemplo: regulação de colisão de direitos)?
- A proposta não abusa de formulações genéricas (conceitos jurídicos indeterminados)?
- A fórmula proposta não se afigura extremamente casuística?
- Observou-se o princípio da proporcionalidade ou do devido processo legal substantivo?
- Pode o cidadão prever e aferir as limitações ou encargos que lhe poderão advir?
- As normas previstas preservam o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo judicial e administrativo?

9.2. Os direitos de igualdade foram afetados?

- Observaram-se os direitos de igualdade especiais (proibição absoluta de diferenciação)?
- O princípio geral de igualdade foi observado?
- Quais são os pares de comparação?
- Os iguais foram tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual?
- Existem razões que justifiquem as diferenças decorrentes ou da natureza das coisas ou de outros fundamentos de índole objetiva?
- As diferenças existentes justificam o tratamento diferenciado? Os pontos em comum legitimam o tratamento igualitário?

9.3. A proposta pode afetar situações consolidadas? Há ameaça de ruptura ao princípio de segurança jurídica?

- Observou-se o princípio que determina a preservação de direito adquirido?
- A proposta pode afetar o ato jurídico perfeito?
- A proposta contém possível afronta à coisa julgada?
- Trata-se de situação jurídica suscetível de mudança (institutos jurídicos, situações estatutárias, garantias institucionais)?

- Não seria recomendável a adoção de cláusula de transição entre o regime vigente e o regime proposto?

9.4. Trata-se de norma de caráter penal?

- A pena proposta é compatível com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico?
- Tem-se agravamento ou melhoria da situação do destinatário da norma?
- Trata-se de pena mais grave?
- Trata-se de norma que propicia a despenalização da conduta?
- Eleva-se o prazo de prescrição do crime?
- A proposta ressalva expressamente a aplicação da lei nova somente aos fatos supervenientes a partir de sua entrada em vigor?

9.5. Pretende-se instituir ou aumentar tributo? Qual é o fundamento constitucional?

- A lei não afeta fatos geradores ocorridos antes de sua vigência (lei retroativa)?
- A cobrança de tributos vai-se realizar no mesmo exercício financeiro da publicação da lei?
- O princípio da imunidade recíproca está sendo observado?
- As demais imunidades tributárias foram observadas?
- O projeto que institui contribuição social contém disposição que assegura o princípio da anterioridade especial (cobrança apenas após noventa dias a contar da publicação)?
- O tributo que se pretende instituir não tem caráter confiscatório?
- Em se tratando de taxa, cuida-se de exação a ser cobrada em razão do exercício de poder de polícia ou da prestação de serviço público específico e divisível prestados ou postos à disposição do contribuinte? Há equivalência razoável entre o custo da atividade estatal e a prestação cobrada?

10. O ato normativo corresponde às expectativas dos cidadãos e é inteligível para todos?

10.1. O ato normativo proposto será entendido e aceito pelos cidadãos?

10.2. As limitações à liberdade individual e demais restrições impostas são indispensáveis? Por exemplo:

- proibições, necessidades de autorizações;
- comparecimento obrigatório perante autoridade;
- indispensabilidade de requerimento;

- dever de prestar informações;
- imposição de multas e penas;
- outras sanções.

10.3. Podem as medidas restritivas ser substituídas por outras?

10.4. Em que medida os requisitos necessários à formulação de pedidos perante autoridades poderia ser reduzido a um mínimo aceitável?

10.5. Podem os destinatários da norma entender o vocabulário utilizado, a organização e a extensão das frases e das disposições, a sistemática, a lógica e a abstração?

11. O ato normativo é exeqüível?

11.1. Por que não se renuncia a um novo sistema de controle por parte da administração?

11.2. As disposições podem ser aplicadas diretamente?

11.3. Podem as disposições administrativas que estabelecem normas de conduta ou proíbem determinadas práticas ser aplicadas com os meios existentes?

11.4. É necessário incluir disposições sobre proteção jurídica? Por que as disposições gerais não são suficientes?

11.5. Por que não podem ser dispensadas:

- as regras sobre competência e organização?
- a criação de novos órgãos e comissões consultivas?
- a intervenção da autoridade?
- exigências relativas à elaboração de relatórios?
- outras exigências burocráticas?

11.6. Quais órgãos ou instituições que devem assumir a responsabilidade pela execução das medidas?

11.7. Com que conflitos de interesse pode-se prever que o executor das medidas ver-se-á confrontado?

11.8. Dispõe o executor das medidas da necessária discricionariedade?

11.9. Qual é a opinião das autoridades incumbidas de executar as medidas quanto à clareza dos objetivos pretendidos e à possibilidade de sua execução?

11.10. A regra pretendida foi submetida a testes sobre a possibilidade de sua execução com a participação das autoridades encarregadas de aplicá-la? Por que não? A que conclusão se chegou?

12. Existe uma relação equilibrada entre custos e benefícios?

12.1. Qual o ônus a ser imposto aos destinatários da norma (calcular ou, ao menos, avaliar a dimensão desses custos)?

12.2. Podem os destinatários da norma, em particular as pequenas e médias empresas, suportar esses custos adicionais?

12.3. As medidas pretendidas impõem despesas adicionais ao orçamento da União, dos Estados e dos Municípios? Quais as possibilidades existentes para enfrentarem esses custos adicionais?

12.4. Procedeu-se à análise da relação custo-benefício? A que conclusão se chegou?

12.5. De que forma serão avaliados a eficácia, o desgaste e os eventuais efeitos colaterais do novo ato normativo após sua entrada em vigor?

ANEXO II (Decreto nº 4.176/02)

Anexo à Exposição de Motivos do (indicar nome do Ministério ou Secretaria da Presidência da República) nº , de de de 20 .

1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências

2. Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta

3. Alternativas existentes às medidas propostas

Mencionar:

- se há outro projeto do Executivo sobre a matéria;
- se há projetos sobre a matéria no Legislativo;
- outras possibilidades de resolução do problema.

4. Custos

Mencionar:

- se a despesa decorrente da medida está prevista na lei orçamentária anual; se não, quais as alternativas para custeá-la;
- se é o caso de solicitar-se abertura de crédito extraordinário, especial ou suplementar;
- valor a ser despendido em moeda corrente;

5. Razões que justificam a urgência (a ser preenchido somente se o ato proposto for medida provisória ou projeto de lei que deva tramitar em regime de urgência)

Mencionar:

- se o problema configura calamidade pública;
- por que é indispensável a vigência imediata;
- se se trata de problema cuja causa ou agravamento não tenham sido previstos;
- se se trata de desenvolvimento extraordinário de situação já prevista.

6. Impacto sobre o meio ambiente (sempre que o ato ou medida proposta possa vir a tê-lo)

7. Alterações propostas

Texto atual	Texto proposto

8. Síntese do parecer do órgão jurídico

- Com base em avaliação do ato normativo ou da medida proposta à luz das questões levantadas no Anexo I.

Observação: A falta ou insuficiência das informações prestadas poderá acarretar, a critério da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, a devolução do projeto de ato normativo para que se complete o exame ou se reformule a proposta.

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública.

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

.....

.....

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973

Institui o Código de Processo Civil.

.....

LIVRO III
Do Processo Cautelar

TÍTULO ÚNICO
Das Medidas Cautelares

.....

CAPÍTULO II
Dos Procedimentos Cautelares Específicos

.....

SEÇÃO II
Do Seqüestro

Art. 822 - O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o seqüestro:

I - de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações;

II - dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar;

III - dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando;

IV - nos demais casos expressos em lei.

.....

Art. 825 - A entrega dos bens ao depositário far-se-á logo depois que este assinar o compromisso.

Parágrafo único. Se houver resistência, o depositário solicitará ao juiz a requisição de força policial.

.....

.....

LEI Nº 9.608, DE 18 DE FEVEREIRO DE 1998

DISPÕE SOBRE O SERVIÇO VOLUNTÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Art. 1º - Considera-se serviço voluntário, para fins desta Lei, a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade.

Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim.

Art. 2º - O serviço voluntário será exercido mediante a celebração de termo de adesão entre a entidade, pública ou privada, e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar o objeto e as condições de seu exercício.

Art. 3º - O prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias.

Parágrafo único. As despesas a serem ressarcidas deverão estar expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário.

Art. 4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário.

Mensagem nº 876, de 23 de julho de 1998, do Poder Executivo

Senhores Membros do Congresso Nacional,

Nos termos do artigo 61 da Constituição Federal, submeto à elevada deliberação de Vossas Excelências o texto do projeto de lei que "Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Caráter Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências ".

Brasília, 23 de julho de 1998.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 20, DE 23 DE JULHO DE 1998

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submetemos à apreciação de Vossa Excelência o projeto de lei versando sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Caráter Público, que institui e disciplina o Termo de Parceria.

2. O processo de negociação iniciado pelo Conselho da Comunidade Solidária sobre o marco legal do Terceiro Setor, que teve início em julho de 1997, foi realizado a partir da consulta e intenso diálogo com mais de 90 representantes do Governo Federal e das organizações do Terceiro Setor, incluídos os onze Ministros de Estado que compõem o Conselho. Desse modo, foram identificadas as principais dificuldades legais e as sugestões de como mudar e inovar a atual legislação relativa às organizações da sociedade civil que são de caráter público.

3. Nesse processo, foi possível aos interlocutores chegar a alguns consensos básicos que constituíram parâmetros para a elaboração das propostas de mudança do marco legal:

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

b) o fortalecimento do Terceiro Setor exige que seu marco legal seja reformulado;

c) a reformulação do marco legal do Terceiro Setor exige a construção de um entendimento mais amplo sobre a abrangência do próprio conceito de Terceiro Setor;

d) a expansão e o fortalecimento do Terceiro Setor é uma responsabilidade, em primeiro lugar, da própria Sociedade, a qual deve instituir *mecanismos de transparência* e responsabilização capazes de ensejar a construção da sua auto-regulação;

e) a reformulação do marco legal do Terceiro Setor exige que o estabelecimento de direitos seja acompanhado pela contrapartida de obrigações das entidades do Terceiro Setor para com o Estado quando estiverem envolvidos recursos estatais.

4. No Brasil, como em toda parte, o Terceiro Setor - não-governamental e não-lucrativo - coexiste hoje com o Estado (primeiro setor) e com o mercado (segundo setor), mobilizando um volume crescente de recursos e energias para iniciativas de desenvolvimento social.

5. Essa multiplicação de iniciativas privadas com sentido público é um fenômeno recente, massivo e global. O protagonismo dos cidadãos e de suas organizações rompe a dicotomia entre público e privado, na qual: público, era sinônimo de estatal; e, privado, de empresarial. A expansão do Terceiro Setor dá origem, portanto, a uma esfera pública não-estatal.

6. As características do Terceiro Setor são a espontaneidade e a diversidade. Na década de 80, *foram as organizações não-governamentais que, articulando recursos e* experiências em diversos setores da sociedade, ganharam visibilidade enquanto novos atores do processo de participação cidadã. Hoje o conceito de Terceiro Setor é bem mais abrangente. Inclui o amplo espectro das instituições filantrópicas dedicadas à prestação de serviços nas áreas de saúde, educação e bem estar social. Compreende também as organizações voltadas para a defesa dos direitos de grupos específicos da população, como: mulheres, negros e povos indígenas; ou de proteção ao meio ambiente, promoção do esporte, cultura e lazer. Além disso, engloba as experiências de trabalho voluntário, pelas quais cidadãos exprimem sua solidariedade através da doação de tempo, trabalho e talento para causas sociais. Mais recentemente temos observado o fenômeno crescente da filantropia empresarial, pela qual as empresas concretizam sua responsabilidade social e o seu compromisso com melhorias nas comunidades.

7. Tendo em vista os problemas diagnosticados pelos participantes da Interlocução Política do Conselho da Comunidade Solidária, a necessidade de fortalecimento do Terceiro Setor no Brasil e o aperfeiçoamento das suas relações com o Estado foi elaborada a Lei que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Caráter Público e que institui o Termo de Parceria.

8. Os participantes chegaram ao consenso de que um dos principais objetivos da nova qualificação das organizações do Terceiro Setor seria, além de simplificar os procedimentos para o registro, possibilitar o reconhecimento institucional daquelas entidades, de fato sem fins lucrativos, e efetivamente voltadas para a produção de bens e serviços de caráter público ou de interesse geral da sociedade.

9. A Lei visa a simplificar o mecanismo de reconhecimento institucional das entidades sem fins lucrativos a fim de potencializar as relações entre o Estado e a sociedade civil. Atualmente, o sistema de qualificação é inadequado, seja pela burocratização dos procedimentos, seja pelos efeitos vinculantes estabelecidos entre registros e incentivos.

10. A legislação vigente preocupa-se excessivamente com o fornecimento de documentos e registros contábeis em detrimento do acompanhamento do desempenho da entidade e do controle de resultados. Por ser pouco precisa na definição de requisitos para o reconhecimento do título, permite uma apreciação discricionária da autoridade no ato de qualificação.

11. Os requisitos para o reconhecimento do Título de Utilidade Pública e Certificado de Fins Filantrópicos são de difícil acesso e de elevado custo operacional para as entidades. A vinculação existente entre a posse de títulos e registros e o acesso a determinados incentivos e parcerias com o Estado (por exemplo, dedução de imposto de renda das doações de pessoas jurídicas, acesso a subvenções e convênios, isenção de contribuição patronal à seguridade social) impõe barreiras burocráticas sucessivas e cumulativas em várias instâncias governamentais sem, no entanto, permitir uma base de informações segura para estabelecer relações entre as entidades e o Estado.

12. O atual sistema de qualificação não diferencia a finalidade social das entidades, tratando de forma idêntica entidades de fins mútuos (destinadas a um círculo restrito de sócios) e aquelas de fins comunitários (dirigidas à comunidade de um modo geral). 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.

13. Por outro lado, a atual legislação que rege o Terceiro Setor não prevê dispositivos de fiscalização suficientes para exercer o controle da utilização dos recursos públicos pelas entidades e assegurar que eles sejam aplicados segundo critérios de eficácia, eficiência e transparência.

14. Tendo em vista esses problemas, os principais objetivos da Lei proposta são:

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.

15. 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 os 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.

16. É preciso, ainda, esclarecer que o projeto de lei não interfere no regime atual composto pelos Títulos de Utilidade Pública, pelo Certificado de Fins Filantrópicos e pelo Registro no Conselho Nacional de Assistência Social. Esse regime será mantido e as entidades nele incluídas poderão ser qualificadas de acordo com os preceitos do projeto. Essas entidades regidas pelo regime atual, poderão acumular as duas qualificações por um prazo de dois anos, findo o qual terão que optar por um ou outro regime.

17. Do ponto de vista da agilidade operacional para formalização de parcerias, a Interlocução Política do Conselho da Comunidade Solidária identificou que os contratos e convênios não são considerados adequados as especificidades das organizações privadas com fins públicos e não apresentam critérios objetivos de identificação, seleção, competição e contratação da melhor proposta.

18. Atualmente, as entidades convenentes são aquelas que possuem Registro de Entidade de Assistência Social e Título de Utilidade Pública Federal. O problema refere-se à ênfase excessiva no controle *ex-ante* das entidades para a obtenção de acesso aos benefícios governamentais e formalização de convênios, em detrimento de critérios de avaliação de resultados. Além disso, quando ocorre a celebração de convênios, as entidades ficam sujeitas às mesmas regras gerenciais do setor estatal, perdendo a flexibilidade na administração e no uso de recursos.

19. A realização de contrato, por seu turno, pressupõe concorrência por meio de licitação e, apesar das possibilidades de dispensa estabelecidas em lei, a interpretação varia quando se trata da aplicação para as organizações do Terceiro Setor. Por outro lado, a competição entre setor privado e organizações do Terceiro Setor nos processos de licitação gera uma concorrência desigual pela estrutura de custos e incentivos diferenciados.

20. O *projeto de lei consubstancia, portanto, o consenso aprovado pelos* interlocutores sobre a necessidade de rever a legislação relativa a contratos e convênios, visando a identificar mecanismos mais adequados de relação entre o Estado e o Terceiro Setor quando envolvidos recursos estatais.

21. Pelas razões acima apresentadas, o Termo de Parceria consiste em um novo instrumento, complementar aos instrumentos em vigor, que traduz a relação de parceria entre instituições com fins públicos, mas de origem diversa (estatal e social) e com natureza diferente (pública e privada). Regido pelos princípios da transparência, competição, cooperação e parceria, possibilita a escolha do parceiro mais adequado do ponto de vista técnico, de maior relevância sob o ponto de vista de serviços prestados à sociedade.

22. O Termo de Parceria é um instrumento de fomento que permite, por um lado, a negociação de objetivos e metas entre as partes e, por outro, o monitoramento e a avaliação dos projetos, possibilitando maior transparência dos produtos e resultados efetivamente alcançados pelas entidades. Enquanto instrumento de gestão, aponta para a melhoria da qualidade dos serviços prestados, maior eficiência e flexibilidade do controle administrativo e na aplicação dos recursos públicos, viabiliza a melhoria dos sistemas de gerenciamento, quer no âmbito da administração pública, quer na esfera das organizações da sociedade civil.

23. À maior autonomia gerencial das organizações viabilizada pelo Termo de Parceria, corresponde o compromisso do Estado para flexibilizar os controles burocráticos das atividades-meio. Desse modo, em lugar do controle burocrático apriorístico e de uma cultura impeditiva para o uso de recursos, realiza-se a avaliação de desempenho global do projeto em relação aos benefícios direcionados para a população-alvo, por meio de mecanismos de fiscalização e responsabilização previstos no projeto de lei. Em suma, a criação do Termo de Parceria imprime maior agilidade gerencial aos projetos e gera condições para a realização do controle dos resultados, com garantias para que os recursos estatais sejam utilizados de acordo com os fins públicos.

24. Por fim, vale ressaltar que o projeto representa um ponto de inflexão importante na relação entre as organizações do Terceiro Setor e o Estado, avançando na direção da ampliação da esfera pública no Brasil.

Respeitosamente.

Aviso nº 979 - SUPAR/C. Civil.

Em 23 de julho de 1998.

Senhor Primeiro Secretário,

Encaminho a essa Secretaria Mensagem do Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República no exercício do cargo de Presidente da República relativa a projeto de lei que "Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Caráter Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências".

Atenciosamente,

CLOVIS DE BARROS CARVALHO
Ministro de Estado Chefe da Casa Civil
da Presidência da República

A Sua Excelência o Senhor
Deputado UBIRATAN AGUIAR
Primeiro Secretario da Câmara dos Deputados
BRASÍLIA-DF.

EM Interministerial nº 003 /MPO/MF

Brasília, 02 de fevereiro de 1996.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Importa disciplinar a nova previsão inserida no § 4º do art. 18 da Lei nº 9.082, de 25 de julho de 1995, Lei de Diretrizes Orçamentárias para 1996, a saber:

> *"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".***

2. Referido dispositivo 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.

3. As instituições e agências financeiras oficiais federais, agora expressamente autorizadas a atuar como mandatárias, para as transferências aqui tratadas, deverão sujeitar-se às mesmas normas e obrigações da União, com gozo de idênticas prerrogativas, quando no exercício do previsto mandato, nos limites dos poderes que lhes sejam outorgados, em cada caso.

4. A participação do mandatário deverá ser formalizada diretamente pelo Ministério competente para a execução do Programa ou Projeto, mediante instrumento de cooperação. As transferências dos recursos pelos mandatários poderão ser efetuadas mediante contrato de repasse, e deverão observar a disponibilidade de caixa do Tesouro Nacional.

5. 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.

6. 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.

7. Entretanto, faz-se necessário ajuste nos procedimentos de execução do Programa, sem prejuízo da continuidade dos contratos de repasse já firmados pelo Banco do Brasil com os Agentes Promotores, mas evitando-se a descentralização de crédito do Ministério do Planejamento e Orçamento ao Ministério da Fazenda, como antes acertado entre os Ministérios.

8. Por tudo isso é que submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de Decreto, disciplinando as transferências de recursos da União por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais federais, ao tempo em que são ratificados os procedimentos do PROSEGE havidos à conta do Orçamento da União de 1995, com previsão do citado ajuste operacional a partir de 1996.

Respeitosamente,

JOSÉ SERRA
Ministro de Estado do
Planejamento e Orçamento

PEDRO SAMPAIO MALAN
Ministro de Estado da Fazenda

EMI 27-A MJ/MOG/CCPR

Brasília, 15 de junho de 1999.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submetemos à consideração de Vossa Excelência proposta de decreto regulamentando a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que "dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências".

2. Cabe-nos esclarecer que, para a elaboração da presente proposta, foram mantidos entendimentos entre os diversos órgãos governamentais e não-governamentais envolvidos com a matéria.

3. A presente proposta contempla:

a) os procedimentos a serem observados pelas instituições interessadas em se qualificarem como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público junto ao Ministério da Justiça, bem como as condições a serem observadas para a celebração das parcerias entre estas instituições e o Estado, quando envolver recursos públicos;

b) a instituição de modelos padrões de extratos do termo de parceria e do seu relatório de execução, para fins de publicação; e

c) a possibilidade de que a escolha da entidade para celebração do termo de parceria possa ser feita mediante concurso público.

Respeitosamente,

RENAN CALHEIROS
Ministro de Estado da Justiça

PEDRO PULLEN PARENTE
Ministro de Estado do Orçamento e Gestão

CLOVIS DE BARROS CARVALHO
Chefe da Casa Civil da
Presidência da República

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CASA CIVIL
Secretaria de Administração
Diretoria de Recursos Logísticos/COLOG
DOCUMENTO ASSINADO ELETRONICAMENTE
- CONFERE COM O ORIGINAL -
André José de Oliveira
Brasília-DF 06/06/05 H 20:01

EMI nº 00110/2005/MP/MF

Brasília, 21 de junho de 2005.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submetemos à superior deliberação de Vossa Excelência a anexa proposta de Decreto que dispõe sobre a utilização da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e seu regulamento de que trata o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, por órgãos e entidades públicos ou privados, na aquisição de bens e serviços sempre que envolvidos recursos públicos da União repassados voluntariamente, por meio de convênios ou instrumento congênere, inclusive para consórcios públicos.

2. A proposta tomou por base o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que estabeleceu a obrigatoriedade da utilização da modalidade pregão eletrônico no âmbito da Administração Pública federal. Nesse sentido, pretende-se assegurar o atendimento dessa exigência também nas aquisições de bens e serviços de uso comum sempre que envolvidos recursos federais repassados voluntariamente.

3. A proposição está em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que considera obrigatória a utilização das modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 ou na Lei nº 10.520, de 2002, inclusive por instituições privadas, na hipótese de utilização de recursos públicos.

4. Observa também prática semelhante ao dos financiamentos dos organismos multilaterais de crédito (Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento, por exemplo) que impõem ao recebedor dos recursos as regras de licitação fixadas nos termos do contrato. Dessa maneira, entende-se que a autonomia federativa não estaria sendo ferida na medida em que as regras impostas dizem respeito apenas à forma de licitação a ser executada utilizando recursos federais. Os estados e municípios poderiam adotar outra modalidade no caso da aplicação da contrapartida, caso entendessem conveniente.

5. A medida também pressupõe gradualismo na implementação, ao prever a necessidade de desenvolvimento de um cronograma de implementação, por regulamentação complementar, tendo-se em conta que as realidades das administrações públicas são diferenciadas, de forma a exigir um tempo maior de adaptação e capacitação por parte de cada entidade. Nesse sentido, o governo federal colocaria seus conhecimentos tecnológicos à disposição dos entes de modo a acelerar e facilitar a adoção dos novos procedimentos.

6. Essas, Senhor Presidente, são as razões que nos levam a propor a Vossa Excelência a edição de Decreto nos termos da anexa minuta.

Respeitosamente,

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CASA CIVIL
Secretaria de Administração
Diretoria de Recursos Logísticos/COLIB
DOCUMENTO ASSINADO ELETRONICAMENTE
- CONFERE COM O ORIGINAL -
André José de Oliveira
Brasília-DF 05/08/05 H 20:03

Assinado eletronicamente por: Paulo Bernardo Silva, Antonio Palocci Filho

Mariana

Tula

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CASA CIVIL
Secretaria de Administração
Diretoria de Recursos Logísticos/COLID
DOCUMENTO ASSINADO ELETRONICAMENTE
- CONFERE COM O ORIGINAL -
Carlos Henrique Teixeira Botelho
Brasília-DF 01/06/2007 H 19:01

URGENTE

EM nº 00142/2007/MP

Brasília, 25 de junho de 2007.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submetemos à superior deliberação de Vossa Excelência a anexa minuta de Decreto, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

2. O objetivo básico do Decreto é alterar sistemática de formalização, acompanhamento e prestação de contas dos recursos transferidos, tornando-a mais eficiente e transparente, seguindo determinações e recomendações emanadas no Acórdão nº 788/2006 - Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU.

3. O Projeto está divido em cinco capítulos, intitulados: "Capítulo I - Disposições Gerais", "Capítulo II - Das Normas de Celebração, Acompanhamento e Prestação de Contas", "Capítulo III - Do Sistema de Gestão de Convênios, Contratos de Repasse e Termos de Parcerias - SICONV e do Portal dos Convênios", "Capítulo IV - Da Padronização dos Objetos" e "Capítulo V - Disposições Finais e Transitórias".

4. No Capítulo I são estabelecidas as definições básicas, como as de convênio, contrato de repasse, termo de cooperação, concedente, contratante, convenente, contratado, dentre outras.

5. O Capítulo II trata especificamente das normas de celebração, acompanhamento e prestação de contas, estabelecendo vedações à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigentes parentes até 2º grau de servidores públicos ou membros de Poder, bem como à realização de convênios com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cujo valor seja inferior a R$ 100.000,00 (cem mil reais). A motivação para o estabelecimento deste limite deve-se à constatação de que é antieconômico para a Administração Federal celebrar convênios com valores inferiores ao custo de celebração, acompanhamento e prestação de contas.

6. Ainda neste Capítulo, cabe destacar que a determinação de que a execução financeira será exclusivamente por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira - SIAFI, no caso de convênios celebrados com Estados, Distrito Federal e Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, e ainda, nos convênios celebrados com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta e entidades privadas sem fins lucrativos, quando o valor do convênio for superior a R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CASA CIVIL
Secretaria de Administração
Diretoria de [illegible]/COLID
DOCUMENTO ASSINADO ELETRONICAMENTE
CONFERE COM O ORIGINAL
Carlos [illegible]
Brasília-DF, [illegible] H[illegible]

7. Importa salientar que, para as entidades privadas sem fins lucrativos, são estabelecidas exigências de prévio cadastramento no SICONV, bem como prova de inscrição da entidade no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas e de regularidade fiscal.

8. Foi também estabelecido que a contrapartida do convenente, quando exigida, poderá ser atendida por meio de recursos financeiros, bens e serviços, desde que economicamente mensuráveis.

9. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MP, conforme as disposições estabelecidas no Capítulo III da minuta de Decreto, é o órgão central do SICONV, cabendo-lhe a competência para o estabelecimento de diretrizes e normas a serem seguidas pelos órgãos setoriais e demais usuários do sistema.

10. Cabe destacar a disponibilização de acesso ao referido Sistema aos órgãos de controle da administração, bem como sua divulgação via rede mundial de computadores, por meio do Portal de Convênios, o que contribuirá significativamente para dar maior transparência ao processo de transferência de recursos, permitindo acesso do cidadão e maior controle social dos recursos.

11. A minuta de Decreto, no Capítulo IV, trata da padronização dos convênios, determinando a criação de parâmetros de elegibilidade de projetos pelos órgãos concedentes, o que conduzirá à parametrização dos convênios mais celebrados, à definição de custos referenciais e à obtenção de economias de escala por parte do Poder Público.

12. Finalmente, no Capítulo que trata das disposições finais e transitórias, é estabelecido prazo de 120 dias, a contar da publicação do Decreto, para que os órgãos e entidades concedentes publiquem a relação dos objetos de convênios passíveis de padronização.

13. É também estabelecido, em caráter excepcional, que convênio com prazo de vigência encerrado que se encontre, na data de publicação deste decreto, na situação "a aprovar" há mais de quatro anos e tenham valor registrado de até R$ 100.000,00 (cem mil reais), poderá ser arquivado. Tal medida encontra respaldo no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estabelece: "Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco."

14. É certo supor, que esforços no sentido de fiscalizar a massa de convênios em estoque causaria mais gastos à União do que o possível benefício pela fiscalização. Estaríamos diante de prática antieconômica. Nesse sentido, o risco pela não fiscalização é bem menor do que os gastos decorrentes de tal atividade (postais, remuneração de servidores, despesas de deslocamento, etc.).

15. Importa salientar que não poderão ser arquivados os convênios que sejam objeto de auditoria por parte dos órgãos de controle interno e externo, bem como os que tenham resultado em tomada de contas especial ou tenham sido objeto de denúncia ou representação.

16. Cabe destacar também, que o Decreto determina que os convênios arquivados deverão ser reabertos caso o concedente ou os órgãos de controle interno e externo tenham conhecimento de irregularidade na sua execução, o que permite direcionamento das ações de modo transparente e a racionalização de procedimentos de controle, sem perda de qualidade.

17. São essas, Senhor Presidente, as razões que nos levam a propor a Vossa Excelência o encaminhamento da minuta de Decreto em questão.

Respeitosamente,

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CASA CIVIL
Secretaria de ...
Diretoria de ...
DOCUMENTO ASSINADO ... /COLID
- CONFERE COM O ORIGINAL -
Carlos ...
Brasília-DF, 21/06/2021

Assinado eletronicamente por: Paulo Bernardo Silva

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CASA CIVIL
Secretaria de Administração
Diretoria de Recursos Humanos-COLID
DOCUMENTO ASSINADO ELETRONICAMENTE
- CONFERE COM O ORIGINAL -
Carlos Henrique Teixeira Cunha
Brasília-DF, 01/07/2007

1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências:

Atendimento à determinação do Tribunal de Contas da União constante no Acórdão nº 788/2006 - Plenário, para otimização do processo de repasses de recursos da União mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres às transferências voluntárias de recursos definidas no art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.

2. Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta:

Alteração da sistemática de formalização, acompanhamento e prestação de contas dos recursos transferidos, tornando-a mais eficiente e transparente.

3. Alternativas existentes às medidas propostas:

Não há.

4. Custos:

Não há.

5. Razões que justificam a urgência (a ser preenchido somente se o ato proposto for medida provisória ou projeto de lei que deva tramitar em regime de urgência):

Não há.

6. Impacto sobre o meio ambiente (sempre que o ato ou medida proposta possa vir a tê-lo):

Não há.

7. Alterações Propostas: (a ser preenchido somente no caso de alteração de Medidas Provisórias)

Texto Atual

Não se aplica.

Texto Proposto

Não se aplica.

8. Síntese do parecer do órgão jurídico:

De acordo com o prosseguimento da proposta.