

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

WANDERSON LACERDA

**TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E VOLUNTÁRIAS PARA
ESTADOS, MUNICÍPIOS E TERCEIRO SETOR À LUZ DO DIREITO
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

SÃO MATEUS

2016

WANDERSON LACERDA

**TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E VOLUNTÁRIAS PARA
ESTADOS, MUNICÍPIOS E TERCEIRO SETOR À LUZ DO DIREITO
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Vale do Cricaré, como
requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Samuel Davi Garcia
Mendonça.**

SÃO MATEUS

2016

WANDERSON LACERDA

**TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E VOLUNTÁRIAS PARA
ESTADOS, MUNICÍPIOS E TERCEIRO SETOR À LUZ DO DIREITO
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. SAMUEL DAVI GARCIA
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Aos meus amigos e colegas, pelos bons momentos. Em especial ao Prof. Samuel Davi Garcia responsável pela orientação e pelos ensinamentos que serviram de base para realização deste trabalho.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida. Aos meus pais Sonia e Vanderlei, pelo apoio e carinho, a minha querida esposa Joyce e aos meus filhos, pela paciência e compreensão nessa jornada.

“Grandes realizações não são feitas por impulso, mas por uma soma de pequenas realizações.”

Vincent Van Gogh

RESUMO

As transferências de recursos despendidas pelo Governo Federal aos Estados, Distrito Federal, Municípios e a Entidades privadas sem fins lucrativos (integrantes do terceiro setor), sejam elas as constitucionais, legais e as voluntárias, tem se tornado uma ferramenta de extrema importância para a concretização de políticas públicas e de desenvolvimento estrutural e social. O trabalho em questão busca demonstrar de forma clara e objetiva, os resultados e benefícios alcançados nos últimos anos a partir destas políticas, bem como demonstrar os pontos que são passíveis de melhoria com vista a tornar o mecanismo mais acessível. Observa-se que o volume de recursos transferidos por meio de convênios pelo Governo Federal tem crescido ano após ano e a motivação política, em detrimento de critérios objetivos e técnicos em muitos casos tem comprometido o atingimento dos objetivos finais. Dessa forma, mostra-se que há espaço para um ajuste no marco legal brasileiro no sentido de se ter, de forma mais contundente, transferências motivadas primordialmente por critérios técnicos.

Palavras chave: Transferências; Constitucionais; Legais; Voluntárias; Convênios; Políticas Públicas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

DASP – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVIÇO PÚBLICO

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

LRF – LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL	11
3 TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E VOLUNTÁRIAS E OS PRINCÍPIOS BALIZADORES DA ADMINISTRAÇÃO.	14
3.1 TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS	15
3.2 TRANSFERÊNCIAS LEGAIS	17
3.3 TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS	18
4 FISCALIZAÇÃO	22
5 A IMPORTÂNCIA DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.	24
5.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	25
5.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE	26
5.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE	27
5.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	28
5.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	29
6 PRESTAÇÃO DE CONTAS	30
7 CONVÊNIOS	32
7.1 DIFERENÇA ENTRE CONVÊNIOS E CONTRATOS	33
7.2 CONTRATO DE REPASSE	36
7.3 TERMO DE COOPERAÇÃO	38
7.4 TERMO DE PARCERIA	40
8 ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DAS TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS NO ÚLTIMO QUINQUÊNIO	42

1 INTRODUÇÃO

Como forma de garantir isonomia no entendimento e segurança quanto aos pontos abordados, o trabalho visa a buscar, nos ensinamentos sobre os convênios da administração pública, os traços fundamentais do instrumento jurídico e a forma que o tema tem sido tratado no Brasil especialmente pela doutrina majoritária, presentes nos trabalhos dos principais administrativistas brasileiros, com destaque para as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles e Marçal Justen Filho, pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência jurídica e administrativa brasileira.

Procura-se, na construção inicial da análise, dar consequência, notadamente, aos princípios, normas estritas e valores constitucionais encontrados nos arts. 37 e 70, da Constituição Federal de 1988, e, ainda, na Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF e na Lei Federal n. 8.666/1993, das Licitações e dos Contratos Administrativos, em face de que o *caput* do art. 116 da mesma legislação, que trata de forma mais específica dos Convênios da Administração Pública, estabelecer que se aplique as disposições da mencionada lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. Igualmente, desempenharam papel relevante nas mesmas formulações iniciais o exame da Instrução Normativa n. 02, de 19 de abril de 1993, da Secretaria do Tesouro Nacional (DOU 23/04/1993), e, posteriormente, a Instrução Normativa n. 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional. Com o advento do Decreto n. 6.170/2007, de 25 de julho de 2007, com as alterações introduzidas pelo Decreto n. 6.428, de 14 de abril de 2008, Decreto n. 6.497, de 30 de junho de 2008 e pelo Decreto n. 6.619, de 29 de outubro de 2008

A regulamentação operacional destes instrumentos foram introduzidas por meio das Portarias Interministeriais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em conjunto com o Ministério da Fazenda e com o Ministério do Controle e da Transparência. Trata-se da Portaria Interministerial n. 127, de 29 de maio de 2008, aperfeiçoada pelas Portarias Interministeriais n. 165, de 20 de junho de 2008, n. 342, de 5 de novembro de 2008, n. 404, de 23 de dezembro de 2008, n. 268, de 25 de agosto de 2009, n. 534, de 30 de dezembro de 2009, n. 23, de 19 de janeiro de 2010 e n. 507 de 24 de novembro de 2011.

São quatro as modalidades geralmente enquadradas sob o conceito de transferência voluntária: os Convênios, os Contratos de Repasse, os Termos de Cooperação e os Termos de Parceria. Embora haja diferenciações previstas em texto legal entre esses instrumentos, tornou-se habitual denominá-las todas sob o conceito genérico de “convênios”. Por esse motivo, doravante, o termo “convênios” poderá ser utilizado como sinônimo de “transferências voluntárias”.

Para a elaboração do presente trabalho foram realizadas pesquisas na legislação vigente, num paralelo de citações das referências bibliográficas, artigos.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL

Para se adentrar mais profundamente ao tema atual é preciso, sobretudo, entender a forma com que as subvenções governamentais e por consequência os controles internos foram sistematicamente introduzidos na estrutura administrativa do Estado. Este contexto passa a ser mais evidente com a Proclamação da República (1889) e o fortalecimento institucional das atividades legislativas. O controle das contas públicas sofreu transformações. Novas concepções foram inseridas como forma de assegurar o atendimento das demandas sociais e ainda, como forma de responder aos anseios da sociedade. É neste período, por iniciativa e empenho do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, que o Decreto n. 966-A cria o Tribunal de Contas da União, cujas competências eram o exame, revisão e julgamento de todas as operações relacionadas com a receita e a despesa da União. A fiscalização era feita por meio do mecanismo de registro prévio. Competia-lhe, ainda, liquidar as contas de receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de sua apresentação ao Congresso Nacional. A Constituição de 1891 institucionalizou a Corte de Contas que só veio a ser instalada efetivamente, em 1893, pelo Ministro da Fazenda, Serzedello Corrêa. Chama-se a atenção à ênfase corretiva do controle, naquela época influenciado pelas ideias positivistas típicas do contexto sociopolítico que marcou a formação da República.

Por outro lado, na medida em que os instrumentos de controle iam se firmando no contexto estatal o Estado buscava adotar medidas como forma de descentralizar a implementação de ações, que até então eram consideradas exclusivamente de sua competência, por meio de parcerias. Estas parcerias chamadas hoje de “convênios administrativos” não são instrumentos jurídicos recentes no ordenamento brasileiro, fato que por si só demonstra de forma objetiva os indícios da sua relevância. Todavia, o pensamento conservador de grande parte dos responsáveis pelas políticas de Estado à época dificultava qualquer atitude que viesse de encontro ao pensamento conservador. Somente com o fim da chamada “República Velha”, em 1930, o Estado brasileiro passou a se comprometer com o mínimo de modernização, mas ainda em estilo burocrático, nos moldes das reformas do estado alemão. Neste período a Constituição de 1934 já estabelecia a existência de “acordos”, cuja prescrição tratava de verdadeiros convênios, tais como

hoje juridicamente concebidos, haja vista o intuito pretendido pela norma em questão.

A primeira grande reforma na administração pública brasileira se deu com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), em 1938, pelo presidente da República Getúlio Vargas. Este departamento foi um primeiro passo no sentido da profissionalização da administração pública no Brasil. As mudanças que culminaram com a criação do DASP são tidas também como as primeiras reformas paradigmáticas na Administração Pública brasileira, ou seja, reformas de grande impacto e expressão. A reforma administrativa de 1937, foi o primeiro passo em direção à burocratização da administração pública brasileira, na tentativa de superar o patrimonialismo.

Passado esse período conhecido como a Era Vargas, e já nos idos da década de 60, o aumento das funções do Estado, a necessidade de desburocratização e simplificação dos procedimentos administrativos, bem como a busca do crescimento econômico-social do País, conduziram o Estado brasileiro a repensar sua forma de atuação frente às principais demandas sociais existente à época. Essa mudança culminou na edição do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, publicado durante o regime militar. Naquele período, a estrutura organizacional da administração pública caracterizava-se por serviços ineficientes e morosos, excessiva concentração de atribuições nos órgãos centrais de administração, falta de racionalização dos trabalhos e subordinação das atividades-fim às atividades meio. Como esta sistemática a população lograva de poucos benefícios que pudessem de alguma forma melhorar o seu dia a dia. Com a edição do referido decreto foram fixadas diretrizes e princípios visando a proporcionar funcionalidade e dinamismo à administração pública federal. Uma das questões centrais foi a tentativa de desconcentração e descentralização da execução da atividade administrativa, com o objetivo de proporcionar à administração pública maior tempo para se dedicar às atividades específicas de planejamento, coordenação, supervisão e controle. É válido destacar que a descentralização administrativa tornou-se princípio consagrado pelo art. 10 do Decreto-Lei n. 200/1967¹, que reza:

¹ Decreto-Lei n. 200/1967, de 25 de fevereiro de 1967 - Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas **e mediante convênio**;

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes. (grifo nosso)

Destaca-se ademais, que o texto normativo descrito no decreto serve como marco para a estipulação e valorização dos convênios administrativos, inclusive não podendo esquecer de que a prescrição normativa em questão exaltava o seu uso para fins de descentralização de programas federais, parcerias e auxílio na gestão de alguns órgãos e entidades da administração pública.

É inegável que a cooperação no âmbito da administração pública se deu de forma mais consistente com a promulgação da Constituição cidadã. O art. 23 desta Carta Magna, ao tratar da Organização do Estado, foca a ideia de cooperação associativa, ao disciplinar a competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Essa ideia foi confirmada com a Emenda Constitucional n. 19/1998, a chamada Reforma Administrativa. Nesse contexto, o art. 241, dispõe que:

Art. 241º- A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Por conseguinte, confirma-se que os convênios são excelentes instrumentos de promoção do desenvolvimento nacional e regional, porém precisam ser mais bem conhecidos desde o seu regime jurídico até seus efeitos, para que então se possam utilizá-los com mais segurança, lisura e eficiência, a fim de a coletividade perceber as diferenças a partir de atividades e serviços materialmente à sua disposição. Com isso, busca-se evitar que tais mecanismos sejam reflexos de malversação dos recursos públicos ou ainda meios para benefícios de pequenos grupos que detém o poder o que por si só distancia-se do seu real propósito, o interesse público.

3 TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E VOLUNTÁRIAS E OS PRINCÍPIOS BALIZADORES DA ADMINISTRAÇÃO.

A Lei Complementar n. 101/2000, de 04 de maio de 2000, popularmente conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que a gestão fiscal e a alocação de recursos devem gozar de transparência. Mas não apenas isso prega mecanismo que possibilite ao cidadão conhecer e ter possibilidades de fiscalizar o emprego dos recursos públicos. Os repasses de recursos federais para desenvolvimento o de ações de governo com o repasse de recursos federais a Estados, Municípios são efetuados por meio de três formas de transferências, a saber:

- a) Transferências Constitucionais;
- b) Transferências Legais;
- c) Transferências Voluntárias.

A conceituação técnica para cada tipo de transferência está elencada no sítio do Governo Federal na internet titulado como portal da transparência que assim define cada instrumento listado acima.

Transferências Constitucionais: São transferências, previstas na Constituição Federal, de parcelas das receitas federais arrecadadas pela União e que devem ser repassadas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. O objetivo do repasse é amenizar as desigualdades regionais e promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios. Dentre as principais transferências da União para os Estados, o DF e os Municípios, previstas na Constituição, destacam-se: o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE); o Fundo de Participação dos Municípios (FPM); o Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados (FPEX); o Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF); e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR).

Transferências Legais: São as parcelas das receitas federais arrecadadas pela União, repassadas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, previstas em leis específicas. Essas leis determinam a forma de habilitação, a transferência, à aplicação dos recursos e como deverá ocorrer a respectiva prestação de contas. Dentre as principais transferências da União para os Estados, o DF e os Municípios, previstas em leis, destacam-se: o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar (PNATE), o Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE), o Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos, entre outros.

Transferências Voluntárias: São os recursos financeiros repassados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios em decorrência da celebração de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos similares, cuja finalidade é a realização de obras e/ou serviços de interesse comum. A Transferência Voluntária é a entrega de recursos 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 (SUS).²

3.1 TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

As transferências constitucionais consistem na distribuição de recursos provenientes da arrecadação de tributos federais ou estaduais, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, com base em dispositivos constitucionais. Estas transferências não estão sujeitas a discricionariedade dos gestores públicos e devem ser repassados pela União aos demais entes federados de forma compulsória.

A Constituição Federal define modalidades de repasses de recursos da União para Estados, Distrito Federal ou Municípios. O art. 159 trata das seguintes repartições tributárias:

- Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE);
- Fundo de Participação dos Municípios (FPM);
- Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE-Combustíveis);
- Imposto sobre Produtos Industrializados, proporcional ao valor das exportações (IPI-Exportação).

Há de registrar-se que com a aprovação da Emenda Constitucional n. 29/2000³ o não cumprimento do disposto no art. 160 da Constituição Federal, constitui óbice para liberação de recursos referentes ao Fundo de Participação dos Estados – FPE e Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Assim, muito embora para esse tipo de transferência de recurso esteja previsto seu repasse de

² <http://www.portaltransparencia.gov.br/glossario/DetalheGlossario>, acesso em 10/10/2016.

³ Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000 - Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde - ADCT.

forma segura pela Constituição Federal, para que se efetive a transação é preciso observar os requisitos exigidos no referido artigo.

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II – ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

O Fundo de Participação dos Estados – FPE é responsável por parcela significativa do orçamento anual dos Estados brasileiros, e para evitar distorções e má distribuição dos recursos, em 1989 os Secretários Estaduais de Fazenda e Finanças dos Estados da federação definiram o coeficiente individual para cada Estado e, para calcular o valor do FPE devido a cada Estado, multiplica-se o valor total do FPE pelo coeficiente individual. Como os recursos do Fundo busca reparar as desigualdades sociais existentes entre os Estados tem-se o entendimento que do valor total arrecadado, 85% vão para os Estados das regiões Norte/Nordeste/Centro-Oeste e 15%, para os Estados das regiões Sudeste/Sul, conforme mostra o gráfico:

Já o denominado Fundo de Participação dos Municípios – FPM, da mesma sorte do FPE, tem sido de suma importância para o desenvolvimento econômico e social em muitos municípios do Brasil. Em alguns municípios os recursos do Fundo são praticamente a única fonte de receita corrente existente, uma vez que a arrecadação municipal é muito baixa. Conforme estabelece o Código Tributário Nacional⁴, do valor total destinado ao FPM, 10,0% são distribuídos entre as capitais, 86,4%, entre os demais municípios, e o restante, 3,6%, são distribuídos entre os municípios do interior com mais de 156.216 habitantes, de acordo com o Decreto-Lei n. 1.881, de 27 de agosto de 1981⁵.

⁴ Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

⁵ Decreto-Lei n. 1.881, de 27 de agosto de 1981 - Altera a Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, cria a Reserva do Fundo de Participação dos Municípios - FPM e dá outras providências.

3.2 TRANSFERÊNCIAS LEGAIS

A obrigatoriedade de celebração de convênio não se aplica aos casos em que lei específica discipline a transferência de recursos para execução de programas em parceria do Governo Federal com governos estaduais e municipais. Nestes casos temos a figura das transferências legais que são reguladas por leis específicas que determinam a forma de habilitação, transferência, aplicação de recursos e prestação de contas. Existem as transferências que a aplicação dos recursos repassados não estão vinculados a um fim específico. Ou seja, o município possui discricionariedade para definir a despesa correspondente ao recurso repassado pela União. É o que ocorre no caso, por exemplo, dos *royalties* do petróleo, que conforme a Lei n. 7.435/1985, são repassados aos municípios, a título de indenização, 1% (um por cento) sobre o valor do óleo, do xisto betuminoso e do gás extraído de suas respectivas áreas, onde se fizer a lavra do petróleo. E as que a aplicação dos recursos repassados estão vinculados a um fim específico. Nesta modalidade, o município deve se habilitar para receber recursos apenas uma vez e, a partir da habilitação, passa a ter o direito aos recursos federais, sem a necessidade de apresentação de documentos e tramitação de processos a cada pleito, como ocorre nas transferências voluntárias.

A transferência legal tem um aspecto finalístico, os recursos são repassados para custear uma despesa específica, tendo em vista a importância e abrangência da ação governamental.

As Transferências Legais Podem ser:

a) A Transferência Automática (MP 2178-36/2001 e Lei 10.219/2001)⁶: São utilizadas em determinados programas educacionais, como:

Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE;

Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE;

⁶ MP n. 2178-36 de 24 de agosto de 2001 - Dispõe sobre o repasse de recursos financeiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar, institui o Programa Dinheiro Direto na Escola, altera a Lei n. 9.533, de 10 de dezembro de 1997, que dispõe sobre programa de garantia de renda mínima, institui programas de apoio da União às ações dos Estados e Municípios, voltadas para o atendimento educacional, e dá outras providências.

Lei n. 10.219/2001 de 11 de abril de 2001 - Cria o Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação - "Bolsa Escola", e dá outras providências.

Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento de Jovens e Adultos;

Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar – PNATE;

Programa Brasil Alfabetizado.

b) A Transferência Fundo a Fundo (Leis n.º 8.142/1990, 8742/2012 e Decretos n. 1.232/1994 e 7788/2012)⁷: são utilizadas nos programas da área da saúde e da assistência social:

Fundo Nacional de Saúde – FNS;

Fundo Nacional da Assistência Social – FNAS.

3.3 TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS

Conforme já conceituado no campo acima as transferências voluntárias, como o próprio nome estabelece, são os recursos financeiros repassados de forma voluntária, ou seja, sem a obrigação formal de fazê-lo, pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios em decorrência da celebração de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos similares, cuja finalidade é a realização de obras e/ou serviços de interesse comum. Portanto, esta modalidade é ato discricionário da União. Nesse caso, a pretensão de os entes políticos subnacionais obterem recursos federais está condicionada à satisfação daquelas exigências e à decisão da União.

A transferência voluntária é a entrega de recursos a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira. Esse tipo de repasse de

⁷ Lei n. 8.142/1990 de 28 de dezembro de 1998 - Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências;

Lei n. 8742/2012 - Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências;

Decreto n. 1.232/1994 de 30 de agosto de 1994 - Dispõe sobre as condições e a forma de repasse regular e automático de recursos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos de saúde estaduais, municipais e do Distrito Federal, e dá outras providências;

Decreto n. 7788/2012 de 15 de agosto de 2012 - Regulamenta o Fundo Nacional de Assistência Social, instituído pela Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências.

recurso exige a celebração de acordo, contrato ou convênio que estabeleça direitos e deveres entre as partes, bem como delimite todos os documentos necessários para a comprovação da efetiva execução ao que se propunha. Ademais, deve-se ter em mente que a celebração de um convênio ou instrumento congênere, assim como a prorrogação de sua vigência e demais atos de competência do Poder Executivo Federal, é um ato discricionário: O Órgão ou entidade federal concedente pode ou não celebrar convênio a seu único e exclusivo critério, na forma permitida na legislação federal vigente. A interação, portanto, deve-se restringir no âmbito do relacionamento entre o Órgão ou Entidade Federal Concedente e o Ente da Federação Conveniente.

No âmbito da União todos os convênios eram referenciados pela Instrução Normativa n. 01/1997 da Secretaria de Tesouro Nacional – STN, que buscou conferir o mínimo de regras uniformes aos instrumentos celebrados. Com o desenrolar dos anos e com a experiência obtida na execução de milhares de convênios neste período, foi constatado a necessidade de reformulação do marco legal com a definição de novas regras e parâmetros para uma melhor gestão destes recursos, uma vez que até então, o processo de elaboração, aprovação, celebração, execução e prestação de contas não aproveitava as oportunidades que os sistemas informatizados poderiam oferecer para o cumprimento de cada uma destas etapas. Assim, após diversas análises e auditorias realizadas pelo corpo técnico do Tribunal de Contas da União – TCU realizadas com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais repassados pela União ou entidades da administração indireta as Organizações Não-Governamentais – ONGs, por meio de convênios, contratos de repasses e instrumentos similares. Os trabalhos de auditoria realizados pelo Tribunal de Contas da União -TCU foram motivados pela preocupação daquele tribunal com o crescente número de convênios que vinham sendo celebrados com ONGs e com o aumento dos recursos repassados àquelas entidades, sem observação da adequação da estrutura da administração pública e das normas atinentes à matéria, a fim de garantir a devida análise da viabilidade e conveniência dos ajustes, a seleção das ONGs de forma impessoal e com critérios objetivos, bem como a correta fiscalização dos valores repassados. Ato contínuo, com o objetivo de facilitar o controle social dos recursos públicos repassados aos entes federados, órgãos e entidades privadas, os ministros do Tribunal de Contas da União - TCU, decidiram, em sessão Plenária, a determinação para que o Ministério

do Planejamento Orçamento e Gestão – MPOG, para que apresentasse estudo técnico para implementação de sistema de informática que permitisse o acompanhamento simultâneo, por meio da rede mundial de computadores, de todos os convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferência de recursos federais, conforme exarado no item 9.1 do Acórdão n. 2066/2006, de 08 de novembro de 2006, *in verbis*:

9.1. Determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, para possibilitar a transparência que deve ser dada às ações públicas, como forma de viabilizar o controle social e a bem do princípio da publicidade insculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 5º, inciso XXXIII, da mesma Carta Magna, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), apresente a este Tribunal estudo técnico para implementação de sistema de informática em plataforma web que permita o acompanhamento on-line de todos os convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais a outros órgãos/entidades, entes federados e entidades do setor privado, que possa ser acessado por qualquer cidadão via rede mundial de computadores, contendo informações relativas aos instrumentos celebrados, especialmente os dados da *entidade conveniente, o parlamentar e a emenda orçamentária* que alocaram os recursos, se houver, o objeto pactuado, o plano de trabalho detalhado, inclusive custos previstos em nível de item/etapa/fase, as licitações realizadas com dados e lances de todos os licitantes, o status do cronograma de execução física com indicação dos bens adquiridos, serviços ou obras executados, o nome, CPF e dados de localização dos beneficiários diretos, quando houver, os recursos transferidos e a transferir, a execução financeira com as despesas executadas discriminadas analiticamente por fornecedor e formulário destinado à coleta de denúncias;⁸

Tem-se que a publicação do referido Acórdão foi um divisor de águas e serviu de base para a implantação das inovações que seriam trazidas em 2008.

Neste sentido, em virtude da importância destes instrumentos para a concepção e o beneficiamento de políticas públicas, foi editado, Ato Conjunto do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão – MPOG, Ministério da Fazenda – MF e Ministério do Controle e da Transparência - MCT a Portaria Interministerial n. 127/2008, de 29 de maio de 2008⁹, a qual regulamenta as disposições contidas no Decreto n. 6.170/2007 de 25 de julho de 2007¹⁰.

A principal novidade estabelecida pela Portaria Interministerial n. 127/2008, consiste na previsão de que todos os atos e procedimentos relativos à formalização,

⁸Trecho extraído do Acórdão. 2066/2006 de 08 de novembro de 2006 publicado no site <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>

⁹A Portaria Interministerial n. 127/2008, de 29 de maio de 2008 foi revogada pela Portaria Interministerial n. 507/2011, de 24 de novembro de 2011.

¹⁰Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007 - Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

execução, acompanhamento, prestação de contas e informações acerca de tomada de contas especial dos convênios sejam realizados no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, aberto à consulta pública, por meio do portal dos convênios. Destarte, o portal dos convênios, criado para dar efetividade ao SICONV, entrou em operação na internet no dia 1º de setembro de 2008. A partir dessa data, os interessados precisam promover seu credenciamento no sistema e os atos preparatórios para a celebração de convênios devem ser registrados em meio eletrônico, por meio do portal. Além disso, os procedimentos relacionados à execução do ajuste ou as informações correspondentes a essas ocorrências deverão, sempre que possível, ser realizados diretamente pelo portal.

No Brasil, as transferências voluntárias tem se tornado moeda de troca entre o Governo Federal e sua base aliada no Congresso Nacional. Esse fato, muitas vezes, tem levado em conta, primeiramente, o lado político da coisa em detrimento de questões estritamente técnicas o que vem prejudicando o atingimento dos objetivos finais deste meio de transferência. Há que se considerar que ao Estado compete a promoção do bem de todos, conforme objetivo expresso no art. 3º, item IV, da CF/88. Sem desconhecer o interesse macro do País, em que se revelam preocupações estatais nas áreas econômicas, sociais, culturais, públicas e privadas, as transferências voluntárias possuem características eminentemente pública para a consecução sob a responsabilidade de entidade pública ou privada. Assim, deve-se levar em consideração que o interesse, para celebração destes instrumentos sejam comum, e que não haja intenção de auferir lucro ou benefícios pessoais. Desse modo, a justificativa para este tipo de instrumento deve pautar-se em interesse público recíproco existente entre os entes concedentes, neste caso a União, por intermédio dos seus ministérios e convenientes tais como Estados, Municípios e Entidades do terceiro setor. Registra-se, ademais, que depois de receber os recursos das transferências voluntárias os entes convenientes devem obedecer às normas impostas pela legislação vigente, bem como as diretrizes emanadas do próprio instrumento celebrado até a execução total do objeto conveniado e com a prestação de contas final dos recursos recebidos. De outra sorte, a fiscalização acerca da correta aplicação dos recursos das transferências é de responsabilidade

da União, por meio dos diversos órgãos concedentes, os quais devem emitir parecer final atestando a correta aplicação dos recursos ou adotando providências cabíveis para os casos de descumprimento das regras impostas.

As transferências voluntárias se dividem em quatro grupos distintos de instrumentos utilizados para repasse de recursos federais quais sejam: Convênios, Contratos de Repasses, Termos de Cooperação e Termos de Parcerias. Nos próximos capítulos serão abordados nos detalhes sobre a concepção e operacionalização de cada tipo de instrumento utilizado para garantir a efetividade deste Instrumento.

4 FISCALIZAÇÃO

A fiscalização da administração pública pode se dar pelo próprio poder de polícia que lhe é atribuído, como pela necessidade de se acompanhar a regular e boa aplicação dos recursos oriundos da União. Segundo Marçal Justen Filho, “A administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação particular. O interesse público não se coaduna com uma atuação passiva da administração a atividade permanente de fiscalização permite à administração detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas”.¹¹

A fiscalização está compreendida pelo controle previsto na Constituição Federal, no capítulo destinado à fiscalização contábil, financeira e orçamentária por intermédio do controle externo, exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União e o controle interno de competência de cada órgão responsável pelo repasse do recurso.

O direito de fiscalizar as atividades da administração pública, de forma individual, em grupo ou por meio de entidades públicas ou particulares, como partidos políticos, associações, sindicatos e conselhos sociais. Segundo Remilson Soares Candeia, a denúncia popular é uma das espécies de fiscalização mais eficazes, porque é o cidadão que se encontra mais próximo da execução do ajuste.

¹²Este controle social torna-se, também, uma das formas mais importantes de

¹¹ JUSTEN FILHO, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 8ª Ed., São Paulo, Dialética, 2000.

¹² CANDEIA, Remilson Soares. Convênios Celebrados com a União e suas Prestações de Contas. São Paulo, NDJ, 2005.

fiscalização porque é notória a falta de pessoal para acompanhar todos os convênios e contratos de repasses, dada a imensidão territorial do Brasil, os custos do controle e as dificuldades de se chegar até o local onde os recursos foram aplicados.

De outro giro, há que se destacar a extrema importância que o Ministério Público exerce na composição da estrutura de controle, em decorrência das funções que lhe foram atribuídas pelo art. 129 da Constituição Federal.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

E, no caso de recursos federais, a competência para fiscalizar e apresentar ações penais em caso de malversação de recursos públicos é o Ministério Público Federal – MPF, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 196.982.

EMENTA: - Recurso extraordinário. 2. Ação penal. Crime de peculato, em face de desvio, no âmbito estadual, de dotações provenientes do orçamento da União Federal, mediante convênio, e destinadas ao Sistema Único de Saúde - SUS. 3. A competência originária para o processo e julgamento de crime resultante de desvio, em Repartição estadual, de recursos oriundos do Sistema Único de Saúde - SUS, é da Justiça Federal, a teor do art. 109, IV, da Constituição. 4. Além do interesse inequívoco da União Federal, na espécie, em se cogitando de recursos repassados ao Estado, os crimes, no caso, são também em detrimento de serviços federais, pois a estes incumbe não só a distribuição dos recursos, mas ainda a supervisão de sua regular aplicação, inclusive com auditorias no plano dos Estados. 5.

Constituição Federal de 1988, arts. 198, parágrafo único, e 71, e Lei Federal nº 8080, de 19.09.1990, arts. 4º, 31, 32, § 2º, 33 e § 4º. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido, para reconhecer a competência de Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo envolvimento do ex-Secretário Municipal de saúde. (STF, RE 196.982/PR, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 27/06/97).

Destaca-se, ademais, para tornar efetiva a fiscalização pela sociedade, a própria Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Licitações e as demais normas que disciplinam o controle têm determinado a obrigatoriedade de que os órgãos responsáveis pelas despesas públicas atentem para os princípios da publicidade e da transparência, levando-se as informações necessárias aos cidadãos por meios das variadas formas de comunicação.

5 A IMPORTÂNCIA DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são regras que servem de interpretação das demais normas jurídicas, apontando os caminhos que devem ser seguidos pelos aplicadores da lei. Os princípios procuram eliminar lacunas, oferecendo coerência e harmonia para o ordenamento jurídico. E, no caso ora em estudo, a observância legal destes instrumentos constitucionais é de suma importância para que se alcancem os objetivos sociais esperados. Alguns princípios encontram-se no art. 37 da Constituição, mas não se esgotam a matéria. Os administradores do Estado, como tem a obrigação legal de zelar pelo bem público e seus atos devem ser motivados com fundamentos nestes princípios, temos que para que as transferências de recursos da União para os demais entes da federação e para as entidades privadas devem, obrigatoriamente, serem norteadas por princípios. Com efeito, os princípios constituem o suporte que sincronizam a atual ordem constitucional ao sistema infraconstitucional. E é assim, porque a lei deve respeitar os princípios sob os quais se alicerçou a Constituição. Determinação ainda mais evidente quando tratamos da coisa pública, pois a Administração é raiz do estratagema Constitucional.

Segundo MEIRELLES, “é que deverão se pautar a todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim

dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública”.¹³ Já o autor DIÓGENES, igualmente oportuno lembra que “constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade”.¹⁴

Assim, a Constituição Federal de 1988, consignou e sistematizou esses princípios, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

5.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade impõe ao administrador público o ônus de observar os desígnios da lei. Sendo-lhe, portanto, vedada a execução de qualquer ato não previsto, ou contrário ao comando legal. Sobre o tema os doutrinadores Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro são enfáticos ao afirmarem acerca da conduta do agente público:

A legalidade é princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.¹⁵
Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.¹⁶

Desta forma, o manejo da coisa pública demonstra-se incompatível com a liberdade e a vontade pessoal do agente público. Ao particular, por outro lado, é lícito fazer o que a lei não proíbe, porém a administração pública somente é lícito fazer o que a lei expressamente autoriza. Assim, o princípio da legalidade para administração pública assume a envergadura da estrita legalidade. Nesta linha de

¹³MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 26ª edição.

¹⁴GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

¹⁵MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 26ª edição.

¹⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo.

raciocínio, para que qualquer transferência de recurso seja concretizada, este princípio deve ser o norteador dos atos a serem praticados por ambas as partes.

5.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade estabelece que a administração deve manter-se numa posição de neutralidade em relação aos administrados, fica proibida de estabelecer discriminações gratuitas. Só pode fazer discriminações que se justifiquem em razão do interesse coletivo, caso contrário, caracteriza abuso de poder e desvio de finalidade, que são espécies do gênero ilegalidade. Segundo DE MELLO, a impessoalidade funda-se no postulado da isonomia e tem desdobramentos explícitos em variados dispositivos constitucionais.¹⁷

Portanto, a impessoalidade estabelece que a administração pública não deve conter a marca pessoal do administrador, ou seja, os atos públicos não são praticados pelo servidor, e sim pela administração a que ele pertence.

Observe-se, também o que diz a Lei n. 9.784/1999, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso III, que determina que, nos processos administrativos, serão observados os critérios de objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades.¹⁸

Corroborando nesta mesma linha de raciocínio, observa-se que durante muitos anos este princípio foi esquecido no que se refere à gestão das transferências de recursos da União, especificamente no caso das voluntárias, uma vez que em diversos casos o interesse pessoal, político e econômico se sobrepôs aos interesses coletivos dos diversos entes convenentes. A partir de 2007 foram inseridos na legislação mecanismos que visam a observância da impessoalidade nas liberações de recursos. A subjetividade nas seleções dos entes convenentes deu lugar a objetividade, uma vez que no caso dos entes privados, para que se possa firmar qualquer instrumento de repasse de recursos, deve ser precedido de chamamento público de projetos no qual os órgãos da administração federal que

¹⁷ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

¹⁸ Lei n. 9.784/1999, de 29 de janeiro de 1998 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

almejem a execução de projetos de interesses comuns, devem divulgar nos mais diversos meios de comunicação os critérios objetivos que irão definir a escolha do conveniente. Outro ponto de melhoria será dado quando da aprovação final da Proposta de Emenda à Constituição n. 565/2006 que trata do Orçamento Impositivo, na qual obriga a União a execução da programação orçamentária nos moldes que foi aprovada. Na prática, acabaria com as moedas de trocas existentes hoje para que haja liberação das emendas parlamentares e conseqüentemente a liberação de recursos para a execução de projetos de interesses comuns.¹⁹

5.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Já o princípio da moralidade objetiva a junção de legalidade com finalidade, resultando em moralidade. Ou seja, o administrador deve trabalhar com bases éticas na administração, lembrando que não pode ser limitada na distinção de bem ou mal. Pelo princípio da moralidade administrativa, não basta ao administrador o estrito cumprimento da precisa legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública, devendo o administrador não só averiguar critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto e o que é desonesto. Ressaltando que tal comportamento deve existir não apenas entre a administração e os administrados em geral, como também na relação entre a administração e os agentes públicos que a integram.

Destaque-se que a lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)²⁰, regulamentou o art. 37 § 4º da CF, estabelecendo sanções para a improbidade administrativa, e disciplinando ainda sobre a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo, para que o Poder Judiciário exerça o controle

¹⁹ Proposta de Emenda à Constituição n. 565/2006 - Altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal e acrescenta arts. 35-A e 35-B ao ADCT, tornando obrigatória a execução da programação.

²⁰ Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992 - Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público. Conforme já comentado, a nova regulamentação para a tramitação das transferências voluntárias no âmbito da União veio como forma de combater o crescente afrontamento ao princípio ora em destaque e estabelecer de forma clara as penalidades aos agentes que cometerem irregularidades na gestão de recursos públicos.

5.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade é oneroso à administração pública e está presente na consecução dos atos administrativos, objetivando a transparência no trato da coisa comum.

A publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção dos seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias. Com a publicação, presume-se o conhecimento dos interessados em relação aos atos praticados e inicia-se o prazo para interposição de recurso, e também os prazos de decadência e prescrição.

A regra, pois, é que a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade. O Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do RE 71.652 estabelece que:

A publicidade surte os efeitos previstos somente se feita através de órgão oficial, que é o jornal, público ou não, que se destina à publicação de atos estatais. Dessa forma, não basta a mera notícia veiculada na imprensa.

A respeito do tema, veja-se o que disse FILHO, “Os atos da administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência da

conduta dos agentes públicos é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que os revestem”²¹

5.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, inseriu o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da administração pública, previstos no art. 37, *caput*, este princípio foi inserido na Constituição com o objetivo de transformar o modelo de administração burocrática em administração gerencial, fundamentado no neoliberalismo, corrente de pensamento que defende o Estado mínimo, aquele em que a sua atuação fica restrita apenas às áreas imprescindíveis da vida social. Todavia, é importante salientar que o dever de eficiência já se acha consagrado no nosso sistema jurídico desde a Reforma Administrativa Federal ocorrida através do Decreto Lei n. 200/1967, quando se submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado, fortalece o sistema de mérito, sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso.²²

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos, para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.²³

A eficiência como princípio assume duas vertentes: a primeira é organizar e estruturar a máquina estatal para torná-la mais racional para que as necessidades da sociedade sejam alcançadas de forma mais satisfatória e a segunda, é regular a atuação dos agentes públicos buscando que esses tenham melhor desempenho possível a fim de atingirem os melhores resultados.

21 FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo, 25ª Edição, 2012, Ed. Atlas S.A., p. 18

22 Emenda Constitucional de n. 19, de 4 de junho de 1998 - Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

23 MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 1996, São Paulo: Malheiros p. 90-91.

Desta forma, tem-se como primícias que a administração pública deve buscar um aperfeiçoamento na prestação dos serviços públicos, mantendo ou melhorando a qualidade dos serviços, com economia de despesas agregando para tanto, a qualidade nos serviços prestados e a racionalidade de gastos.

6 PRESTAÇÃO DE CONTAS

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, documento basilar da Revolução Francesa, já asseverava que “Art. 14 - Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração”. E ainda que, “Art. 15 - A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”. Portanto o ato de prestar contas de recursos eminentemente públicos decorre desde muito tempo atrás e encontra amparo nas constituições brasileiras promulgadas até agora.

De acordo com determinação Constitucional, prevista no art. 70 parágrafo único, o dever de prestar contas alcança de forma universal a todos os cidadãos brasileiros que de alguma maneira tenha gerido bens ou recursos oriundos do Estado.

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Prestação de contas consiste no conjunto de documentos comprobatórios das despesas efetuadas e o dever de prestar contas está contido no ato de gerir bens e interesses alheios. No caso do administrador público, esse dever decorre da gestão de bens de interesse da coletividade. Neste sentido, a obrigação de prestar contas tem caráter personalíssimo, acarretando a responsabilização pessoal do agente público, no caso de omissão no dever de prestar contas ou de tê-las impugnadas.

Todavia, é importante salientar que como o objetivo da prestação de contas é demonstrar a correta aplicação dos recursos transferidos. A elaboração da prestação de contas é sempre responsabilidade do gestor que está em exercício na data definida para sua apresentação, quer ele tenha assinado ou não o termo de convênio, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, contida na Súmula 230 de 08 de dezembro de 1994.

Compete ao prefeito sucessor apresentar as contas referentes aos recursos federais recebidos por seu antecessor, quando este não o tiver feito ou, na impossibilidade de fazê-lo, adotar as medidas legais visando ao resguardo do patrimônio público com a instauração da competente Tomada de Contas Especial, sob pena de responsabilidade.

Para Hely Lopes Meirelles, é um *munus público* que todo administrador público, agente político ou funcionário tem de prestar contas de sua gestão. Tal dever não se refere apenas ao dinheiro público, mas também a todos os atos de governo e de administração, bem como não cabe somente aos administradores de órgãos públicos, mas também aos entes paraestatais e os particulares que recebam subvenções estatais.

É importante ressaltar que a obrigação de prestação de contas deve estar prevista no termo de convênio, pois mesmo se tratando de reciprocidades no que se refere ao interesse comum do convênio, as obrigações meios são de suma importância para efetividade do instrumento celebrado. O Tribunal de Contas da União se posicionou acerca da importância de se observar as obrigações inseridas no termo de convênio sob pena de responsabilização do agente que gerir recursos públicos, conforme Acórdão n. 005/2003 – 2ª Câmara:

A relação contratual inserida em um regime dessa natureza, portanto, gera uma obrigação não apenas de resultado (confeccionar o objeto), porém, concomitantemente, e no mesmo nível de importância, a obrigação de meio (a observância de normas, princípios e critérios de procedimento segundo os quais devem ser *efetuados os gastos públicos, cabendo o ônus da prova ao receptor dos recursos*).²⁴

Desta forma, temos que a prestação de contas exige expertise, seja de quem demonstra a realização do que foi feito, seja da parte de quem analisa, para concluir que realmente a obrigação está atendida. É também um processo de comunicação,

²⁴ Trecho extraído do Acórdão n. 005/2003 – 2ª Câmara de 23 de janeiro de 2003 publicado no site <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>. Acesso

onde o receptor de recursos informa o que foi feito dos recursos recebidos a quem o concedeu.

7 CONVÊNIOS

A Portaria Interministerial n. 507/2011 de 24 de novembro de 2011, traz a seguinte definição sobre convênio:

VI - convênio: acordo ou ajuste 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, do Distrito Federal ou municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à 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;

Os convênios são assinados com as mais variadas instituições: entre entidades do próprio Governo Federal com Estados, Distrito Federal, Municípios e com instituições privadas sem fins lucrativos. Este último grupo envolve uma quantidade enorme de entidades que atuam nos mais variados campos de políticas públicas, desenvolvendo trabalhos com quase todos os Ministérios.

A celebração de convênio é um ato administrativo complexo. Entre os requisitos dos atos administrativos, se o motivo (o porquê) e o objeto (o quê) não estiverem fixados na lei, categoriza-se o ato como discricionário. O convênio é, por isso, um ato administrativo discricionário, pois seu motivo e objeto não estão previamente fixados numa lei, posto que se trata de uma transferência voluntária de recursos federais para entes subnacionais, a teor do *caput* do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF:

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária 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.

O citado dispositivo da LRF deixa claro a natureza discricionária dos convênios, quando assinala que não decorrem da Constituição Federal ou de lei.

Sendo assim, os entes subnacionais não têm direito “líquido e certo” a receberem recursos da União, via convênio. E, mesmo que esses proponentes tenham satisfeitas todas as condições que a lei determina como indispensáveis à realização desse ato, ainda assim a União poderá não fazê-lo, se entender seja ele inadequado ou de impossível efetivação.

É todo esse conceito que está por detrás do adjetivo “voluntário”. Ele caracteriza o convênio, diferenciando-o de outras transferências de recursos federais. Desta forma, firmar convênio é um ato voluntário do Poder Executivo Federal. Não poderia um órgão do Judiciário autorizá-lo, porque aí a vontade do gestor público teria sido substituída pela vontade do juízo.

Segundo MEIRELLES, convênios são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando numa terceira espécie (vontade contratual e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns.²⁵

Neste contexto, os convênios, são, portanto, acordos entre as partes com a finalidade comum, as pessoas desempenham atividades-meio preparatórias, auxiliares ou complementares da atividade estatal para o objetivo comum.

7.1 DIFERENÇA ENTRE CONVÊNIOS E CONTRATOS

Os contratos são seculares. Os procedimentos licitatórios e a forma de contratação foram introduzidos no Direito Público brasileiro há mais de 140 anos pelo Decreto n. 2.926, de 14/5/1862²⁶, que regia as arrematações dos serviços sob a responsabilidade do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. A regulamentação só se tornou mais sólida, em 1922, por meio do Código de Contabilidade – Decreto n. 4.536, de 28/1/1922. Depois, passou-se pelo Decreto-Lei n. 200, de 25/2/1967, até ser reunida em um Estatuto no Decreto-lei n. 2.300, de 21/11/1986.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª edição p.458 a 459.

²⁶ Decreto n. 2.926, de 14/5/1862 - Aprova o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

A Constituição Federal de 1988 elevou o procedimento licitatório a *status* constitucional, fazendo com que ele passasse a ser obrigatório. Para se chegar a atual Lei n. 8.666/1993, o Parlamento enfrentou problemas em obras públicas, os quais foram analisados pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) das obras públicas de 1991, o que resultou no Estatuto de licitações e contratos, um dos mais detalhados do mundo.

No contrato administrativo, há sempre a intenção na obtenção de alguma vantagem, além do próprio objeto. O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias.

Cabe ressaltar, que, muito embora a Lei dos Contratos Administrativos - a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelecer em seu art. 116 que a legislação aplica-se aos convênios "no que couber", as diferenças entre um instrumento e outro são claras e os doutrinadores tratam de forma diversa essa conceituação.

Os convênios, conforme esclarece Hely Lopes Meirelles, são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.²⁷ Pela breve definição, é possível extrair-se que, no convênio, o interesse entre os partícipes, é comum. Já no contrato, lembrando a sua conceituação, pelo notório Diógenes Gasparini, tem-se que: "O contrato administrativo pode ser conceituado como sendo o ato plurilateral ajustado pela administração pública ou por quem lhe faça às vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela administração pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular".²⁸

Assim, a primeira grande diferença entre o convênio e o contrato administrativo, relaciona-se ao interesse, tendo-se em mente que enquanto no convênio o interesse é comum, no contrato estes não coincidem, mas sim se contrapõem, na medida que um quer a prestação e o outro almeja a contraprestação (valor). Todas as outras diferenças existentes entre o contrato e o convênio decorrem da máxima quanto ao interesse.

27 MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 27ª edição.

28 GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, Editora Saraiva, 4ª Edição.

Além da diferença de objetivos, existem outros aspectos que diferenciam a figura do contrato com a do convênio. Um deles consiste na questão da obrigatoriedade de comprovação da boa e regular aplicação dos recursos recebidos mediante convênio, na forma prevista pela legislação. Assim, o convenente, ao final do ajuste, deve demonstrar o cumprimento do objeto do convênio e o atingimento das metas acordadas. Outra distinção que ocorre entre convênio e contrato é que, normalmente, no caso do primeiro, a transferência dos valores correspondentes é feita antecipadamente, antes da efetiva execução dos serviços, enquanto que nos contratos administrativos o pagamento antecipado é vedado, exceto em situações excepcionais.

Por fim, para ilustrar a distinção entre contrato e convênio, cabe transcrever trecho do relatório de deliberação expedida pelo TCU por meio da Decisão n. 686/1998 – Plenário, em que se examinou a situação em que o Banco do Brasil, para fins de não realizar o devido procedimento licitatório, utilizou indevidamente o instrumento de convênio quando deveria ter sido utilizado o contrato administrativo:

35. E é difícil enxergar a aquisição de passagens aéreas como um atendimento de objetivos comuns. O BB precisa que seus funcionários se desloquem rapidamente dentro do País, ou mesmo para o exterior, a serviço, e, portanto, precisa adquirir passagens aéreas. Para a BBTUR, não faz qualquer diferença quem viajará ou porque, ela deseja, simplesmente, vender passagens aéreas. Inexiste, portanto, objetivo comum.

36. Por suas características, trata-se de clara e inquestionável compra e venda, na qual uma empresa fornece um bem, as passagens aéreas, que a outra necessita, ou seja, uma parte vende e a outra compra. Os objetivos são contrapostos, não comuns. Ora, compras e vendas são realizadas por contratos, e no âmbito da administração pública direta ou indireta, conforme a Lei de Licitações e Contratos.

(...)

39. De se destacar que a própria Lei ressalta que a denominação errônea não há de descaracterizar o negócio realizado. Assim, e mesmo se denominado de convênio, o negócio sob enfoque nos autos é um contrato de compra e venda de passagens aéreas.²⁹

Destarte, é possível verificar-se que o convênio diferencia-se do contrato administrativo, por diversos aspectos essenciais dentre os quais destacamos:

a) No convênio os interesses entre os partícipes são convergentes, enquanto no contrato os interesses são divergentes;

²⁹ Trecho extraído da Decisão n. 686/1998 – Plenário de 07 de outubro de 1998 publicado no site <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>. Acesso em 10/10/2016.

- b) No convênio existe uma mútua colaboração, mas jamais se cogita de preço e remuneração, sendo que esta última é essencial para o contrato;
- c) Nos contratos temos dois sujeitos, o contratante e o contratado, enquanto que nos convênios, temos as figuras dos partícipes, ou seja, o concedente, o conveniente, o executor e o interveniente;
- d) No convênio é possível que o partícipe se desvincule a qualquer tempo, sem qualquer sanção, o que não ocorre na contratação, que é uma obrigação do contratado, o qual receberá sérias sanções na hipótese de rescisão;
- e) Os contratos se submetem à apenas as regras ditadas na Lei n. 8.666/1993, enquanto que os convênios se submetem a uma série de legislações.

Assim, muitas vezes a denominação utilizada pela administração pública para a celebração de um determinado convênio ou contrato não reflete a real situação do ato administrativo e podem levar a entendimento diverso do que se pretendia com o termo em questão.

7.2 CONTRATO DE REPASSE

O contrato de repasse assim como o convênio se enquadram nos requisitos formais da transferência voluntária, uma vez que para que sua efetivação é necessária que a União se disponha a realizar o pleito, tendo desta maneira, a dependência do poder discricionário do agente. A Portaria interministerial n. 507 de 24 de novembro de 2011, traz a seguinte definição sobre o contrato de repasse:

IV - contrato de repasse - instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União;

Na essência, os contratos de repasse são idênticos aos convênios. A diferença entre eles se dá mais no aspecto operacional. Nos contratos de repasse, o dinheiro vai inicialmente da União para instituição financeira oficial, neste caso a Caixa Econômica Federal, o Banco do Brasil, o Banco do Nordeste ou o Banco da Amazônia que atuam como Mandatária da União na operacionalização destes instrumentos. Cabe-se um parêntese, para evidenciar que apesar de todas as instituições bancárias oficiais estarem aptas a operacionalizar este tipo de

transferência voluntária, nos últimos anos a empresa pública Caixa Econômica Federal é a responsável por quase todos os contratos de repasses formalizados. Esses recursos repassados à instituição financeira serão utilizados especificamente em programas predeterminados nos mais variados órgãos da administração federal.

A regulamentação para a utilização de instituição financeira oficial como operadora destes instrumentos de repasse se deu após a edição do Decreto n. 1819/1996, de 16 de fevereiro de 1996.³⁰

Art. 1º As transferências de recursos da União, consignadas na lei orçamentária anual ou referentes a créditos adicionais para Estados, Distrito Federal ou Municípios, a qualquer título, inclusive sob a forma de subvenções, auxílios ou contribuições, serão realizadas mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, observadas as disposições legais pertinentes.

Art. 2º As transferências de que trata o artigo anterior poderão ser feitas por intermédio de instituições ou agências financeiras oficiais federais, que atuarão como mandatárias da União.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo o Ministério competente para a execução do programa ou projeto deverá firmar, com a instituição ou agência financeira escolhida, o respectivo instrumento de cooperação, em que serão fixados, dentre outros, os limites de poderes outorgados.

A partir do ano de 2004, a figura do contrato de repasse tem sido prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, e o art. 68 da Lei n. 12.919, de 24 de dezembro de 2013³¹ traz a regulamentação do ato.

Art. 68. As transferências financeiras para órgãos públicos e entidades públicas e privadas serão feitas preferencialmente por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais, que, na impossibilidade de atuação do órgão concedente, poderão atuar como mandatárias da União para execução e supervisão, devendo a nota de empenho ser emitida até a data da assinatura do respectivo acordo, convênio, ajuste ou instrumento congênere.

Para operacionalizar-se com esse instrumento, o Ministério concedente firma contrato de prestação de serviços com a instituição financeira oficial federal escolhida, que passa a atuar como mandatária da União, ou seja, assume as obrigações operacionais e é responsável por:

- Receber os planos de trabalho após cadastramento no SICONV e enquadrar as propostas às normas do concessor;

³⁰ Decreto n. 1819/1996, de 16 de fevereiro de 1996 - Disciplina as transferências de recursos da União por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais federais e dá outras providências.

³¹ Lei n. 12.919, de 24 de dezembro de 2013 – LDO/2014 - Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2014 e dá outras providências.

- Analisar documentação técnica, institucional e jurídica dos Estados, Municípios e entidades tomadores dos recursos;
- Celebrar contratos de repasse;
- Analisar a viabilidade técnica dos projetos básicos descritivos da proposta;
- Promover a execução orçamentária-financeira relativa aos contratos;
- Acompanhar e atestar a execução física dos objetivos contratuais;
- Receber, analisar e aprovar prestações de contas referentes aos repasses, verificando a regularidade de todas as ações necessárias ao cumprimento contratual.

Ressalta-se, que, muito embora haja uma transferência de obrigações para a instituição financeira, a União é co-responsável formal do programa de governo que está sendo utilizado. Esta modalidade de instrumento tem crescido nos últimos anos uma vez que se trata de alternativa utilizada pela União sempre que se depara com grande complexidade técnica e logística no tocante à execução dos acordos.

Em geral, os contratos de repasse são utilizados em grandes obras e serviços de engenharia e, citando-se especificamente a Caixa Econômica Federal que tem unidades em quase todos os municípios da federação e conta com um corpo técnico especializado, a operacionalização se torna mais eficiente e eficaz. Sob a lógica do federalismo, a transferência de recursos entre os entes federativos se torna ferramenta extremamente importante para viabilizar a melhor atuação das entidades federativas. Isso pode ser observado por dois ângulos diferentes. Pelo ângulo de quem recebe os recursos, é de reconhecer que, apesar de os Municípios contarem com receitas próprias, geridas de acordo com a legislação local, a complementação desse ingresso é sempre uma oportunidade de incrementar suas atividades.

Pelo ângulo de quem repassa os valores, ou seja, do órgão concedente dos recursos, fica a expectativa de que os valores possam ser melhor aplicados pelo executor, que está mais próxima da população atendida, gerando assim maior eficiência na aplicação das verbas públicas. Diga-se, ainda, que esse é o grande motivo para a descentralização administrativa.

7.3 TERMO DE COOPERAÇÃO

Assim como no convênio administrativo, no Termo de Cooperação os interesses são recíprocos, pois os partícipes pactuam a realização de um mesmo fim, o que significa, em outros termos, que seu objeto deve representar um objetivo comum das partes. Por outro lado, ao contrário do que ocorre no convênio, no termo de cooperação não se exige do órgão receptor dos recursos o aporte de contrapartida. Não há prescrição legal alguma nesse sentido. De acordo com Jorge Miranda Ribeiro “por óbvio, a contrapartida estaria dispensada, pois ambos os partícipes são órgãos ou entidades da Administração Pública Federal”.³² Na realidade, tanto a Portaria Interministerial n. 507/2011, como o Decreto n. 6.170/2007 já previam expressamente a desnecessidade de exigência de contrapartida do órgão receptor dos recursos. De fato, não se demonstra necessário esse tipo de exigência para a descentralização orçamentária entre órgãos ou entidades integrantes da administração pública Federal. Outra peculiaridade do termo de cooperação diz respeito à responsabilidade pela prestação de contas financeira aos órgãos de controle. No termo de cooperação, o órgão ou entidade beneficiária dos recursos é responsável por efetuar a prestação de contas financeira aos órgãos de controle, competindo ao concedente, em regra, apenas exigir da entidade receptora a prestação de contas da execução física do objeto. Esse é o posicionamento do Tribunal de Contas da União, conforme se verifica pelo seguinte trecho do Acórdão TCU n. 1.771/2009 – Plenário³³:

4. A transferência de recursos, no caso, pode ser feita independentemente de convênio. Nada impede, todavia, que seja editada Portaria ou mesmo firmado um protocolo de ação (um convênio simplificado) com objetivo de controle das informações gerenciais sobre o andamento do projeto/ação, por parte do descentralizador (acompanhamento de cronograma de execução, controle de qualidade etc). A prestação de contas global anual do órgão receptor do destaque compreenderá todos os gastos do mesmo, inclusive dos valores recebidos em destaque.

5. Assim, no caso de destaque (entre órgãos da administração pública federal), inexistente necessidade de consulta ao CADIN e de certidões. ‘pois ambos integrantes da administração pública federal e traz como vantagem a desburocratização do processo como prestação de contas que será feita, na época própria pelo órgão receptor do destaque que, na execução da despesa, contabiliza-a à conta do programa destacado.

6. A personalidade jurídica dos órgãos federais é da União e não do Ministério A ou B.

32 RIBEIRO, Jorge Miranda. Curso Avançado de convênios da União: teoria e prática. Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 40.

33 Trecho extraído do Acórdão 1.771/2009 de 12 de agosto de 2009 publicado no site <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>, acesso em 10/10/2016.

A Portaria Interministerial n. 507 de 24 de novembro de 2011, traz a seguinte definição sobre o termo de cooperação:

XVIII - termo de cooperação - instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão ou entidade da Administração Pública *Federal para outro órgão federal da mesma natureza ou autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente* (alterada pela Port. n° 342, de 05/11/2008).

A mesma portaria veda a utilização de convênios nos ajustes entre órgãos ou entidades da administração pública Federal, conforme inciso III do art. 6º. Desta maneira, o acordo de vontades entre órgãos e entidades da mesma esfera de Poder se constitui termo de cooperação.

7.4 TERMO DE PARCERIA

Antes de adentrarmos no conceito formal dos termos de parceria torna-se imperioso falar sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, instituídas pela Lei n. 9.790/1999 de 23 de março de 1999.³⁴ Essas organizações exercem atividades não exclusivas do Estado e como disposto na lei possui uma ou mais das seguintes finalidades: promoção da assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação; promoção gratuita da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; e estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações

³⁴ Lei n. 9.790/1999 de 23 de março de 1999 - 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.

e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas na lei.

Embora a Lei das OSCIP's esteja há mais de quinze anos em vigor, muitos desconhecem o que são essas organizações, como acontece a qualificação e qual o vínculo que elas podem estabelecer com o poder público. Constituída juridicamente e reconhecida como OSCIP pelo Ministério da Justiça, a organização da sociedade civil de interesse público estará apta a firmar termos de parcerias com a Administração Pública Federal, Estadual, Distrital ou Municipal a fim de conjuntamente com esta efetivar o alcance dos objetivos ali definidos nas mais diferentes áreas.

É o termo de parceria o documento que impõe os deveres da OSCIP bem como as metas a serem por ela alcançadas enquanto vigorar a parceria com o poder público. Este instrumento tem por característica a preocupação com a eficácia, à eficiência, e visa buscar a transparência administrativa, por via do concurso de projetos antes da celebração do termo de parceria.

O art. 9º da Lei n. 9790/1999 de 23 de março de 1999, traz a seguinte definição sobre o termo de parceria:

Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

É importante ressaltar, que os termos de parceria celebrados com entidades privadas qualificadas como OSCIP são acordos administrativos colaborativos, ajustados entre o poder público e entidades privadas sem fins lucrativos. São acordos utilizados para viabilizar a descentralização administrativa, e têm por função principal, instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil, estando presente em ambos os casos a atividade de fomento por parte do Estado. Cumpre ressaltar, que a OSCIP deve atuar de forma distinta do poder público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas por estas organizações. É importante que tal distinção fique evidenciada, impedindo-se assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam

incentivos para atuar ao lado do ente público, de maneira distinta dele, e não para que substitua tal ente, fazendo às vezes do poder público.

O Termo de Parceria, em consonância com o art. 10º da Lei da OSCIP, deve possuir como cláusulas essenciais: o objeto e a especificação do programa de trabalho; as metas e resultados a serem obtidos e seus prazos de execução ou o cronograma; os critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultado; a previsão de receitas e despesas; a apresentação de relatório anual obrigatório, traçando comparações entre as metas e os resultados atingidos, acompanhado de prestação de contas e; a publicação na imprensa oficial do extrato do termo de parceria e de demonstrativo da execução física e financeira.

É relevante destacar que caso a instituição venha a perder o título de OSCIP, o termo de parceria é rescindido.

8 ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DAS TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS NO ÚLTIMO QUINQUÊNIO

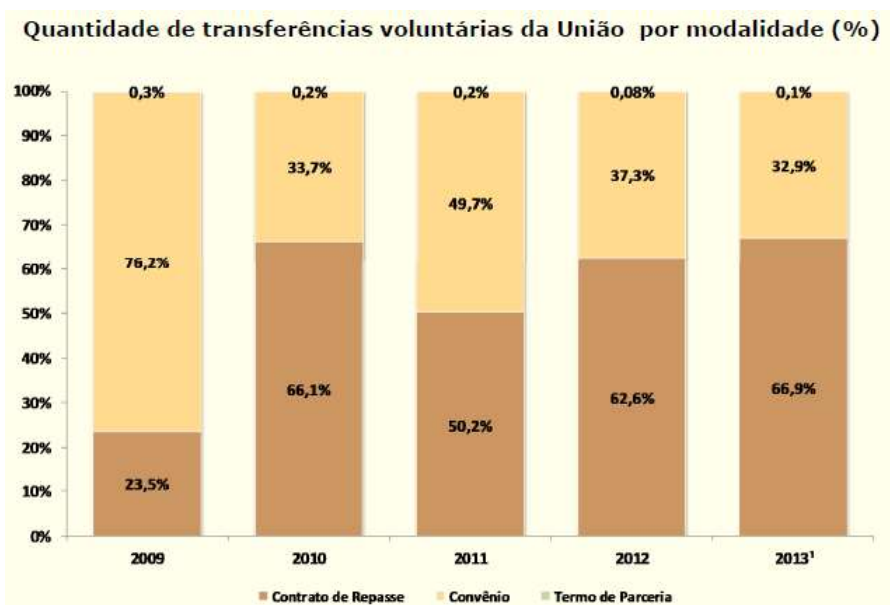
Para entender a importância desta forma de transferência, bem como a crescente demanda tanto por parte da União como por parte dos entes convenentes, há que se debruçarem sobre os montantes e números gerados nos últimos cinco anos (2009 a 2013). Os dados abaixo demonstrados foram extraídos do portal dos convênios do Governo Federal.³⁵

As informações descritas a seguir comparam o desempenho das transferências voluntárias da União no último quinquênio, ou seja, entre 2009 a 2013. Ressalta-se, que, a execução financeira refere-se ao valor efetivamente repassado pelos órgãos aos entes conveniados. Entre janeiro de 2009 a dezembro de 2013, foram realizadas 67.243 transferências voluntárias da União.

Ano	Contrato de Repasse	Convênio	Termo de Parceria	Total
2009	1.637	5.300	19	6.956
2010	19.040	9.694	54	28.788
2011	4.636	4.592	15	9.243
2012	6.774	4.043	9	10.826
2013 ¹	7.652	3.762	16	11.430
Total do Período	39.739	27.391	113	67.243

Fonte: Portal dos convênios do Governo Federal.

Desse total, os contratos de repasses responderam a 59% (39.739 transferências), enquanto os convênios correspondem a 39% (27.391) e os termos de cooperação e termo de parcerias 2% do total (113). Observa-se uma evolução na quantidade de contratos de repasses celebrados. Tal fenômeno pode ser explicado pela dificuldade administrativa e operacional que os ministérios tem enfrentado na operacionalização de convênios uma vez que a falta de servidores nas áreas específicas destes órgãos são cada vez mais evidentes e, com a possibilidade de transferir a responsabilidade operacional a um agente financeiro, fez com que o número de contratos de repasse superasse ao numero de convênios firmados.



Fonte: Portal dos convênios do Governo Federal.

Em relação aos recursos das transferências, o valor de repasse movimentou aproximadamente R\$ 52 bilhões. Desse montante, R\$ 30,5 correspondem aos convênios, R\$ 20,1 bilhões aos contratos de repasse e R\$ 1,4 bilhões aos termos de parceria e cooperação.

³⁵<https://www.convenios.gov.br/portal/informacoesGerenciais>.

Valor das transferências voluntárias da União por modalidade				
Ano	Contrato de Repasse	Convênio	Termo de Parceria	Total
Valor de Repasse				
2009	699.620.200,92	5.794.675.435,57	44.968.670,53	6.539.264.307,02
2010	8.216.189.798,56	8.105.310.349,41	282.787.192,27	16.604.287.340,24
2011	2.033.150.984,10	5.240.954.618,73	90.716.937,53	7.364.822.540,35
2012	3.844.427.019,98	5.330.232.418,02	314.877.774,02	9.489.537.212,02
2013	5.309.823.057,17	5.945.073.055,15	726.191.641,06	11.981.087.753,38
Total Período	20.103.211.060,73	30.416.245.876,88	1.459.542.215,40	51.978.999.153,01

Fonte: Portal dos convênios do Governo Federal.

Do total de recursos destinados às transferências, foram empenhados quase R\$ 45 bilhões e efetivamente liberados em torno de R\$ 25 bilhões, o que representa menos de 50% dos valores destinados. Essa variante deve-se a diversos fatores passando desde a questões de cunho político partidário a questões de ordem técnica e operacional, tanto por parte da União quanto por parte dos entes conveniados. Destaca-se que apesar de o número de contratos ser bem superior ao número de convênios, em montante financeiro, o valor empenhado para celebração de convênios supera o valor empenhado em contrato de repasse em mais de 10 milhões de reais.

Valor Empenhado				
2009	692.986.476,26	5.801.375.785,56	35.863.694,06	6.530.225.955,89
2010	7.915.358.845,47	7.488.656.369,21	276.444.889,90	15.680.460.104,58
2011	1.991.289.064,54	4.536.465.475,96	53.261.765,04	6.581.016.305,54
2012	3.311.185.754,66	3.796.650.691,48	154.006.649,24	7.261.843.095,38
2013	4.455.411.801,83	4.069.524.316,94	315.275.532,62	8.840.211.651,39
Total Período	18.366.231.942,77	25.692.672.639,15	834.852.530,86	44.893.757.112,78
Execução Financeira				
2009	540.238.598,08	4.614.336.224,49	8.280.192,90	5.162.855.015,47
2010	4.552.917.716,14	5.431.444.456,73	260.313.330,64	10.244.675.503,51
2011	773.111.744,16	2.798.319.530,97	36.378.524,10	3.607.809.799,23
2012	746.245.142,61	1.856.441.138,58	154.006.649,24	2.756.692.930,43
2013	508.344.022,00	2.066.622.190,43	270.963.994,99	2.845.930.207,42
Total Período	7.120.857.222,98	16.767.163.541,20	729.942.691,87	24.617.963.456,06

Fonte: Portal dos convênios do Governo Federal.

No período, a Administração Pública Municipal foi a maior beneficiada em relação à quantidade de transferências voluntárias da União. Essa administração realizou 51.106 transferências (76%), seguida das entidades privadas com 9.584 (14%) e a administração pública estadual e o Distrito Federal foram responsáveis por 6.113 (9%). Os outros foram firmados por meio de consórcios e empresa pública/sociedade de economia mista 440 (1%).

Quantidade de transferências voluntárias da União por natureza jurídica						
Ano	Administração Pública Estadual ou do Distrito Federal	Administração Pública Municipal	Consórcio Público	Empresa pública/Sociedade de economia mista	Entidade Privada sem fins lucrativos	Total
2009	846	4.368	2	66	1.674	6.956
2010	1.584	23.402	29	112	3.661	28.788
2011	787	6.832	26	33	1.565	9.243
2012	1.353	8.022	30	41	1.380	10.826
2013	1.543	8.482	13	88	1.304	11.430
Total do Período	6.113	51.106	100	340	9.584	67.243

Fonte: Portal dos convênios do Governo Federal.

Desta feita, os números ora apresentados demonstram de forma inequívoca o qual importante estes instrumentos são para o fortalecimento de políticas públicas e para o desenvolvimento social dos Estados e Municípios do País. Os órgãos da Administração Federal, em vista da impossibilidade de execução todas as ações necessárias ao desenvolvimento do país, tem se utilizado essa ferramenta, como forma de descentralização e atingimento dos objetivos sociais necessários aos cidadãos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou levantar e identificar as principais formas de repasse de recursos financeiro da União aos Estados, Municípios e entidades privadas sem fins lucrativos. As formas de repasse se dividem em três, ou seja, as constitucionais, as legais e as voluntárias. As constitucionais que são as transferências que não dependem de negociações técnicas e políticas uma vez que seus recursos tem sua definição assegurada pela Constituição Federal. Já as transferências legais são as que são regidas por leis específicas que as instituíram e, por esta concepção, tem recursos financeiros assegurados.

Por derradeiro, o trabalho buscou apresentar os ditames legais aplicáveis à descentralização de recursos públicos por meio das transferências voluntárias que são acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros do orçamento da União visando à execução de programas de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, e tenham como partícipes, de um lado, órgão da administração pública federal direta, autarquias, fundação pública, empresa pública ou sociedades de economia mista, e, de outro, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidade privada sem fins lucrativos, as chamadas organizações não-governamentais. A matéria por mais de uma década esteve amparada pela Instrução Normativa n. 1/1997 – Secretaria do Tesouro Nacional, sofreu significativas modificações com a edição do Decreto n. 6.170/2007 e da Portaria Interministerial n. 127/2008, sobretudo com relação às exigências que devem ser cumpridas pelos beneficiários dos recursos federais mediante a utilização do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse, o SICONV. Pelas regras atuais o interessado em firmar instrumentos com a administração pública necessita estar credenciado no SICONV, por meio do qual apresentará sua proposta de trabalho, em conformidade com o programa e com as diretrizes disponíveis no sistema de convênios.

Essa modalidade de transferência se divide em várias formas de instrumentos de repasses. O convênio que são acordos entre as partes com a finalidade comum, as pessoas desempenham atividade-meio preparatórias, auxiliares ou complementares da atividade estatal para o objetivo comum. O contrato de repasse

assemelha-se ao convênio, e é o instrumento administrativo usado na transferência de recursos financeiros via instituição ou agente financeiro público federal que atua como mandatária da União. A instituição que geralmente opera essa modalidade de transferência é a Caixa Econômica Federal. Temos ainda o termo de cooperação que é instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão ou entidade da administração pública Federal para outro órgão federal da mesma natureza ou autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente. Por fim, o termo de parceria é instrumento celebrado com a entidade privada qualificada como OSCIP.

Neste contexto, verifica-se que os instrumentos em questão são de suma importância para o desenvolvimento de políticas de interesse social e econômico. Todavia, com a politização e a falta de critérios técnicos claros e eficientes, essas modalidades, por um período na história, tiveram momentos nebulosos o que levou a necessidade de um novo marco legal para definição de regras e diretrizes visando a melhor eficiência e o correto atingimento dos objetivos a que se propõe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, *Constituição Federal, de 04 de outubro de 1988*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Emenda Constitucional de n. 19, de 4 de junho de 1998*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Lei n. 9.784/1998, de 29 de janeiro de 1998*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Lei n. 12.919, de 24 de dezembro de 2013*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Lei n. 10.219/2001 de 11 de abril de 2001*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Lei n. 8.142/1990 de 28 de dezembro de 1990*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Lei n. 8742/1993 , de 07 de dezembro de 1993*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Lei n. 9.790/1999 de 23 de março de 1999*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Decreto-Lei n. 200/1967, de 25 de fevereiro de 1967*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Decreto-Lei n. 1.881, de 27 de agosto de 1981*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Decreto n. 2.926, de 14 de maio de 1862*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Decreto n. 1.232/1994 de 30 de agosto de 1994*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Decreto n. 7788/2012 de 15 de agosto de 2012*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Decreto n. 1819/1996, de 16 de fevereiro de 1996*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Portaria Interministerial MPOG/MF/MCT 127, de 29 de maio de 2008*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL, *Portaria Interministerial MPOG/MF/MCT 507, de 24 de novembro de 2008*. República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Convênios e outros repasses/Tribunal de Contas da União – 2. ed. Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores. São Paulo 26ª Ed. 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo Ed. Atlas, 2003.

FILHO, José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo*, 25ª Edição, 2012, Ed. Atlas S.A.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 8ª Ed., São Paulo, Dialética 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1996, São Paulo Ed. Malheiros.

CANDEIA, Remilson Soares. *Convênios Celebrados com a União e suas Prestações de Contas*. São Paulo, NDJ, 2005.

RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso Avançado de convênios da União: teoria e prática*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2010.

Acórdão 2066/2006 – TCU, de 28 de novembro de 2006, publicado no *site* <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>, acesso em 10/10/2016.

Decisão 686/1998 - TCU, – Plenário de 07 de outubro de 1998, publicado no *site* <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>, acesso em 10/10/2016.

Acórdão 1.771/2009 - TCU, de 12 de agosto de 2009, publicado no *site* <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>, acesso em 10/10/2016.

Acórdão 005/2003 - TCU, – 2ª Câmara de 23 de janeiro de 2003, publicado no *site* <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>, acesso em 10/10/2016.

<http://www.portaltransparencia.gov.br/glossario/DetailGlossario>, acesso em 10/10/2016.