

FUNDOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Flavia Moraes Barros Michele Fabre

Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Mestre e Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Introdução

O presente estudo tem por objeto os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, que constituem uma das diretrizes da política de atendimento através das quais recursos são obtidos das mais diversas fontes previstas em lei (mas prioritariamente, de dotações do Poder Público e de doações feitas por pessoas físicas e jurídicas) e destinados especificamente para a área da criança e do adolescente.

Sua análise é relevante na medida em que, por meio dos recursos deles oriundos, são implementadas as políticas públicas para o setor infanto-juvenil traçadas pelos Conselhos de Direitos. É via recursos dos Fundos que diversas entidades privadas recebem repasses para a realização de seus programas e é também por meio desse que se pode verificar se o que está sendo feito na prática reflete efetivamente as necessidades aferidas pelos Conselhos.

Com efeito, tratar de Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente implica adentrar na análise de uma série de questões bastas vezes conflituosas: o grau de desenvolvimento e autonomia dos Conselhos de Direitos em face tanto do Estado como das entidades privadas que lhes apresentam projetos; a efetividade do controle social hoje exercido durante o ciclo orçamentário e na fase de execução de programas; a efetividade das políticas públicas estabelecidas pelos Conselhos; a importância da participação democrática e da evolução da sociedade civil; os aspectos negativos e positivos do uso dos fundos como instrumentos de vinculação de recursos à área da criança e do adolescente.

Nesse passo, no Capítulo 1 veremos as principais características atinentes aos Fundos Especiais, modalidade de gestão de recursos públicos dos quais os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente são espécie.

Traçado seu regime jurídico geral, o Capítulo 2 destina-se especificamente à análise dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, com ênfase especial no estudo das fontes de receitas que os compõem; bem como nos parâmetros a serem obedecidos por ocasião da aplicação de seus recursos, com especial ênfase a alguns aspectos dos convênios com repasses de recursos oriundos dos Fundos a entidades privadas e as implicações decorrentes da natureza pública dos valores por essas manejados.

Por fim, temos na conclusão a síntese do que foi veiculado nessa monografia, principalmente no que concerne à importância da boa gestão do Fundo e do desenvolvimento da democracia participativa, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas tão somente de fomentar o debate sobre a questão.

1 Fundos Especiais

Os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente surgiram com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente a partir da constatação de que seria necessária a vinculação específica de receitas do orçamento a fim de garantir que a prioridade absoluta¹ a ser dada a essas pessoas em desenvolvimento seria realmente efetivada.

A criação dos fundos é, com efeito, um dos instrumentos de concretização do princípio da prioridade absoluta, o qual, segundo a alínea “d”² do parágrafo único do artigo 4º da lei nº 8.069/90, compreende a “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

Nesse passo, previu o artigo 88, inciso IV³ do Estatuto a obrigatoriedade de instituição de fundos nacionais, estaduais e municipais como uma das diretrizes de atendimento da criança e do adolescente, sendo tais fundos geridos politicamente por Conselhos de Direitos, isto é, por conselhos gestores de políticas públicas, formados paritariamente por membros da sociedade civil e do Poder Executivo, os quais decidirão acerca do destino a ser dado aos recursos lá existentes. O estudo dos principais aspectos atinentes a esses fundos é o objeto do presente trabalho.

Prodromicamente, todavia, antes de adentrarmos ao estudo propriamente dito dos fundos da infância e adolescência e suas peculiaridades e polêmicas, faz-se necessária a análise da natureza e do regime jurídico desses fundos.

A compreensão de alguns importantes aspectos financeiros de sua peculiar forma de gestão nos permitirá uma análise mais acurada dos acertos e desacertos encontrados hoje nos numerosos fundos da criança e do adolescente existentes no país; bem como nos municiará na aferição da pertinência ou não de algumas críticas que têm sido feitas a esse

¹ O princípio da prioridade absoluta tem guarida constitucional no artigo 227, que assim estabelece: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

² Art. 4º, § único, alínea “d” lei nº 8.069/90 – “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

³ Art. 88 da lei nº 8.069/90 – “São diretrizes da política de atendimento:

[...]

IV – manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente”.

instituto como instrumento garantidor de verbas para essa área, até mesmo com o questionamento de sua hodierna serventia.

Dando início à análise específica sobre o instituto dos fundos no âmbito do direito administrativo e financeiro, cabe indagar qual a natureza jurídica do fundo de direitos da criança e do adolescente.

Fundo financeiro é toda reserva de receita para aplicação em determinada seara prevista em lei. É derivada do latim *fundus* (fundo, base, bens de raiz) e, dentre os diversos significados que possui, consta no conhecido Vocabulário Jurídico, de De Plácido e Silva, que, quando utilizado no plural, a palavra fundos “é aplicada como *haveres, recursos financeiros*, de que se podem dispor de momento ou postos para determinado fim, feita abstração a outra espécie de bens”⁴. (grifo do autor)

Deveras, tendo em vista a importância em garantir recursos para o atendimento de um relevante fim, a lei prevê a vinculação específica de determinadas receitas ao atendimento do mesmo. Contudo, o que se nota ao estudar o tema, é que paira verdadeira balbúrdia no tratamento dos fundos, a começar pela própria nomenclatura que lhe é dada.

Como bem asseverou Oswaldo Maldonado Sanches, em artigo minucioso e esclarecedor sobre a evolução dos fundos na administração pública brasileira, suas principais modalidades atuais⁵ são pouco precisas e lhes é dedicado parco espaço de análise, seja na literatura técnica de finanças públicas, seja na literatura jurídica. Diz o citado autor que:

[...] o principal problema é que as normas de direito público – constitucionais, legais e regulamentares – se referem aos fundos, fundos especiais, fundos especiais de natureza contábil, fundos especiais de natureza financeira, fundos de natureza contábil, fundos rotativos, fundos fiscais, fundos contábeis de instituições financeiras, fundos orçamentários, fundos de reserva e fundos de garantia como se cada um desses

⁴ *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 644.

⁵ Suas modalidades mais conhecidas são os fundos de natureza contábil e os de natureza financeira, previstos de forma expressa no decreto nº 93.872/86. Basicamente, ambos são sacados contra o Tesouro Nacional. “A diferença que se percebe repousa no campo de aplicação dos recursos do fundo já que, no primeiro caso, o decreto não especifica o beneficiário dos recursos do fundo; no segundo, a receita do fundo tem endereço certo, isto é, estabelecimentos oficiais de crédito. Daí porque na administração federal, pode-se considerar que os fundos contábeis, apesar de causarem o mesmo efeito nas contas públicas, isto é, são sacados contra a mesma fonte, possuem abrangências distintas. Os fundos contábeis poderão se destinar a qualquer programa governamental de apoio políticas públicas sociais ou de interesse econômico. Os fundos financeiros, por sua vez, atrelam-se aos depósitos feitos em instituições financeiras oficiais” (NUNES, Clécio Santos. Os Fundos Especiais. In: CONTI, José Maurício (coord.). *Orçamentos públicos: A lei nº 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 214).

designativos tivesse caracterização legal (ou doutrinária) precisa e diferenciada das demais, o que na verdade não ocorre⁶.

No presente trabalho, tendo em conta que seu objeto é especificamente o estudo dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, não trataremos detalhadamente de cada tipo de fundos, até porque as classificações existentes são falhas e variam segundo cada autor. Isto não impedirá, entretanto, que sejam explicitadas em notas explicativas dados importantes a respeito dos fundos de modo geral, principalmente no que concerne aos fundamentos históricos que ensejaram seu surgimento e qual seu perfil atual.

Destarte, nos ateremos aos chamados Fundos Especiais, mais especificamente aos de natureza financeira, que nada mais são do que instrumentos de gestão financeira dos quais lançam mão os administradores públicos para realizarem determinados objetivos da Administração Pública, ligados à política econômica, social, administrativa ou à manutenção de serviços ou órgãos públicos que exigem um tratamento diverso do aplicável às demais atividades.

Por se tratar de uma gestão especializada, como se verá a seguir, a lei permitiu (não obrigou) a adoção de normas jurídicas que estabeleçam procedimentos de execução mais maleáveis do que aqueles destinados à aplicação para atos da gestão orçamentária, financeira, patrimonial e operacional em geral.

Os fundos relacionam-se a programas de trabalho ou a finalidades a tal ponto específicas e relevantes, que necessitam da garantia de um fluxo contínuo de recursos, destacados do caixa único. Sua previsão constitucional encontra-se inserta no inciso II⁷ do § 9º do artigo 165, que estabelece caber à lei complementar o estabelecimento de normas que regulem a instituição e o funcionamento de fundos.

Essa lei complementar de que trata a Constituição Federal, todavia, ainda não foi editada, a despeito de já decorridos mais de vinte anos de vigência de sua previsão. Tal lamentável lacuna, que leva até a que alguns doutrinadores considerem que todos os fundos criados após⁸ o advento da Constituição seriam inconstitucionais⁹, traz enormes dificuldades

⁶ SANCHES, Oswaldo Maldonado. Fundos Federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 154, p. 269-270, abr./jun. 2002.

⁷ “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

§ 9º - Cabe à lei complementar:

[...]

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos”.

⁸ Valendo lembrar que o artigo 36 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias extinguiu todos os fundos que não fossem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos a contar da promulgação da Constituição, com exceção daqueles resultantes de isenções fiscais que passassem a integrar o patrimônio privado e os que interessassem à defesa nacional. Essa norma, porém, acabou não sendo implementada no prazo estabelecido, pois até o final de 1990, o Congresso Nacional tinha retificado apenas doze fundos. Tendo em vista a impossibilidade de ratificá-los a

para o estabelecimento de um regime jurídico mais claro a regê-los, posto que a ausência de lei tratando especificamente das condições para a instituição e o funcionamento dos mesmos leva à aplicação até os dias atuais dos sucintos artigos 71 a 74 da lei nº 4.320/64, certamente insuficientes para a escorreita regulamentação de instituto que acabou por se proliferar no Brasil¹⁰.

De todo modo, a falta da citada lei complementar não constitui óbice à legalidade dos fundos hoje existentes. Isso porque o Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 1726/DF, decidiu que a lei nº 4.320/64 foi recepcionada pela Constituição Federal com *status* de lei complementar, o que supre a determinação constitucional inserta no inciso II, do § 9º do artigo 165 da Constituição Federal.

tempo e a necessidade premente de se evitar que as operações de diversos fundos então existentes caíssem na ilegalidade, incluiu-se na lei nº 8.173/91 – lei que instituiu o Plano Plurianual para o período de 1991-1995 – artigo de constitucionalidade duvidosa recriando os fundos extintos, e que assim estabelecia: “Art. 6º - São recriados temporariamente, no período abrangido por essa lei, todos os fundos constantes dos Orçamentos da União para 1990 e 1991, extintos nos termos do artigo 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mantidas suas denominações e respectiva legislação na data de sua extinção”. Desse modo, foram “legitimados” 39 fundos, sendo que nos anos seguintes vários desses fundos (que, somando os 12 ratificados pelo Congresso Nacional, 03 recriados por leis específicas, 08 de interesse da defesa nacional e de incentivos fiscais e os 05 criados pela Constituição Federal, totalizavam 67 no ano de 1991) foram extintos ou tornados inativos. Essa tendência de redução se verificou até 1999, quando novamente temos a criação de diversos fundos pelo governo, retomando e ampliando o uso desse instrumento nos anos seguintes. Embora a constitucionalidade desse artigo de lei tenha sido aventada, o fato é que nenhuma ADIN fora interposta e os fundos tiveram sua vigência estendida, até o advento da Lei nº 9.276/96, dentre outras.

⁹ É o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao tratar do famigerado Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas assevera que: “A saber: não podem ser instituídos novos fundos enquanto não sobrevier a lei complementar prevista no artigo 165, § 9º, II da Constituição, de acordo com o qual a ela compete “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da Administração direta e indireta bem como *condições para a instituição e funcionamento de fundos*”. Enquanto não forem definidas tais condições pelo aludido instrumento legislativo, é óbvio que não há como instituí-los. Isto é particularmente claro ao se cotejar o dispositivo com o estatuído no art. 36 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Este determinou – com ressalva de duas hipóteses perfeitamente estranhas a fundos garantidores de parcerias – a extinção de todos os até então existentes, admitindo apenas a sobrevivência dos que, dentro de dois anos, fossem ratificados pelo Congresso Nacional. Não consta que até agora isto haja ocorrido em relação a qualquer fundo extingüível. Eis, pois, que a Constituição encarou os fundos com certa prevenção, e entendeu necessária a adoção de cautelas especiais em relação a ele: a prévia estatuição, em lei complementar, de condições para que pudessem ser instituídos e para seu funcionamento, como consta do mencionado art. 165, §9º, II; de sorte que, antes disto, não há lugar para o surgimento de novos fundos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 782).

¹⁰ Na verdade, como nos relata Oswaldo Maldonado Sanches, as vinculações de receitas e os fundos especiais são relativamente antigos no setor público brasileiro, mas se tornaram efetivamente populares em razão dos artigos 71 a 74 da lei nº 4.320/64 e do artigo 172 do Decreto nº 200/67, que legitimaram esse instituto como instrumento de dinamização da administração pública numa época em que existia demasiada centralização no processo de execução das despesas públicas, o que era agravado pelas limitações dos meios de comunicação e de informática (Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, p. 272)

Vejamos o que diz a ementa da ADI-MC 1726/DF¹¹:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.061, DE 11.11.97 (LEI Nº 9.531, DE 10.12.97), QUE CRIA O FUNDO DE GARANTIA PARA PROMOÇÃO DA COMPETIVIDADE - FGPC. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 62 E PAR. ÚNICO, 165, II, III, §§ 5º, I E III, E 9º, E 167, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO. 1. **A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 4.320, de 17.03.64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar;** embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie: a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei nº 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei nº 4.320/63; b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei. 2. **A exigência de prévia autorização legislativa para a criação de fundos, prevista no art. 167, IX, da Constituição, é suprida pela edição de medida provisória, que tem força de lei, nos termos do seu art. 62.** O argumento de que medida provisória não se presta à criação de fundos fica combatido com a sua conversão em lei, pois, bem ou mal, o Congresso Nacional entendeu supridos os critérios da relevância e da urgência. 3. Não procede a alegação de que a Lei Orçamentária da União para o exercício de 1997 não previu o FGPC, porque o art. 165, § 5º, I, da Constituição, ao determinar que o orçamento deve prever os fundos, só pode referir-se aos fundos existentes, seja porque a Mensagem presidencial é precedida de dados concretos da Administração Pública, seja porque a criação legal de um fundo deve ocorrer antes da sua consignação no orçamento. O fundo criado num exercício tem natureza meramente contábil; não haveria como prever o FGPC numa Lei Orçamentária editada nove antes da sua criação. 4. Medida liminar indeferida em face da ausência dos requisitos para a sua concessão, não divisados dentro dos limites perfunctórios do juízo cautelar. (grifos nossos)

Com efeito, apesar de toda a insuficiência no trato normativo da matéria, constituem os artigos 71 a 74 da lei citada o fundamento legal geral dos fundos especiais, ou seja, são esses os dispositivos legais em que os fundos encontram sua principal guarida, dele se podendo aferir uma série de aspectos que necessariamente devem ser observados no trato desse instituto, que a seguir são discriminados topologicamente para análise mais sistemática de suas principais características.

Os citados artigos assim dispõem:

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a turnos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

¹¹ Note-se que, por essa decisão, o STF passa a aceitar que a criação de fundo se dê inclusive por meio de medida provisória.

Com base nos artigos acima transcritos e no que estabelece a doutrina e jurisprudência, embora diversas questões restem em aberto, podemos elencar como características elementares dos fundos especiais os seguintes aspectos:

1.1. Dependência de previsão na Constituição ou na lei

Os fundos especiais devem ter sua previsão na própria Constituição ou em lei, até porque constituem forma absolutamente excepcional de vinculação de receitas. É o que diz o inciso IX do artigo 167 da Constituição, ao estatuir ser vedada “a instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa”.

Isto significa que não podem ser criados por decreto ou regulamentos, em razão de expressa vedação constitucional.

Como bem ponderado por Régis Fernandes de Oliveira:

Observa-se que alguns fundos foram instituídos por preceito constitucional, outros por lei ou mediante decreto ou resolução, criando balbúrdia legal em torno dos fundos. Como se cuida de vinculação de recursos, a rigor, apenas pode existir vinculação exceptiva de disposição constitucional. No entanto, a própria Constituição admite outros fundos por constituição legal. No mais, quando se fala em Fundo, em verdade, cuida-se de mera distribuição de receitas para atender a determinadas finalidades, sem que se possa falar, tecnicamente, em Fundo¹².

A lei deve prever quais as receitas estarão vinculadas ao Fundo, determinar qual a sua finalidade e estabelecer normas peculiares sobre a maneira como serão empregados os recursos, qual a destinação dos recursos e a qual órgão está vinculado, o que consequentemente implica na impossibilidade de que se deixe a um decreto a incumbência de estabelecer tais parâmetros.

Em outras palavras, caberá à lei – e somente a ela - designar quais os recursos serão destinados especificamente ao fundo criado, qual a finalidade a ser perseguida com sua criação e como ela se instrumentalizará, o que implica a necessidade de estabelecimento do órgão a que estará vinculado, o modo de gestão dos recursos e, primordialmente, a expressa previsão das áreas objeto de aplicação das verbas que compõem o fundo (por exemplo, no caso dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, a finalidade é a destinação prioritária de recursos para as áreas relacionadas com a infância e juventude, mas cabe à lei designar expressamente quais são essas áreas, devendo necessariamente observar a disposição contida no § 2º do artigo 260 da lei nº 8.069/90, que estatui a aplicação necessária de percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda de criança ou adolescente,

¹² OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 278.

órfão ou abandonado, designar prioritariamente recursos do fundo para o atendimento de políticas públicas voltadas para esse fim)¹³.

Ademais, a lei de criação do fundo é sempre de iniciativa do Poder Executivo, pois é ele que detém competência para planejar e coletar receitas sendo que a regulamentação do fundo acontecerá mediante Decreto Executivo.

1.2. Imprescindibilidade do elemento financeiro

Não se pode conceber um fundo sem a existência de certa soma de recursos posta à disponibilidade dos fins a que este se destina alcançar¹⁴.

Essa é uma das razões pelas quais, em havendo fundo cujos recursos são compostos tanto de verbas públicas como privadas, o Poder Executivo não pode deixar de prever destinação de receitas para o fundo sob o argumento de que as finalidades poderão ser atendidas tão somente através das doações efetuadas pelas entidades particulares¹⁵.

Uma vez que não há obrigação *ex lege* de doação do ente privado, sendo mera faculdade sua fazê-lo ou não, existe a possibilidade de que os recursos advindos dos particulares sejam inexistentes ou absolutamente insuficientes, o que deixaria o fundo sem recursos em caso de falta de destinação de receitas oriundas do próprio Poder Público para atendimento das finalidades para as quais o fundo foi instituído¹⁶.

Temos, destarte, que o Poder Público não pode abster-se de destinar recursos para o fundo sob qualquer argumento. A questão, entretanto, não é exatamente essa¹⁷. O maior tormento hoje existente refere-se não a previsão de recursos a serem aplicados nos

¹³ Apenas para tornar mais claro, não basta que a lei estabeleça que aos fundos devem ser destinados os recursos especificamente ali elencados para o atendimento prioritário à criança ou adolescente. Impõe-se, ainda, que a lei estabeleça quais as áreas serão objeto de designação de recursos. Não por outro motivo temos em minuta de Resolução do Conanda submetida à Consulta Pública, e que estabelece Parâmetros para a Criação e Funcionamento dos Fundos Nacional, Estadual, Distrital e Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, previsão no inciso I de seu artigo 16 de que a principal fonte de recursos dos fundos seja a dotação do próprio Poder Público.

¹⁴ AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei nº 4.320 comentada ao alcance de todos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 372.

¹⁵ Embora o que tenhamos ainda hoje em muitos municípios é a previsão facultativa de recursos para os Fundos de Direito da Criança e do Adolescente, sem que exista qualquer obrigatoriedade prevista em lei a determinar que o ente público preveja em sua lei orçamentária recursos próprios dirigidos aos fundos.

¹⁶ Ao tratarmos especificamente dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, estas e outras questões serão analisadas de modo mais profundo, não sem antes passarmos pelas diversas etapas de efetivação do ciclo orçamentário, o que nos permitirá constatar o difícil jogo político existente em torno a votação e da execução da lei orçamentária.

¹⁷ Apesar de, como já dito, ainda hoje encontrarmos entes que não prevêm em suas leis orçamentárias a destinação de quaisquer recursos aos fundos, o que tem ensejado a propositura de ações pelo Ministério Público, em geral com ganho de causa.

fundos, mas qual o montante (a determinação do *quantum*) dos mesmos e, após, ainda que com toda a previsão orçamentária estatuída na lei, se essa autorização acabará se concretizando na prática na fase de execução orçamentária.

Como será visto ao tratarmos das receitas dos fundos advindas do Poder Público, os valores a serem repassados aos fundos são deliberados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo por ocasião da aprovação da lei orçamentária (ou pela abertura ulterior que créditos adicionais). Esse ciclo orçamentário ocorre mediante processo árduo de negociação dos vários atores envolvidos, que travam relações de força a fim de terem contemplados na lei orçamentária recursos para os mais diversos segmentos que são por eles defendidos. Daí a necessidade incontestável de compreensão e controle social desse processo, a fim de que as demandas sociais sejam fielmente refletidas na escorreita alocação dos recursos orçamentários.

1.3. Integram o orçamento do ente a que estejam vinculados

A previsão de extinção dos fundos anteriores à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevista de modo geral no artigo 36 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (excetuadas as hipóteses previstas naquele dispositivo), dá bem a medida de quão perniciosos foram os efeitos da criação de fundos para a gestão racional da máquina pública¹⁸.

Sua proliferação desmedida – potencializada pela criação expressiva de entes da administração indireta – gerou dificuldades imensas de controle das contas públicas. Não por outra razão, observa-se na Constituição Federal de 1988 um claro endurecimento no tratamento a ser dispensado aos fundos.

De fato, a Constituição não chegou a proibir a criação de fundos, mas condicionou sua criação ao cumprimento de quatro condições: 1) a não utilização da receita de impostos, em razão da previsão contida no inciso IV do artigo 167 da CF/88; 2) a necessidade de autorização legislativa para sua criação (inciso IX do artigo 167); 3) que as condições para a instituição e funcionamento dos fundos fossem fixadas em lei complementar (inciso II, § 9º do artigo 165 da CF/88) e, por fim, **4) que a programação do fundo conste**

¹⁸ Os aspectos negativos para o controle e gestão dos recursos acabaram por gerar a reação dos órgãos de planejamento e controle já em meados da década de setenta, ao ponto da Secretaria de Orçamento Federal promover estudos para a análise da situação dos fundos federais com a propositura de normas que limitassem sua utilização a situações muito especiais. Os levantamentos realizados pela SOF ofereceram importantes subsídios aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, consolidando a tese da inadequação dos fundos como instrumentos de programação e execução dos gastos públicos, ressalvados seu emprego em casos muito especiais. Daí a redação dada ao artigo 36 da ADCT, que acabou sendo depois tornado praticamente sem efeito por mera lei. Apesar de todo esse histórico negativo, excetuado o curto período de no máximo uma década após o advento da Constituição Federal, em que se constata a redução na criação ou manutenção de certos fundos, observa-se o ressurgimento e difusão gradual e crescente desse instituto, cuja utilização vem aumentando no decorrer dos anos e que, se apresentou melhora pelas balizas criadas pela Constituição de 1988 e pelas normas criadas pelos órgãos de controle, remanesce com pouca regulamentação e com diversas questões críticas ainda por serem abordadas.

da lei orçamentária anual do ente ao qual esteja vinculado, na forma indicada na lei de diretrizes orçamentárias (art. 165, § 2º).

Nesse momento, é o quarto preceito aludido que nos interessa, pois embora já existisse determinação semelhante contida no artigo 72 da lei nº 4.320/64, as dotações destinadas aos fundos não estavam discriminadas de forma clara no orçamento do ente com o qual mantém vínculo.

Mais uma vez socorremo-nos das ponderações de Oswaldo Maldonado Sanches¹⁹, que assim consignou a respeito do tema:

Quanto à “inclusão da programação do fundo na lei orçamentária anual (LOA), na forma indicada pela LDO”, constitui uma das principais mudanças em relação à ordem legal anterior a 1988. No período de 1965 a 1989, a inclusão da programação de fundos nos orçamentos foi regida por diversas orientações, porém sempre sob o entendimento de que a execução de despesas por meio de fundos especiais, só poderia ocorrer no contexto da lei orçamentária. De 1965 a 1972, embora já vigentes as normas da Lei nº 4.320/64 – cujo art. 72 estabelece que “a aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais” – as dotações destinadas aos fundos, ressalvadas algumas exceções, não constavam de forma perceptível nos Orçamentos, sendo tais identificáveis apenas por codificações técnicas. Essa situação se modifica, em parte, a partir da Lei Orçamentária de 1973, quando na nova estruturação da Lei de Meios – formalizada no ano seguinte para uso pela União, Estados e Municípios, pela Portaria nº 9/74 do Ministro de Estado do Planejamento – a programação de cada fundo passa a ser explicitada, sob a forma de projetos (dotações globais de contribuições a fundos) no “Programa de Trabalho” do órgão supervisor. *Porém, apenas com as normas da Carta de 1988 é que se avança no sentido de promover uma mais clara identificação das realizações a cargo dos fundos nos Orçamentos. Para tanto, estes passam a ser caracterizados, a partir da LOA de 1990, como unidades orçamentárias (nos termos do art. 14 da Lei nº 4.320) da administração direta do Ministério ou órgão supervisor a que se vinculam.*

Portanto, existem duas grandes diferenças no processo atual de programação dos fundos especiais, em relação à situação vigente até 1988: 1) a clara identificação dos fundos nas Leis Orçamentárias; 2) a exigência de apropriado detalhamento programático das despesas, uma vez que foi suprimida a norma da Constituição anterior (art. 62, §1º) que facultava a previsão dos gastos dos fundos sob a forma de dotações globais e seu detalhamento posterior por meio de orçamentos próprios. (grifo em negrito nosso)

Note-se que, ao determinar a consignação da programação dos fundos especiais na lei orçamentária da entidade ao qual esteja vinculado, viabilizou-se certo controle dos recursos orçamentários como um todo, na medida em que a caracterização do fundo como unidade orçamentária do órgão que o criou permite de certa forma contornar a segregação advinda aparente exceção ao princípio da unidade de tesouraria²⁰.

¹⁹ Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, p. 284-285.

²⁰ Art. 56 da Lei nº 4.320/64 – “O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais”.

Deveras, ainda que o Brasil tenha adotado o sistema misto de gestão de recursos financeiros, ou seja, por caixa único e por fundos especiais regulamentados, sua previsão como unidade orçamentária do órgão a que esteja vinculado, com o devido detalhamento posterior por meio de orçamentos próprios, por certo aumentou consideravelmente o grau de transparência²¹, facilitando a atuação dos órgãos de controle²².

Ademais, a obrigatoriedade de previsão em lei orçamentária enseja a submissão aos princípios gerais que regem o orçamento. São eles:

1.3.1 Princípio da Universalidade

O princípio da universalidade preceitua que todas as receitas e despesas estejam previstas na lei orçamentária. Está consignado no artigo 165, § 5º da Constituição Federal, em que se determina a necessidade de que a lei orçamentária compreenda: “I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

Os Fundos têm sua previsão no orçamento fiscal e não configuram exceção ao princípio em questão, justamente em razão da previsão do artigo 72 da lei nº 4.320/64. Por ele se exige que não haja compensação ou confusão entre gastos e recursos, de modo que tanto uns quanto os outros sejam elencados na peça orçamentária em seu estado bruto, sem qualquer tipo de dedução.

1.3.2 Princípio da anualidade

Esse princípio estabelece que o orçamento deva ser atualizado todos os anos, de sorte que para cada ano temos um orçamento, nos termos do artigo 165, inciso III²³ da Constituição.

Todavia, cabe aqui alertar para o fato de que há quem diga que a anualidade não pode mais ser considerada como princípio na Constituição Federal. Nos dizeres de Régis Fernandes de Oliveira:

Em verdade, não há princípio, antes periodicidade do orçamento, pois é importante que haja um termo inicial e final dos gastos e receitas públicas. Inclusive para controle por parte da população. Tal princípio está hoje ultrapassado, porque, ao

²¹ Ainda que não tenha resolvido por completo a questão, como veremos ao tratar das críticas feitas a esse instituto nos dias atuais.

²² Ademais, na escrituração de suas contas, a disponibilidade de caixa constará de registro próprio, de modo que os recursos vinculados aos fundos fiquem identificados e escriturados de forma individualizada, nos termos do inciso I do artigo 50 da Lei Complementar 101/00.

²³ “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

III - os orçamentos anuais”.

lado do orçamento anual, há o plurianual, denominado “plano”, na Constituição Federal (art. 165, I). Inclusive dentro do orçamento anual há diversos orçamentos (fiscal, de investimento, da seguridade social). Já não se pode tratar a anualidade como princípio²⁴.

1.3.3 Princípio da exclusividade

É o princípio que veda que a lei orçamentária anual contenha dispositivo estranho à previsão de receita e à fixação da despesa, fora as exceções constitucionalmente estabelecidas (abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita). É o que estatui o § 8º do artigo 165 da Constituição Federal, que tem por fim evitar as chamadas caudas orçamentárias ou rabilongos, isto é, a inserção na lei de temas alheios à matéria orçamentária.

1.3.4 Princípio da unidade

A unidade consiste na reunião de todos os gastos dos recursos públicos do Estado num documento único. Como já dito, os fundos não constituem exceção a esse princípio, posto que devem estar previstos na lei orçamentária.

1.3.5 Princípio da não afetação

É princípio que veda, com exceção das hipóteses constitucionalmente previstas, a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Está prevista no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, a seguir mais minudentemente estudado (item 2.6), e tem por base unicamente os impostos. Daí porque se pode afirmar que a vinculação de receita típica dos fundos não poderá ser formada por essa modalidade de tributo.

Trata-se de princípio cujos ditames vêm perdendo paulatinamente na força, visto que grassa na Constituição o número de casos excepcionadores.

Socorrendo-nos mais uma vez de Régis Fernandes de Oliveira, pondera esse autor que:

Vai-se, aos poucos, mutilando o orçamento, voltando-se ao antigo regime das caudas orçamentárias, é lamentável o que vem ocorrendo. A exceção torna-se a regra, e o que deveria ser desenvolvido através de políticas públicas passa fruto de oportunidades momentâneas, ao sabor de acontecimentos fúteis, volúveis e eleitoreiros²⁵.

Esses são, em linhas gerais, os princípios orçamentários mais importantes e aos quais estão também submetidos os fundos, visto que, como já dito, essa modalidade de gestão de recurso deve estar prevista na lei orçamentária, o que impõe a observância de todo arcabouço financeiro-legal que cerca essa peça.

1.4 Estão vinculados a uma finalidade específica e seus recursos não poderão ser utilizados para atender senão ao objeto de sua vinculação

²⁴ *Curso de direito financeiro*, p. 335.

²⁵ *Curso de direito financeiro*, p. 337.

Não se pode pensar em fundo especial que não se destine a uma determinada finalidade, que deve necessariamente estar estabelecida em lei, o que significa que também só por lei poderá ser alterada ou modificada essa finalidade, a qual compreende a realização de objetivos ligados à política econômica, social ou administrativa.

É o que diz o artigo 71 da lei nº 4.320/64 anteriormente transcrito, e o que reitera o § único do artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao dispor que “os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender o objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.

1.5 Não possuem personalidade jurídica nem judiciária, e também não são órgãos

Os fundos não possuem personalidade jurídica, isto é, não titularizam interesses próprios, não tendo direito nem obrigações. Também não são órgãos, na medida em que não sintetizam atribuições do Estado, nem possuem agentes (pessoas físicas) através dos quais seu agir e seu querer sejam expressados. Tanto não são órgãos, que o inciso IV do art. 167 vedou qualquer vinculação de receita de impostos a “órgão, fundo ou despesa”, diferenciando-os de modo evidente. Não possuem nem mesmo personalidade judiciária²⁶, o que significa que não poderão constar no pólo ativo ou passivo de ação judicial.

Não são, portanto, expressão quer de descentralização (na medida em que não possuem personalidade jurídica nem concretização a transferência de execução de uma determinada atividade administrativa a pessoa diferente do Estado), quer de desconcentração (visto que não são órgãos), mas expressam tão somente uma forma de gestão financeira de recursos²⁷.

Nesse passo, vale a pena transcrever algumas palavras de Régis Fernandes de Oliveira sobre o tema:

Ser pessoa jurídica significa ser centro de imputação normativa, isto é, ter vontade, praticar atos, interferir no centro imputativo de outra pessoa jurídica, poder firmar contratos, ir a juízo, etc, mas nada disso faz o Fundo. De outro lado, não pratica atos jurídicos e, pois, não pode ser sujeito ativo ou passivo em relação processual.

[...]

²⁶ Há quem seja contrário à ausência de personalidade judiciária. Nesse sentido, Clécio Santos Nunes, que entende que o fundo especial, tal como ocorre com as chamadas universalidades jurídicas, pode ter capacidade processual ainda que se caracterize como órgão público despersonalizado (NUNES, Clécio Santos. Os Fundos Especiais. In: CONTI, José Maurício (coord.). *Orçamentos públicos: A lei nº 4.320/1964 comentada*, p. 209).

²⁷ Segundo as lições de Heraldo da Costa Reis, são três os tipos básicos de gestão dos recursos financeiros: 1) por caixa único ou fundo geral de valores; 2) por fundos especiais naturais e 3) mista. Esse terceiro modelo é o adotado no Brasil, em que temos a gestão por caixa único convivendo concomitantemente com a gestão por fundos especiais regulamentados, com fundamento no artigo 56 da lei nº 4.320/64 c.c. os artigos 71 a 74 daquela mesma lei. (REIS, Heraldo da Costa; MACHADO Jr., J. Teixeira. *A lei nº 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003)

O fundo é neutro, não tem direito, não cria deveres: nada.

[...]

O gerenciamento do Fundo será efetuado com base na legislação, ficando assegurada a participação da sociedade civil; nenhum administrador poderá sacar contra ele e não pode assumir obrigações em seu nome. Se o Fundo não pode assumir obrigações, nem ninguém por ele e, da mesma forma, não é titular de direito, não há como se lhes reconhecer personalidade judiciária tampouco é de ser feita comparação com outras coletividades que podem sofrer restrições na ordem jurídica e, pois, são dotadas de personalidade judiciária.²⁸

Por aí se vê que os compromissos e contratos arcados com recursos financeiros advindos de fundos especiais não são assumidos diretamente por este, mas pelo ente federado ao qual estejam vinculados. São esses entes dotados de personalidade jurídica que, por vezes representados por seus órgãos, assumirão obrigações que afetarão recursos do fundo. Em hipótese alguma a assunção é feita diretamente por este último.

Importante ressaltar, contudo, que a ausência de personalidade jurídica ou judiciária, e mesmo o fato de que fundo não é órgão, não implica sua desnaturação enquanto unidade orçamentária, atrelada a órgão da Administração Pública ao qual esteja vinculado (nos termos do artigo 14 da lei nº 4.320/64), nem lhe retira a autonomia na deliberação do destino de seus recursos (o que será feito por seu órgão gestor), já que dispõe de receitas vinculadas previstas em sua lei de criação.

A falta de personalidade também não impede que o fundo esteja inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ. Embora possa parecer um enorme contrassenso a inscrição no cadastro de “pessoas” jurídicas de instituto desprovido de personalidade, não é incomum que a Secretaria da Receita Federal do Brasil estabeleça tal obrigatoriedade a entes despersonalizados, tão somente com a finalidade de exercer um controle maior sobre os mesmos.

Exatamente para efeitos de controle, a Instrução Normativa nº 568, de 08 de setembro de 2005, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, determinou no inciso XI do artigo 11 a obrigação de inscrição no CNPJ de “fundos de natureza meramente contábil”²⁹. Tratando-se de fundo de natureza financeira, todavia, não há possibilidade de CNPJ próprio do fundo. É essa última hipótese a aplicável aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente.

Verifica-se, destarte, que os fundos especiais não passam de modalidade de gestão de recursos de natureza contábil ou financeira, tal como já estabelece há muito tempo o Decreto nº 93.872/86. Vejamos:

²⁸ *Curso de direito financeiro*, p. 289.

²⁹ Como veremos ao tratar dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, estes são fundos especiais de natureza financeira, sujeitando-se à obrigatoriedade de movimentação em conta bancária especial em banco oficial e essa conta deve ser aberta em nome do ente ao qual o fundo esteja vinculado.

Art . 71. Constitui Fundo Especial de natureza contábil ou financeira, para fins deste decreto, a modalidade de gestão de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo.

§ 1º São Fundos Especiais de natureza contábil, os constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis, destinados a atender a saques a serem efetuados diretamente contra a caixa do Tesouro Nacional.

§ 2º São Fundos Especiais de natureza financeira, os constituídos mediante movimentação de recursos de caixa do Tesouro Nacional para depósitos em estabelecimentos oficiais de crédito, segundo cronograma aprovado, destinados a atender aos saques previstos em programação específica. (grifos nossos)

Essa natureza de modalidade de gestão de recursos, entretanto, só enseja a impossibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações, dada a sua falta de personalidade jurídica ou mesmo judiciária, mas em nada afeta o controle a ser exercido sobre os recursos que o compõem, nem afeta a vinculação de receitas que o compõem às finalidades para a quais foi constituído.

1.6 São formados por receitas públicas não provenientes de impostos ou taxas e por outras fontes previstas em sua lei de criação

Conforme estabelecido pelo artigo 167, IV da Constituição Federal, é vedada a vinculação da receita de impostos à fundos, ressalvados os casos previstos na própria Carta Magna e que atinem à saúde e educação.

As taxas, por outro lado, referem-se diretamente ao custo para a prestação efetiva ou potencial do serviço público, ou ainda ao exercício do poder de polícia, de modo que, na prática, já estão vinculadas ao custeio dessas atividades, razão pela qual também não servem como receita para os fundos.

Daí a ponderação feita por Flávio C. de Toledo Jr.³⁰:

Nesse sentido, as receitas passíveis de se vincularem ao funcionamento de Fundos Sociais são as que detalhamos em seguida:

- Transferências de Instituições Privadas (doações oriundas de empresas);
- Transferências de pessoas (doações provenientes de pessoas físicas);
- Multa e Juros de Mora;
- Transferências Intergovernamentais (convênios celebrados com a União e os Estados, em decorrência de preceitos estabelecidos em leis especiais);
- Receitas Patrimoniais Imobiliárias (aluguéis, taxas de arrendamento, etc, pagos pelo uso do patrimônio do Município);
- Receitas Patrimoniais Mobiliárias (rendimentos resultantes de aplicação das disponibilidades do Fundo no mercado financeiro);
- Receitas Diversas (renda de eventos realizados com a finalidade de amparar programas de caráter social; feiras livres, etc;

³⁰ *Fundos especiais*: diversas considerações concernentes à administração pública. Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM.

- Indenizações (compensação financeira pela utilização de recursos hídricos, exploração de recursos minerais, extração de petróleo etc; tudo isso, por óbvio, em território municipal).

Como veremos mais tarde ao tratarmos especificamente dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, a sua lei de criação deverá prever as receitas a ela vinculadas, devendo necessariamente ser prevista a possibilidade de doações por pessoas físicas ou jurídicas de que trata o artigo 260 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a previsão de recursos provenientes do Poder Público, na medida em que a alínea “d” do parágrafo único do artigo 4º da lei nº 8.069/90 impõe a estes a destinação privilegiada de recursos públicos para as áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude.

1.7 Eventual saldo remanescente permanece no fundo no exercício seguinte

O artigo 35 da lei 4.320/64 determina pertencerem ao exercício financeiro (que coincidirá com o ano civil, de acordo com o artigo 34) as receitas nele arrecadadas e as despesas nele legalmente empenhadas. Em outras palavras, o dispositivo legal em comento prevê para as receitas o chamado REGIME DE CAIXA, pelo qual pertence ao exercício financeiro toda receita nele arrecadada, não interessando em que época se deu o nascimento da obrigação financeira. Já para as despesas, a legislação adotou o REGIME DE COMPETÊNCIA, estabelecendo pertencerem ao exercício financeiro todas as obrigações legalmente empenhadas. Temos, portanto, a adoção do regime contábil misto no Brasil.

A partir do momento em que a lei orçamentária prevê recursos a uma determinada unidade orçamentária, entende-se que há uma autorização (e não uma imposição) para que sejam efetuadas despesas onerando uma determinada dotação. Quando uma determinada receita pública não é utilizada dentro de um dado exercício financeiro, ela volta ao caixa único e terá a destinação que lhe for dada pela próxima lei orçamentária anual. A previsão contida no artigo 73 da lei nº 4.320/64, portanto, constitui exceção a essa regra geral, pois prevê a transferência no exercício seguinte para o mesmo fundo de eventual saldo remanescente, salvo se o mesmo tiver prazo de extinção ou dispondo a lei de outro modo.

Ou seja: o saldo financeiro positivo do fundo ou o superávit do fundo especial apurado em balanço³¹ se constitui em receita desse mesmo fundo para o exercício seguinte, salvo se houver disposição em lei em sentido diverso.

1.8 Lei poderá instituir normas peculiares de administração

Como já dito anteriormente, a lei poderá fixar normas peculiares de gestão dos recursos existentes nos fundos, determinando: a) especificidade na aplicação dos recursos, b) forma alternativa de controle, prestação e tomada de contas. É o que dispõe o art. 74 da Lei nº 4.320/64.

³¹ Como asseverado por Afonso Gomes Aguiar, “Nas entrelinhas também ficou determinado que a Prestação de Contas dos **Fundos Especiais** deve ser realizada através da elaboração de **Balanços**”. (*Lei nº 4.320 comentada ao alcance de todos*, p. 376)

Deveras, como assente por Afonso Gomes Aguiar, a lei refere-se a normas peculiares, aqui entendidas como regras

[...] a serem aplicadas na execução de seus objetivos, normas estas que deverão instituir procedimentos mais maleáveis e, porquanto, diversos daqueles estabelecidos para a aplicação aos atos administrativos da execução orçamentária em geral. Essas normas peculiares admitidas aos fundos podem ficar estabelecidas na própria lei que os criar, ou em lei específica. Esta admissibilidade de adoção de normas especiais para os fundos tem o objetivo de tornar sua gestão mais simples e desembaraçada, excepcionando-a da forma normal de gestão dos atos em geral. Contudo, é importante dizer que, quando não forem estabelecidas as normas peculiares para aplicação ao Fundo Especial criado, fica sua gestão subordinada aos procedimentos estabelecidos para a execução dos atos, em geral, da mesma natureza.³²

Logicamente, tal possibilidade jamais inibirá a competência específica dos Tribunais de Contas. Na ausência de previsão legal dessas normas peculiares de gestão, ficam os fundos subordinados às regras estabelecidas por lei para o procedimento normal do processamento das despesas em geral.

1.9 O pagamento de despesas deve ser feito mediante ordem bancária ou cheque nominal

O pagamento de despesas do fundo obedece ao pagamento de toda e qualquer despesa pública, ou seja, exige-se a passagem pelas 03 etapas do ciclo orçamentário: Empenho, Liquidação e Pagamento.

O empenho, nos termos do artigo 58 da lei nº 4.320/64, é “ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. Vê-se, portanto, que o empenho não é o ato que paga a despesa efetuada, mas apenas a externalização da vontade da autoridade administrativa competente para ordenar gastos públicos, criando para a Administração Pública uma obrigação de natureza financeira.

A liquidação, por outro lado, consiste no exame a ser procedido quanto à apuração da legitimidade do direito adquirido pelo credor da obrigação, através da análise de documentos comprobatórios do respectivo crédito (artigo 64 da lei nº 4.320/64).

Feita a liquidação de despesa empenhada, é realizado o pagamento, que nada mais é do que “despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga” (art. 64).

Todavia, a fim de viabilizar um controle maior sobre os pagamentos realizados, estabeleceu o art. 74, § 2º do dec-lei nº 200/67 que “o pagamento de despesas, obedecidas as

³² *Lei nº 4.320 comentada ao alcance de todos*, p. 373.

normas que regem a execução orçamentária (Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964), far-se-á mediante ordem bancária ou cheque nominativo, contabilizado pelo órgão competente e obrigatoriamente assinado pelo ordenador da despesa e pelo encarregado do setor financeiro”.

Logo, despesas pagas com recursos oriundos de fundos também devem ser realizadas somente mediante ordem bancária ou cheque nominativo, admitindo-se apenas em hipóteses excepcionalíssimas pagamento de outro modo. Admite-se o uso da figura do adiantamento bancário também para fundos e dentro das hipóteses legais ordinárias.

1.10 Estão submetidos a controle interno e externo

Como já dito anteriormente e previsto pela própria lei, os fundos estão sujeitos a controle do Tribunal de Contas, o que não inibe de forma alguma que também sobre ele seja exercido controle interno ou mesmo o controle social.

Tratando-se de receitas de fundos proveniente de repasses feitos por outros entes público, enquanto os recursos públicos não são repassados de um ente a outro, a competência para a fiscalização caberá ao Tribunal de Contas do ente repassador. Depois de ingresso tais valores no orçamento do outro ente, o Tribunal de Contas competente é o do ente que recebeu os valores. Se no fundo há participação das três unidades federadas na formação do bolo arrecadatório, todos os tribunais de contas são competentes, cada qual em relação aos recursos repassados pelo ente que fiscaliza ordinariamente.

Ademais, há que se ressaltar aspecto fundamental relativo aos recursos que compõem os fundos. Seja de onde vierem, se de dotação pública ou de doação de pessoas físicas ou jurídicas privadas, os recursos ingressados nos fundos possuem natureza pública, ou seja, ao ingressarem nos fundos, passam a ter natureza pública.

Dessa natureza decorre a submissão à normas financeiras de modo geral e, logicamente, aos Tribunais de Contas.

Nesse passo, interessante também ressaltar outro aspecto, que diz com o manejo desses recursos. Seus gestores, uma vez que estarão a gerir recursos públicos, estão sujeitos à lei de improbidade administrativa, e deverão, com o auxílio do órgão da administração direta ao qual estejam vinculados, comprovar o estrito cumprimento, nos contratos e convênios em que foram utilizados recursos oriundos desses fundos, a correlação entre os planos de ação (que estabelece o que se pretende perseguir e como se pretende fazê-lo) e de aplicação (onde se estabelece quanto e com que frequência os recursos devem ser liberados conforme se dê o cumprimento das etapas de um programa) correlacionados.

Dáí se extrai a conclusão, ao menos a nosso ver, de que o mero controle de resultados não pode ser admitido, posto que a análise da congruência ou não entre o plano de ação e de aplicação implica necessariamente o exame dos meios.

Por fim, não há como deixar de consignar mais uma vez a importância do controle social a ser exercido sobre os fundos, para que, tanto na fase de formulação do plano de ação (que, afinal de contas, deve refletir as necessidades primordiais da sociedade), quanto na etapa de efetivação do plano de aplicação, a realização satisfatória dos projetos com recursos oriundos dos fundos seja conseguida.

1.11 Síntese e análise de algumas críticas feitas aos fundos

Como pudemos verificar, os fundos são parcelas de recursos financeiros reservados para determinados fins especificados em lei, os quais devem ser alcançados segundo o plano de aplicação definido pelo gestor, com submissão a controle externo e interno.

Trata-se de mera forma gestão financeira de recursos criada pela lei ou prevista na Constituição. Não possuem personalidade jurídica, de modo que não titularizam direitos ou obrigações. Não são nem mesmo órgãos e sequer possuem capacidade processual. Estão vinculados ao ente que lhes deu ensejo e integram-lhe o orçamento.

Como modo de gestão de recursos que são, lhes é ínsito o elemento financeiro, isto é, a existência de recursos cujas receitas estão definidas na lei para que possam atender a uma determinada finalidade e só a ela.

Essas receitas poderão ser públicas ou públicas e privadas, a depender do que está previsto em lei. De todo modo, suas fontes públicas de recursos não poderão ser provenientes de impostos e, pela própria natureza do tributo, também não serão formadas por taxas.

Por serem receitas com destinação vinculada, a lei geral que atualmente trata dos fundos (a lei nº 4.320/64) autoriza a previsão de normas peculiares de administração desses fundos, o que não implica em ausência de controle, seja ele interno ou externo.

Embora já existissem há tempos, proliferaram no Brasil após o advento da lei nº 4.320/67 e do dec-lei nº 200/67 (com as alterações sofridas pelo dec-lei nº 900/69), com instrumento de aprimoramento gerencial dos recursos, de modo a fugir das amarras bastante centralizadoras da administração existente à época. Seu fim era, portanto, assegurar que para setores considerados relevantes haveria maior facilidade no manejo de recursos, mediante a previsão de sua vinculação *a priori*.

Todavia, seu uso desmedido e pouco criterioso acabou por tumultuar o controle orçamentário. A falta de regras mais específicas (mal de que padece até hoje esse instituto, diga-se de passagem) e, por outro lado, a parca observância dos ditames do artigo 72 da lei nº 4.320/64 (com a obscura e bastas vezes ininteligível descrição dos recursos dos fundos nas leis orçamentárias) culminaram na previsão contida do artigo 36 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que acabou por extinguir os fundos até então existentes, retiradas

as exceções lá previstas, a menos que houvesse a ratificação desses fundos pelo Congresso Nacional.

Ainda, o temor em assegurar um controle mais pungente em relação aos fundos vindouros, gerou por parte do constituinte a previsão de que uma lei complementar viria dispor sobre a criação e funcionamento dos fundos (art. 165, § 9º). A tal lei complementar, todavia, remanesce inexistente, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido na ADI-MC nº 1726/DF, que a lei nº 4.320/64 fora recepcionada – tal como o foi, por exemplo, o Código Tributário Nacional – como lei complementar, de modo que essa lacuna estaria suprida.

Se no momento pós Constituição de 1988 temos um enfraquecimento da figura dos fundos, talvez pelo impacto que seu negativo histórico ainda estava a produzir, esse instituto volta com cada vez mais vigor e a falta de uma feição legislativa mais minudente demanda reflexão.

Já não se tem na Administração uma centralização tal que o justifique como antes. Aliás, experimenta-se justamente o contrário, com o alargamento contundente da noção de Estado Subsidiário.

Seus críticos alegam que a criação de um fundo especial para uma determinada política desobriga os cidadãos de realizarem o acompanhamento do orçamento público como um todo.

Segundo Ana Cláudia C. Teixeira e José César Magalhães Jr,

A avaliação se os gastos são insuficientes ou não só é possível na comparação com os outros gastos do orçamento. Portanto, segundo a opinião dos críticos, uma atenção exclusiva aos gastos do fundo impediria a criação de parâmetros de comparação entre o volume de recursos ali alocado e as previsões do orçamento geral, além de dificultar uma aferição dos recursos vinculados para outras áreas³³.

A gestão por fundos lançaria, portanto, à penumbra a questão da priorização dos gastos públicos com determinadas áreas, restringindo as disputas a um montante de recursos que, em geral, é baixo. Isso induziria à perda de espaço público para a disputa em investimento entre as diversas áreas sociais pelos recursos disponíveis, de modo a limitar a “batalha” pelos mesmos na seara interna de cada área social.

Ademais, os críticos dos fundos especiais alegam que sua criação pode obstar os processos de racionalização administrativa, posto que acabam por estimular a duplicação de rotinas e travar o planejamento de políticas intersetoriais integradas³⁴.

³³ *Fundos públicos e políticas sociais*. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, n. 45, 2002, p.7.

³⁴ *Idem, op.cit.*, p. 8.

Por outro lado, não há como se negar que, para áreas efetivamente relevantes, a existência de fundos especiais configura, de certa forma, fator de segurança de que recursos serão para lá aportados.

De fato, não se pode retirar a importância desse instrumento de gestão das finanças públicas tão somente com base em seu uso abusivo pois, em setores efetivamente importantes, a existência de recursos específicos vinculados facilita o planejamento e o controle do uso dos recursos que o compõem.

Ademais, as críticas primeiras e mais pungentes em relação aos fundos deixaram de existir, na medida em que foi dada concretude aos ditames do artigo 72 da lei nº 4.320/64 e tivemos uma efetiva e mais clara inserção dos fundos na lei orçamentária de seu ente criador.

Especialmente em se tratando de Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, não se pode negar sua importância, consistente em: 1) possibilitar o recebimento de recursos privados, através das doações dedutíveis do Imposto de Renda previstas no artigo 260 da lei nº 8.069/90; bem como de multas provenientes de violações de direitos da criança e do adolescente e, 2) a separação necessária que o fundo possibilita, ao se destacar do “bolo orçamentário” geral e possibilitar que não apenas para as políticas sociais básicas sejam destinados recursos, mas também a setores como programas de proteção e de aplicação de medidas sócio-educativas.

Os fundos da criança e do adolescente devem garantir, como veremos mais especificamente ao tratarmos da aplicação de seus recursos, a implementação de programas e projetos que visem ao atendimento dos direitos ameaçados ou violados de crianças e adolescentes.

Devem custear, ainda, estudos e diagnósticos, formação de conselheiros de direitos e reordenamento institucional. Abarcar, de modo ainda mais prioritário, os órfãos e crianças abandonadas, bem como as crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social.

Ora, por certo todas essas áreas não seriam objeto de previsão orçamentária minimamente razoável caso os fundos não existissem. Sendo cediço que as necessidades são infinitas e os recursos limitados, os recursos seriam destinados praticamente em sua totalidade às políticas sociais básicas e não seria possível o recebimento de recursos de algumas das fontes que hoje contribuem para os fundos da criança e do adolescente.

Nesse sentido, a despeito das relevantes críticas feitas a esse instituto, são inegáveis os aspectos positivos que carrega, de modo que consideramos mais útil a busca pela correção de suas atuais e possíveis falhas, do que defender sua eventual supressão.

2. Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente

Analisados os aspectos gerais dos fundos especiais, dos quais são espécies os Fundos de Direito da Criança e do Adolescente, passemos agora nesse capítulo a tratar especificamente sobre os mesmos: quem faz sua gestão, as receitas que os compõem, em que áreas devem ser aplicados os recursos lá existentes, etc.

Os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente são umas das diretrizes da política de atendimento voltadas à criança e ao adolescente, tal como dito pelo inciso IV³⁵ do artigo 88 da lei nº 8.069/90, estando vinculados aos Conselhos de Direitos, órgãos formuladores, deliberativos e controladores das políticas públicas referentes à infância e juventude.

Deveras, com o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988, temos um salto contundente no controle pela sociedade dos atos da Administração Pública através da atuação de conselhos setoriais representativos não só do governo como também da sociedade civil, em atendimento material à noção de democracia participativa.

É justamente nessa perspectiva que surgiu o artigo 204³⁶ da Constituição Federal que, combinado com o § 7º³⁷ de seu artigo 227, estatui como diretriz de todas as ações governamentais nas áreas da assistência social e da infância e juventude, a participação popular, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Como concreção dessa previsão constitucional tem-se, na área da criança e adolescente, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente³⁸, municipais, estaduais e nacionais.

³⁵ “Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

[...]

IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente”;

³⁶ “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

[...]

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

³⁷ “Art. 227 [...]

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204”.

³⁸ Art. 88, II da lei nº 8.069/90 – “criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais”;

São órgãos autônomos, intersetoriais, que têm basicamente duas funções primordiais: deliberar políticas públicas para o setor da infância e juventude e controlar a implementação dessas políticas, sejam elas levadas à cabo pelo Poder Público ou pelas entidades privadas envolvidas.

Os Conselhos de Direitos da Criança e Adolescente são órgãos colegiados de composição mista e paritária entre representantes da sociedade civil organizada e do governo. São esses membros os responsáveis pela definição das ações governamentais e não governamentais a serem tomadas com vistas à consecução dos deveres previstos no caput do artigo 227³⁹ da Constituição Federal. Determinado pelo Conselho de Direitos a quais áreas serão aplicados os recursos, caberá ao órgão contábil da Administração Pública efetuar apenas a operacionalização do fundo.

Note-se a importância do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente. Suas funções não conflitam com o papel do Poder Executivo, mas exige mudanças tanto na sociedade civil como no governo, posto que demanda o incremento da democracia participativa.

Tendo em vista que o parágrafo único do artigo 4º, alínea “c”⁴⁰ da lei nº 8.069/90, que prevê a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a alínea “d”⁴¹ do mesmo artigo fala em destinação privilegiada de recursos, e que caberá a eles exercer essa atividade de formulação, controlar e execução e gerir os fundos de direitos, seu papel é efetivamente central na seara da criança e adolescente.

Daí a crescente preocupação de que esse órgão colegiado seja efetivamente um fórum de coalização dos anseios sociais, sem que seja dominado pelo setor público e, ao mesmo tempo, sem a criação de verdadeiro oligopólio pelas entidades não governamentais que lá possuem assento.

Essa preocupação é ainda mais contundente quando o tema é a destinação a ser dada aos recursos captados pelos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, não sendo aceitável que tais valores sejam repassados diretamente a entidades sem o devido controle sobre sua utilização e sem a vinculação prévia a programas específicos.

O plano de políticas públicas elaborado pelos Conselhos de Direitos deve servir de parâmetro para a confecção do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes

³⁹ “Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁴⁰ Art. 4º, “c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”;

⁴¹ Art. 4º, “d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), direcionando a aplicação das verbas públicas para a proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Do mesmo modo, o plano de aplicação para os fundos, elaborado também pelos conselhos, são igualmente delineados nesses termos. Mas, como veremos a seguir, a mera previsão na lei não garante sua execução nos moldes em que previstos, e a peça orçamentária anual nem sempre retrata a realidade, posto que possui uma série de aspectos que todam a efetiva aferição da quantidade de recursos que está sendo aplicada num dado setor.

A fim de que possamos ter ao menos uma visão geral dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente em meio a esse universo orçamentário dificultoso e; por outro lado, para uma abordagem mais completa da questão e de seus mais polêmicos embates atinentes especificamente ao modo de constituição e aplicação de seus recursos, partimos a seguir para o estudo prévio das fontes de receitas dos fundos, para então nos debruçarmos sua aplicação.

Como veremos a seguir, são temas intimamente ligados, ainda mais sob o prisma das dotações orçamentárias estatais que devem compor os fundos e das famigeradas “doações casadas”, que nada mais são que doações de recursos feitas ao fundo, mas com destinação já definida pelo doador, que estabelece nessa doação o “encargo” de que seus valores sejam aplicados num determinado projeto.

2.1 Receitas dos Fundos

Os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente possuem considerável gama de receitas, que deverão estar previstas em lei.

Independentemente de sua origem, ao ingressarem nos fundos, passam as mesmas a terem caráter público e a seguirem o regime que é próprio dessa “publicização”: a incidência de leis financeiras, o controle não só do resultado da aplicação, mas também da congruência entre o plano de ação e de aplicação, bem como a necessidade de prestar contas.

Logicamente, a depender da fonte de receita de que se está a falar, teremos certas peculiaridades ou polêmicas específicas. É sobre isso que trataremos nesse item.

3.1.1 Dotações orçamentárias do ente público instituidor do fundo

O processo orçamentário no Brasil possui, inegavelmente, caráter político, posto que tem relação direta com as relações de poder que se estabelecem entre o Poder Legislativo e o Executivo.

É, na verdade, reflexo da imposição constitucional de necessária participação indireta da população, por meio de seus representantes e serve, em tese, para dar concreção à

democratização do processo de gestão dos programas de governo, embora hoje possamos nos questionar se isso é suficiente para efetivamente realizar os anseios da sociedade.

Deveras, resta cada vez mais clara a importância da participação popular na formulação do orçamento dos entes federados. Os recursos são – sem sombra de dúvida – requisitos essenciais para qualquer política pública, de modo que apenas com maior conhecimento e controle do processo orçamentário se pode assegurar montante suficiente para sua implementação.

No tocante aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, a situação não é diversa. Como já muito difundido por aí, “lugar de criança é no orçamento”, posto que a idéia de prioridade absoluta traz ínsita a noção de prioridade na aplicação de recursos.

Deliberado pelo Conselho de Direitos o Plano de Ação a ser implementado, deve o mesmo seguir ao Poder Executivo para a devida inclusão na lei orçamentária, a qual, por sua vez, será posteriormente enviada para aprovação do Poder Legislativo. Por sua vez, cabe também ao Executivo consignar recursos especificamente voltados ao Fundo, uma vez que esse tipo de recurso também está previsto em lei como uma de suas fontes de receita.

A seguir, dada a cristalina importância do tema, traçamos de modo geral, os principais passos do ciclo orçamentário e das dificuldades encontradas para se conseguir incluir uma determinada política pública nessa lei e, com ainda mais entaves, vê-la efetivamente executada.

O processo orçamentário é formado, basicamente, pelo Plano Plurianual (PPA), pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e pela Lei Orçamentária Anual (LOA), as quais devem ser elaboradas para cada um dos entes federativos. A iniciativa dessas três leis é do Poder Executivo⁴² e todas seguem as regras do processo legislativo ordinário, nos termos do artigo 166⁴³ da Constituição Federal.

Esse sistema orçamentário, dividido em três leis, permite a integração de planejamentos de curto e médio prazos, sendo que os programas lá previstos funcionam como instrumento de integração entre o planejamento e o orçamento.

Nesse passo, pondera José Afonso da Silva que:

⁴² “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição”;

⁴³ “Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum”.

O sistema de orçamento-programa exige que a estrutura dos planos plurianuais se integra, em cada ano, na estrutura do orçamento anual, que, por sua vez, condiciona a estrutura da programação financeira de desembolso durante a execução orçamentária. Essa integração, que também há de envolver todo planejamento de desenvolvimento econômico e social, é que dá ao orçamento anual a característica operativa de todo o sistema de planejamento. Tal integração é que, por outro lado, dá ao sistema de orçamentos públicos sua natureza de orçamento-programa, que se compõe de programa, projetos e atividades. Para Tanto, se conjugam os dispositivos do inciso I e §1º do art. 167. Este exige que todo investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro seja obrigatoriamente incluído no plano plurianual ou, pelo menos, que seja determinada sua inclusão por lei, sob pena de responsabilidade. De quem? Do presidente da República (art. 85, VI). Enquanto o inciso I afirma que os programas e projetos do plano só serão executados se se integrarem no conteúdo do orçamento anual. Vale dizer, esse inciso I revela, na sua simplicidade, a natureza do orçamento anual como instrumento de execução dos programas e projetos que se contêm no plano plurianual⁴⁴.

O Plano Plurianual⁴⁵ concretiza o planejamento de médio prazo do governo, norteando a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Serve como forma de garantir investimentos a programas de duração continuada e tem a duração de quatro anos, sendo que o último deles coincide com o primeiro ano de exercício do mandato subsequente⁴⁶, o que assegura, de certa forma, a continuidade das políticas públicas já iniciadas, escapando de eventuais ingerências políticas que poderiam tentá-las banir de pronto com o advento de novo governo.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias⁴⁷ compreende a prioridades e as metas da Administração Pública, orientando a lei orçamentária anual. Tem a duração de um ano e serve como verdadeira cartilha do planejamento de curto prazo estatal, o que sinaliza sua enorme importância.

Lá devem ser consignados o planejamento das receitas e despesas, as metas fiscais a serem alcançadas, as medidas de contingenciamento de recursos, as alterações programadas para a legislação fiscal, bem como regras para a avaliação da execução do orçamento, dentre outros.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 696.

⁴⁵ “Art. 165 [...]”

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

⁴⁶ Art. 35, § 2º, I ADCT – “o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa”;

⁴⁷ “Art. 165 [...]”

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”.

A Lei Orçamentária Anual⁴⁸, por fim, é a peça orçamentária propriamente dita. Nela estarão previstas os programas que serão efetivados pelo governo anualmente segundo a estimativa de sua capacidade arrecadatória.

É na fase de elaboração e execução da Lei Orçamentária Anual que o embate de forças políticas entre o Executivo e o Legislativo se faz notar claramente, pois é nessa peça que restarão consignadas quais as políticas públicas receberão recursos durante todo um exercício financeiro.

Ela compreende a orçamento fiscal, o orçamento de investimentos e o orçamento da seguridade social. Interessa-nos, para o presente estudo, tão somente o primeiro, pois é lá que estarão contemplados os programas de governos que receberão recursos. É nela, enfim, que deverão constar os programas que o Conselho de Direitos considerou relevantes o bastante para receberem os recursos dos fundos.

O projeto de Lei orçamentária Anual é apresentado ao Poder Legislativo até quatro meses antes do fim do exercício financeiro, a fim de que seja aprovado até o encerramento da sessão legislativa⁴⁹.

É durante esse período que medeia a apresentação do projeto e sua votação pelo Poder Legislativo que temos as emendas⁵⁰, que deverão ser compatíveis com o plano

⁴⁸ “Art. 165 [...]

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

- I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
- II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
- III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

⁴⁹ Caso o projeto de lei orçamentária não seja apresentado até o prazo fatal, que para a União é na data de 30 de agosto e, para Estados e Municípios, em 30 de setembro, o artigo 32 da lei nº 4.320/64 estabelece que o Poder Legislativo poderá considerar como proposta a lei orçamentária vigente.

⁵⁰ “Art. 166 [...]

§ 2º - As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional.

§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

- I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;
- II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:
 - a) dotações para pessoal e seus encargos;
 - b) serviço da dívida;
 - c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou
- III - sejam relacionadas:
 - a) com a correção de erros ou omissões; ou
 - b) com os dispositivos do texto do projeto de lei”.

plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, indicarem os recursos necessários, os quais deverão ser decorrentes de anulação de despesa, e se relacionarem a: correção de erros ou omissões ou com dispositivos do texto do projeto de lei.

Essas emendas, todavia, acabam como desviar recursos para projetos locais, desestruturando o planejamento como um todo.

Como assevera Denise Auad:

No entanto, muitas emendas parlamentares acabam desviando dotações orçamentárias para projetos locais, pertencentes à base eleitoral de influência de deputados e senadores. Tal prática direciona verbas para políticas pontuais, muitas vezes sem continuidade e sem conexão com o cronograma orçamentário e, como consequência, quebra a estrutura do planejamento. Além disso, o mecanismo de emendas parlamentares tem sido utilizado para superestimar custos, o que retira a credibilidade do orçamento enquanto um instrumento real para balizar a gestão governamental⁵¹.

Não fosse isso o bastante para impactar negativamente na idéia de orçamento como instrumento de gestão de recursos a espelhar as necessidades públicas através de dotações a programas de governos que implementem políticas públicas necessárias, lembra a autora ainda outro entrave à clareza do orçamento anual: é a chamada reserva de contingência, que garante ao executivo percentual do orçamento de uso mais flexível, para fazer frente às chamadas “contingências”.

Como ponderado pela autora citada:

O Projeto de Lei Orçamentária pode conter reserva de contingência, segundo diretrizes traçadas na Lei de diretrizes Orçamentárias. Pela reserva de contingência, o governo freia os gastos e garante um percentual do orçamento para ser aplicado, com mais flexibilidade, em despesas futuras e não previstas ao longo da execução orçamentária. A reserva de contingência atinge a execução de políticas públicas, especialmente as de natureza social relacionadas a despesas não vinculadas e, infelizmente, seu percentual tem sido fixado com abuso, o que torna o orçamento ainda mais fictício, além de garantir ao Executivo uma espécie de “carta branca” para direcionar a política⁵².

Aprovada, por fim, a lei orçamentária, isso não significa que os recursos lá previstos serão executados como nela estatuído. A lei orçamentária possui caráter meramente autorizativo, isto é, apenas autoriza a realização de despesas nela consignadas, mas não tem o condão de impor sua implementação. Não possui mecanismo que obrigue a realização de todos os gastos que prevê e tampouco nos valores em que lá consignados.

⁵¹ *Conselhos e fundos dos direitos da criança e do adolescente: uma opção pela democracia participativa*. 2007. 209 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 123.

⁵² *Ibidem*, p. 123.

Em outras palavras, afóra a já difícil tarefa de fazer constar das leis orçamentárias recursos para uma determinada política pública; testemunhar emendas e mais emendas parlamentares sendo feitas e deslocando recursos que poderiam reforçar a implementação dessa política e, ainda, sofrendo a partir da edição da lei orçamentária um forte contingenciamento⁵³ *ad cautelam* sob o percentual do total que compõe o orçamento do ente, ainda restará o risco de que o que restou previsto não seja, ao final, rigorosamente executado.

Essa execução do orçamento depende de uma série de circunstâncias, tais como a arrecadação efetiva do Estado. O orçamento é elaborado com base em estimativas de receita (que podem não se concretizar), para fazer frente a despesas (que podem igualmente variar), o que demanda planejamento e a premissa de que as bases do orçamento podem não se confirmar.

De acordo com a lei nº 4.320/64, as cotas orçamentárias deveriam ser distribuídas por trimestre, sendo que cada unidade orçamentária deve conhecer previamente a distribuição prevista das quatro cotas, para poder programar adequadamente seu funcionamento. Em razão da incerteza quanto à disponibilidade financeira (dinheiro em caixa), o Poder Executivo tem tido o costume de liberar cotas bastante limitadas, com horizonte máximo de três meses e de forma seletiva, isto é, não liberando recursos para todas as dotações orçamentárias existentes⁵⁴.

Essas limitações são geralmente contornadas pelos chamados créditos adicionais, mais conhecidos como suplementação. Ela decorre da anulação de outras despesas ou pelo aumento comprovado de receita e depende de aprovação em lei, o que significa que o embate político entre o Legislativo e o Executivo também pode ser sentido nessa seara.

Por aí se vê a importância de que a sociedade controle o processo orçamentário. Por vezes, as emendas parlamentares acabarão por afetar justamente recursos advindos de dotações do Poder Público que poderiam reforçar os cofres dos fundos e, mesmo que isso seja evitado, ainda assim só a pressão dos órgãos de controle será capaz de evitar o esvaziamento gradual de recursos na hora de sua efetiva execução.

2.1.2 Multas decorrentes de sanções penais ou administrativas

⁵³ O contingenciamento está previsto no artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece que: “Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Ele influencia de modo direto na estabilidade dos convênios firmados entre o terceiro setor e o poder público, posto que isso impede inclusive o pagamento de restos a pagar e implica a possibilidade de que uma entidade que prestou serviços não receba o repasse devido.

⁵⁴ FUNDAÇÃO ABRINQ; INESC; UNICEF. *De olho no Orçamento Criança*: atuando para priorizar a criança e o adolescente no orçamento público. São Paulo, 2005, p. 29.

Segundo o que estabelecem os artigos 154⁵⁵ e 214⁵⁶ da lei nº 8.069/90, as multas resultantes de condenações em ações civis públicas e de aplicação das penalidades previstas nos artigos 228 a 258⁵⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente reverterão para o Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Qualquer do povo, tendo conhecimento de irregularidades em face de criança ou adolescente, pode dar notícia do fato ao Ministério Público (inclusive anonimamente). Diante das informações recebidas, é instaurado procedimento, que poderá ser transformado em inquérito civil ou penal.

A partir daí, em se tratando de infração de natureza administrativa, pode ser o feito arquivado motivadamente, dar ensejo à celebração de termo de ajustamento de conduta (que em geral prevê as conhecidas *astreintes*, multas diárias incidentes em caso de descumprimento do quanto acordado nos TAC's) ou mesmo à propositura de ação civil pública.

Tratando-se de sanções de natureza penal, teremos em juízo sua fixação, com todas as especificidades da seara penal.

Destarte, assim como sói ocorrer com os fundos de direitos difusos em geral, também para os fundos de direitos da criança e do adolescente podem ser convertidos valores decorrentes de aplicação de sanções, o que permite, ainda que por vezes obliquamente e não exatamente para a reparação do bem jurídico lesado, aprimorar programas e ações em prol dos direitos da infância e juventude.

2.1.3 Doações de pessoas físicas ou jurídicas

Os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente poderão receber doações de pessoas físicas ou jurídicas. De fato, o artigo 260⁵⁸ do Estatuto da Criança e do

⁵⁵ “Art. 154. Aplica-se às multas o disposto no art. 214”.

⁵⁶ “Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.

§ 1º As multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

§ 2º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária”.

⁵⁷ Esses artigos tratam dos crimes e das infrações administrativas contra a criança e o adolescente.

⁵⁸ “Art. 260. Os contribuintes poderão deduzir do imposto devido, na declaração do Imposto sobre a Renda, o total das doações feitas aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente - nacional, estaduais ou municipais - devidamente comprovadas, obedecidos os limites estabelecidos em Decreto do Presidente da República.

I - limite de 10% (dez por cento) da renda bruta para pessoa física;

II - limite de 5% (cinco por cento) da renda bruta para pessoa jurídica.

[...]

Adolescente permite aos contribuintes do Imposto de Renda deduzirem de sua renda bruta o total das doações efetuadas aos Fundos, desde que observado o limite de 10% (dez por cento) da renda bruta para pessoa física e 5% (cinco por cento) para pessoa jurídica⁵⁹.

2.1.3.1 Doações feitas por pessoas físicas

No que diz respeito a pessoa física, a legislação a tratar do incentivo fiscal em tela é a lei nº 9.250/95, que em seu artigo 12 (alterado pela lei nº 9.532/97) acabou por limitar a dedução em 6% (seis por cento) do imposto devido, cumulativamente com os incentivos à cultura e audiovisual.

As pessoas físicas poderão deduzir na Declaração de Ajuste Anual as doações feitas aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente desde que:

- a) Estejam munidas de documentos comprobatórios das doações, emitidos pelas entidades beneficiárias;
- b) A dedução do valor, pleiteada na Declaração de Ajuste Anual, a título de doação aos referidos fundos, somada às contribuições efetivamente realizadas em favor de projetos culturais e os investimentos feitos a título de incentivo às atividades áudio-visuais, não poderão deduzir do imposto devido em mais de 6% (seis por cento)⁶⁰.

Os 6% (seis por cento) passíveis de dedução do imposto devido são calculados no ano seguinte ao do exercício financeiro em que ocorreu a doação e demanda a obrigatoriedade de preenchimento do formulário completo da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o que inibe a doação por parte dos milhões de brasileiros que efetuam a declaração simplificada.

2.1.3.2 Doações feitas por pessoas jurídicas

§ 2º Os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfãos ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal.

§ 3º O Departamento da Receita Federal, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, regulamentará a comprovação das doações feitas aos fundos, nos termos deste artigo.

§ 4º O Ministério Público determinará em cada comarca a forma de fiscalização da aplicação, pelo Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, dos incentivos fiscais referidos neste artigo”.

⁵⁹ Ocorre que a lei nº 8.242/91 acabou por prever que os limites de dedução do Imposto de Renda poderão ser determinados por Decreto do Poder Executivo, o que culminou com a edição do Decreto nº 794/93, em que a União estabeleceu como limite máximo de dedução do imposto de renda devido na apuração mensal (estimativa), trimestral ou anual das pessoas jurídicas, correspondente ao total das doações efetuadas no mês, trimestre ou ano, o total de 1% (um por cento), sendo que para o cálculo do limite dessa dedução deve ser excluída a parcela do imposto de renda devido no Brasil correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no Exterior, tal como determina o artigo 14 da Instrução Normativa nº 38/96.

⁶⁰ PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Incentivos Fiscais: doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível no site <http://fumcad.prefeitura.sp.gov.br/forms/conheca.aspx>. Acesso em: 30 de agosto de 2009.

As receitas oriundas de doações feitas por particulares também podem ser feitas por pessoas jurídicas, nos termos do que diz o artigo 260 da lei nº 8.069/90 e do que disciplina a Instrução Normativa SRF nº 86/94, de sorte a permitir a dedução do imposto de renda mensal (estimado), trimestral ou anual.

Quando do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o limite de dedução previsto era de 10% (dez por cento) da renda bruta de pessoa física e 5% da renda bruta de pessoa jurídica. Mais tarde, a lei nº 8.242/91 deu nova redação ao artigo 260 do ECA e passou a permitir que o total das doações efetuadas a esses fundos fosse deduzida do Imposto de Renda nos limites estabelecidos pelo Poder Executivo.

Com base nessa nova redação, o Poder Executivo, através do Decreto nº 794/93 estabeleceu como sendo de 1%⁶¹ (um por cento) o limite máximo de dedução do Imposto de Renda devido na apuração mensal (estimativa), trimestral ou anual das pessoas jurídicas, correspondente ao total das doações efetuadas no mês, trimestre ou ano. Para o limite desta dedução deve ser excluída a parcela do Imposto de Renda devido no Brasil correspondente aos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no Exterior, conforme artigo 14 da IN SRF nº 38/96.

As pessoas jurídicas que fazem a Declaração de Imposto de Renda com base no lucro presumido ou arbitrado não poderão deduzir os valores que porventura doarem aos fundos, bem como não poderão fazê-lo as empresas optantes do Simples Nacional. Em outras palavras, somente empresas que declarem seu Imposto de Renda com base no lucro real, seja ele mensal, trimestral ou anual, poderão efetivamente fazer jus aos ditames do artigo 260 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e sempre nos termos dos regramentos editados pelo Poder Executivo.

2.1.3.3 Doação de bens

Caso as doações feitas por particulares sejam feitas via bens, o doador deverá: a) comprovar a propriedade dos bens mediante documento hábil⁶², b) considerar como valor dos bens doados o valor da aquisição⁶³, no caso de pessoa física; e o valor contábil dos bens (desde que não ultrapasse o valor de mercado), no caso de pessoa jurídica e, por fim, c) baixar os bens doados, seja na Declaração de Bens ou Direitos anexa à Declaração de Ajuste Anual, no caso de pessoa física; seja na escrituração contábil, no caso de doador pessoa jurídica.

⁶¹ Diferentemente do que ocorre para as deduções feitas por pessoas físicas, cujo limite global de dedução do Imposto de Renda inclui também projetos culturais e audiovisuais, o limite de 1% (um por cento) para pessoas jurídicas não está incluído no teto de 4% (quatro por cento) referentes aos incentivos à cultura e aos projetos audiovisuais (MP nº 1.636/97).

⁶² Exemplos mais típicos de documentos hábeis a comprovação de propriedade são a nota fiscal ou a certidão de matrícula de registro de um imóvel.

⁶³ Esse valor deve ser atualizado monetariamente até 31/12/95 com base na UFIR vigente em 01/01/96, desde que esse valor não exceda o valor de mercado. No caso de imóveis, o valor de aquisição do bem é aquele que serviu como base de cálculo do ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Intervivos.

2.1.3.4 As doações casadas

Verificada a possibilidade de que doações feitas por particulares constituam receita dos fundos, resta saber se é possível ao doador condicionar ou direcionar os recursos doados para um determinado projeto de sua preferência.

O assunto é polêmico, principalmente pelo fato de que não é possível a dedução do Imposto de Renda quando a doação é feita diretamente a uma dada entidade filantrópica, o que implica no uso do Fundo como instrumento oblíquo para se atingir tal fim.

Segundo nos noticia Murillo José Digiácomo,

Como face a atuação legislação fiscal não mais é possível semelhante dedução no que diz respeito à doações efetuadas diretamente às entidades “filantrópicas” e/ou declaradas de utilidade pública, tornou-se corriqueira, em muitos municípios, a prática das chamadas “doações casadas”, através da qual as doações feitas às entidades por pessoas físicas e/ou jurídicas “passam” pelo FIA antes de chegarem a seu destino (seja com repasse integral da verba doada diretamente à entidade, seja com a retenção de percentual do valor ao fundo, o que permite ao doador o abatimento da quantia respectiva (respeitados os limites acima referidos), de seu imposto de renda devido⁶⁴.

Os críticos dessa forma de doação alegam que, com tal sistemática, os fundos passam a servir unicamente a interesses privados (daqueles que fazem as doações e daqueles que as recebem), pouco importando a orientação política municipal de atendimento à criança e ao adolescente definida pelo Conselho de Direitos.

Teríamos aí violação aos princípios da moralidade e mesmo da legalidade na medida em que, uma vez que os recursos passem a integrar o fundo, eles passam a ter natureza pública, o que o submete às regras de gestão financeira em geral, não cabendo falar na possibilidade de um particular determinar seu destino.

Por outro lado, não se pode negar que a possibilidade dada ao particular de dirigir suas doações a projetos nos quais confia e não ao Fundo de modo geral leva a uma maior adesão da sociedade, posto que os recursos ou bens são direcionados para entidades que o particular conhece e tem como fiscalizar pessoalmente.

Não por outro motivo a grande maioria dos Conselhos de Direitos⁶⁵ têm previsto a possibilidade de doações direcionadas, condicionadas ou casadas. Elas podem

⁶⁴ DIGIÁCOMO, Murillo José. *O fundo especial dos direitos da criança e do adolescente e as “doações casadas”*. Curitiba. s.d. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id522.htm>. Acesso em: 3 mar. 2009.

⁶⁵ A Resolução nº 77/CMDCA/2005 do Conselho de Direitos do Município de São Paulo, por exemplo, estabelece em seu artigo 5º que a pessoa física ou jurídica poderá indicar projeto ou eixo previamente aprovado por aquele Conselho.

recair sobre o total do montante doado ou sobre percentual dele e só podem se referir a projetos já pré-aprovados pelos Conselhos de Direitos.

Em outras palavras, as entidades registradas apresentam seus projetos ao Conselho de Direitos e as doações podem ser feitas a projetos daquelas entidades pré-aprovados ou especificamente a um determinado eixo da política de atendimento, o que implica sua necessária inserção dentro da política de atendimento traçada por esse colegiado para uma dada localidade.

Trata-se, no nosso entender, de doação com encargo⁶⁶: os recursos doados aos fundos passam a ter natureza pública, mas com o encargo imposto pelo doador de que sejam utilizados num dado projeto desenvolvido por uma determinada entidade.

Note-se que a grande questão levantada como óbice à doação “casada” consiste na inversão de valores que esta pode trazer: a supremacia do interesse privado em face do interesse público. Todavia, isso é perfeitamente contornável se tivermos Conselhos de Direitos independentes, cientes de seus deveres e poderes e, principalmente, comprometidos com a política de atendimento pelos mesmos traçada.

2.1.4 Contribuições de organismos internacionais

As receitas dos fundos também podem ser providas por contribuições feitas por organismos internacionais. Esses entes de direito internacional em geral elegem um determinado programa e efetuam a doação ao fundo para aplicação específica.

Embora corriqueiramente as doações feitas por esses entes seja “a fundo perdido”, e os mesmos peçam apenas notícias dos resultados alcançados, com ou sem prestação sucinta e genérica de contas, podem também demandar apresentação mais específica de como os valores doados foram aplicados.

Eventual discordância logicamente poderá ensejar o ingresso desse organismo com ações judiciais em face do ente público que criou o fundo e do beneficiário dos recursos, após o corte no repasse de valores.

De todo modo, entendemos que, como a doação é feita ao fundo, ainda que estabeleça o encargo de que seja dirigida a um determinado programa, seus valores se tornaram públicos – como já dito – o que significa que, ainda que o organismo internacional doador não exija a prestação de contas dos valores gastos, tal providência deva necessariamente ser tomada.

⁶⁶ Art. 553 CC – “O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro ou do interesse geral.

§ único – Se desta última espécie for o encargo, o Ministério Público poderá exigir sua execução, depois da morte do doador, se este não tiver feito”.

Ademais, as ações ou programas para os quais os recursos são dirigidos devem ser convincentes e consistentes, isto é, possuírem capacidade técnica e operacional para serem viabilizados e terem relevância efetiva para a área da infância e juventude. Como pisado e repisado, trata-se de receita que se tornará pública, de modo que deve atingir finalidade pública. Não é porque veio de doação de um organismo internacional que deva ser aceito sem restrições. Notadamente, esses entes em geral fizeram sua parte e efetuam doações dirigidas a entidades conhecidas e corretas. Mas se assim não for, cumpre ao Poder Público estabelecer a exigência de que apenas entidades registradas possam receber tais doações, isto é, entidades que já tiveram suas atividades fiscalizadas e aprovadas.

Ainda, entendemos que saldo remanescente dessa doação, quando não utilizada para o programa específico para o qual o organismo internacional determinara, deve voltar ao fundo e ser utilizada para a realização de outro programa, se possível de natureza similar, não havendo que se falar em devolução da quantia ao ente internacional. Vigê, no caso, ainda em se tratando de doação com encargo, de montante destinado ao fundo, o qual possui como uma de suas características a manutenção de saldos remanescentes para o exercício seguinte.

2.1.5 Rendas procedentes de aplicação no mercado financeiro

A lei de criação dos fundos poderá também prever a aplicação de parte ou da totalidade dos recursos do fundo no mercado financeiro, evitando sua desvalorização durante o período em que permanecerem nele sem destinação aos programas de atendimento à criança e ao adolescente. Os rendimentos daí auferidos devem ser informados para que constem como receitas.

Logicamente, a aplicação de recursos do fundo no mercado financeiro deve constar do plano de aplicação, o qual, por sua vez, será elaborado tendo em vista qual o grau de risco a ser assumido com os recursos do fundo de modo a garantir sua plena economicidade.

Veja que, embora se trate de receita usualmente aplicada, não é regra de ordem obrigatória, dependendo de previsão na lei.

2.1.6 Repasses de outros entes federados

Segundo o inciso I⁶⁷ do artigo 204 da Constituição Federal, não cabe à União executar programas, mas apenas efetuar a coordenação e prever normas gerais a respeito do tema. Com efeito, cabe às esferas estaduais e municipais a parte executiva e, para tanto, recebem recursos, bens ou produtos da União. Por outro lado, com a tendência de municipalização do atendimento em todas as áreas de cunho social, também pode ocorrer o repasse de recursos da esfera estadual para municipal.

⁶⁷ “Art. 204 [...]”

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social”;

No âmbito dos fundos isso não é diferente. Deve existir um fundo da criança e do adolescente para cada ente federado e, dentro da competência constitucional de cada ente no trato da matéria, verifica-se o repasse por meio de transferências voluntárias, em geral mediante convênio.

Sem dúvida, o mais efetivo modo de transferência voluntária de recursos é feito mediante repasse fundo a fundo, que garante mecanismos de repasse regular e automático entre os níveis de governo, em substituição aos mecanismos convencionais, atendendo ao princípio de municipalização e determinando a garantia da destinação de recursos públicos para os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, em cada esfera específica de governo.

Os repasses fundo a fundo independem de convênio ou qualquer outro instrumento, retirando entraves burocráticos que em geral retardam o recebimento de recursos pelos entes que executam as políticas públicas.

Esse repasse gera o direito de fiscalização dos conselhos federais e estaduais sobre a aplicação dos recursos que seus respectivos fundos transferiram, o que demanda preparo dos conselhos em acompanhar eventuais omissões ou irregularidades cometidas pelo gestor público que maneja esses valores recebidos via transferência voluntária.

2.1.7 Valores arrecadados em eventos promovidos pelos Conselhos, dentre outros

Dentre as possíveis fontes de receitas estão, ainda, as decorrentes de eventos promovidos pelos Conselhos, como as advindas de festas e outros eventos com vistas a arrecadação de recursos. Desde que previstas na lei de criação dos Fundos, tais formas alternativas de receita são perfeitamente legais.

2.2 Aplicação das Verbas dos Fundos

A aplicação dos recursos que compõem os Fundos é, na verdade, ponto da maior importância social, na medida em que configura a concretização da política de atendimento à criança e ao adolescente.

De fato, sendo o fundo uma das diretrizes da política de atendimento estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, resta claro que seus recursos com destinação específica devem ser aplicados de tal sorte a viabilizar a melhoria da situação dessas pessoas em desenvolvimento.

Daí a enorme importância de que os Conselhos de Direitos consigam efetivamente captar as necessidades dessas pessoas e elaborem políticas públicas eficazes e prioritárias, que serão consolidadas em dois documentos: o Plano de Ação para Verbas do Fundo e o Plano de Aplicação de Verbas do Fundo.

O Plano de Ação refere-se ao planejamento de ações políticas para combater as necessidades mais prementes do segmento infanto-juvenil. Pauta-se no mapeamento da

situação da criança e do adolescente e suas metas deverão ser refletidas no Plano Plurianual e na Lei de diretrizes Orçamentárias.

O Plano de Aplicação, por sua vez, prevê como será a destinação das verbas do Fundo. É através dele que se estabelecem os respectivos programas e ações compatíveis com as deliberações do Conselho, o que mais tarde é apresentado ao Poder Executivo⁶⁸ para inserção na Proposta Orçamentária que segue para o Legislativo.

É inegável a relevância do suporte financeiro para a implementação das diretrizes traçadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas é igualmente importante que a materialização dessas diretrizes se dê através de programas que atendam às verdadeiras necessidades das crianças e adolescentes de uma dada localidade.

Para tanto, há que se ter em mente, primeiramente, que os limites à aplicação desses recursos é negativo, isto é, não são fixados positivamente de modo a deixar claro que deve ser objeto de aplicação (o que será deliberado pelos Conselhos de Direitos segundo a realidade local), mas se perfaz pela fixação do que não poderá ser objeto de destinação desses valores.

Em linhas gerais, temos três hipóteses que não comportam utilização de recursos oriundos do fundo: para a manutenção de Conselhos Tutelares ou de Conselhos de Direitos; para políticas públicas que já disponham de fundos específicos e, por fim, para programas que não tenham sido objeto de deliberação e aprovação pelos Conselhos de Direitos⁶⁹.

A vedação ao uso dos recursos oriundos dos Fundos para a manutenção dos Conselhos Tutelares e de Direitos decorre do fato de que sua existência, a partir do advento da lei nº 8.069/90, passou a ser de instituição obrigatória, a ser sustentada financeiramente pelo Estado com os recursos deste, não se podendo aceitar, segundo nos parece, que os valores de fundo cuja destinação está ligada especificamente à implementação de políticas públicas a serem deliberadas pelo órgão competente possam sem utilizadas para a manutenção desse mesmo órgão.

⁶⁸ A única possibilidade de alteração pelo Poder Executivo do Plano de Aplicação elaborado pelo Conselho de Direitos dar-se-ia na hipótese de erro formal ou diante da constatação de manifesta impossibilidade de cumprimento das dotações previstas.

⁶⁹ Manutenção, todavia, não se confunde com apoio financeiro para a formação e qualificação dos Conselheiros Tutelares. Nesse caso, é lícito o uso de recursos oriundos dos Fundos da Criança e do Adolescente, pois se trata de investimento que, obliquamente, gerará benefícios à toda infância e juventude, aprimorando os serviços prestados à comunidade pelos Conselhos Tutelares a partir da capacitação dos conselheiros eleitos. É nesse sentido o §6º do art. 4º da Resolução 139 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, de 17 de março de 2010.

Ainda, e nessa mesma porfia, os recursos destinados aos Fundos não podem ser utilizados para a implementação de políticas sociais básicas, senão em hipóteses absolutamente excepcionais.

Essas políticas de índole mais basal, que se encontram insertas na competência dos entes federados de proteção da criança e adolescente, devem ser cobertas por recursos oriundos do orçamento dos próprios entes competentes para sua efetivação.

Os Fundos abarcam necessidades de caráter complementar e não substituem, destarte, a responsabilidade estatal de, por meio do orçamento geral, prever recursos para as políticas públicas básicas. Seus recursos devem ser usados em setores estratégicos da política social, mas sem pretensão de substituir financeiramente o que deve ser assegurado pelo Estado.

Segundo Denise Auad:

As verbas do Fundo não podem ser repassadas para políticas sociais básicas, as quais são de responsabilidade do Estado por meio do planejamento da aplicação das verbas orçamentárias decorrentes de arrecadação tributária. Há, inclusive, vinculação constitucional de receitas orçamentárias em determinadas políticas básicas, como, por exemplo, a educação e a saúde. Isso significa que o Fundo não substitui o orçamento público, relacionado a um planejamento mais macro da ordem social. No entanto, pelo fato de o Fundo disponibilizar verbas em caixa por meio de um procedimento relativamente menos burocrático do que o mecanismo de dotação orçamentária, já que pode receber verbas do setor privado, por meio de doações de pessoas físicas ou jurídicas, torna-se, muitas vezes, um alvo fácil para cobrir lacunas deixadas pelo Poder Executivo, que, por contar com a existência do Fundo, aplica as verbas do orçamento em outras áreas, por entender, de forma equivocada, que a área infanto-juvenil já estaria coberta em sua gestão administrativa. Tal visão é responsável por perpetuar o vício de alguns gestores que ainda consideram a política infanto-juvenil residual, em completa subversão ao princípio da prioridade absoluta previsto de forma expressa no art. 227 da Constituição Federal⁷⁰.

Logicamente, estamos com a autora em questão quando esta se manifesta no sentido de possibilidade de uso dos recursos oriundos dos Fundos para a implementação de políticas sociais básicas, mas apenas em caráter absolutamente subsidiário e de modo bastante condicionado.

Nesse passo, assevera Denise Auad que:

Se for constatado que o governo está aplicando adequadamente o orçamento público, que o Fundo está realizando os programas de atendimento a situações emergenciais conforme previsto no Plano de Aplicação de Verbas e, mesmo assim, ficar comprovado que ainda existem demandas de base para a proteção integral da criança e do adolescente, como, por exemplo, a demanda de construção de creches ou unidades de atendimento de saúde, defendemos que, se houver verbas disponíveis no Fundo, estas poderão ser aplicadas para suprir necessidades estruturais. Este raciocínio, apesar de polêmico, respeita a natureza complementar das verbas do Fundo, pois só poderão ser aplicadas em políticas sociais básicas se ficar constatada a impossibilidade de o Estado suprir todas as demandas estruturais e, além disso, se

⁷⁰ *Conselhos e fundos dos direitos da criança e do adolescente: uma opção pela democracia participativa*, p.157.

houve disponibilidade financeira do Fundo, Como na área de atendimento à criança e ao adolescente busca-se a interpretação que os protege com maior grau de intensidade, até pela aplicação do princípio do melhor interesse, cremos que a lógica interpretativa apresentada é a que mais se adequa ao escopo do Direito Infanto-Juvenil⁷¹.

Por outro lado, não poderão receber recursos oriundos dos fundos projetos que não tenham sido submetidos e aprovados pelos Conselhos de Direitos, pois caberá a esses a elaboração das políticas públicas a serem implementadas de acordo com as necessidades locais.

A única hipótese de aplicação obrigatória de recursos do Fundo está prevista em nosso atual ordenamento no parágrafo 2º⁷² do artigo 260 da lei nº 8.069/90 e se refere à aplicação necessária de percentual dos recursos para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, §3º, VI, da Constituição Federal.

Por aí se vê que a lei deve prever genericamente seu âmbito de aplicação, mas que sua realização variará na prática segundo as infinitas possibilidades de concreção desses parâmetros legais através de toda sorte de programas (ou seja, sua delimitação positiva é de amplo espectro), os quais obviamente serão voltados precipuamente ao atendimento da criança ou adolescente em situação de rua ou de abandono, com vistas ao reforço escolar, ao abrigo, à orientação das famílias, à prevenção da drogadição, à recuperação de jovens usuários e psicotrópicos, aos fortalecimento de programas que desenvolvem medidas sócio-educativas com adolescentes infratores, ao combate à violência doméstica, à exploração sexual, à negligência e aos maus-tratos, à divulgação do conteúdo do Eca, etc.

Esses programas devem, com efeito, ser selecionados a partir de Edital elaborado pelo Conselho de Direitos e onde devem restar claramente definidos critérios objetivos, transparentes e impessoais de classificação de projetos, de forma que a ordem de prioridade dos convênios se operem em consonância com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e tendo em conta, principalmente, o que dispõe o Estatuto e quais as efetivas necessidades locais.

A seguir, dada a importância prática elementar que apresentam na seara de aplicação de verbas oriundas dos Fundos, são traçados alguns parâmetros a serem observados quando da celebração de convênios que impliquem em repasse desses recursos a entidades

⁷¹ *Op. cit.*, p. 158.

⁷² “Art. 260 [...]”

§ 2º- Os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal”.

privadas para a concreção de programas de prevenção, proteção e defesa de direito, bem como de cumprimento de medidas sócio-educativas.

2.2.1 Algumas palavras sobre os Convênios celebrados com recursos advindos dos Fundos

Merecem algumas considerações, dada sua importância prática, os convênios celebrados com entidades privadas nas quais se utilizam recursos advindos dos fundos, pois a natureza pública desses valores traz uma série de conseqüências para os convenientes e que devem ser destacadas.

Segundo a clássica definição de Hely Lopes Meirelles, “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos comuns dos partícipes”⁷³.

É instrumento que tem como característica a consensualidade e não a comutatividade, não se confundindo com o contrato, na medida em que, no convênio, todos os participantes querem a mesma coisa; os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns; todos objetivam um resultado comum, de modo que não se cogita de preço ou remuneração, pois seu cerne é a mútua colaboração; as vontades se somam.

Como colocado com perfeição por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem o convênio é uma espécie de ato administrativo complexo, “no contrato, as vontades não se compõem, não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie de vontade (que é delas uma resultante e não uma adição), no ato complexo, as vontades se somam, atuando autônoma e paralelamente”⁷⁴. Os interesses em jogo são obrigatoriamente comuns e convergentes, daí a outra sugestiva designação dada por alguns doutrinadores, qual seja, a de ato união.

Por interesse comum obviamente não se deve entender atividade comum, pois cada conveniente contribui de uma determinada maneira para a consecução do bem comum, tanto que a contrapartida pode se dar através de bens, recursos ou serviços.

A grande celeuma vem à baila quando o que temos é um convênio entre entidades particulares e um ente público em que há repasse de recursos por parte desse último, e a contrapartida do partícipe privado é feita unicamente através de serviços, o que aproxima perigosamente o instituto do contrato, podendo inclusive levar a seu uso equivocado (celebração de convênio quando deveria haver contrato ou vice-versa). É o caso, justamente, dos convênios celebrados com particulares e que tem por base o repasse de recursos oriundos dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente.

⁷³ *Direito administrativo brasileiro*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 411.

⁷⁴ *Curso de direito administrativo*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.185

De fato, os convênios podem ser de quatro tipos, basicamente: entre entes públicos e sem repasse de recursos, entre entes públicos e com repasse de recursos, entre um ente público e uma entidade privada sem repasse de recursos e, por fim, a situação que se tem no caso em tela, que é a hipótese de convênio celebrado entre um ente público e uma entidade privada com repasse de recursos.

Em todas essas quatro modalidades, percebe-se que ao menos um dos partícipes é um ente público⁷⁵; que o objeto do convênio visa sempre à consecução de um objetivo comum; que o convênio não dá ensejo à formação de uma pessoa jurídica⁷⁶; que deve ser reduzido a termo (não cabendo falar em convênio verbal⁷⁷, visto que há assunção de obrigações e não existe permissivo legal admitindo sua realização senão por escrito), que não existe necessidade de autorização legislativa para sua celebração (bastando seja dado ao Poder Legislativo ciência do ajuste)⁷⁸ e que há a aplicação subsidiária da lei nº 8.666/93, “no que couber”, o que variará de forma significativa conforme se esteja diante de uma ou outra modalidade de convênio⁷⁹.

Em havendo repasses, impõe-se a previsão de prazo de duração do ajuste, pois deve ser elaborado cronograma de desembolso, plano de aplicação dos recursos e só são

⁷⁵ Note-se que o partícipe é o ente e não órgão que o compõe, que poderá, no máximo representá-lo. É nulo o convênio celebrado unicamente por órgão.

⁷⁶ Diferentemente do que ocorre, atualmente, com o consórcio público, que pode gerar uma associação pública ou privada.

⁷⁷ É exatamente por isso que a Instrução Normativa STN nº 01, de 15 de janeiro de 1997, no parágrafo 2º do artigo 9º ser nulo e de nenhum efeito o convênio verbal com a União ou com entidade da Administração Pública Federal.

⁷⁸ O que já foi decidido por diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷⁹ Não há nenhuma especificação acerca de quais disposições seriam ou não seriam aplicáveis aos convênios, talvez porque o perfil de suas quatro modalidades seja extremamente variado. Todavia, em havendo repasse de recursos, reza a lógica que o cuidado deve ser sempre dobrado e toda e qualquer medida que assegure a clara e transparente gestão do dinheiro público deve ser instituída. De todo modo, os Tribunais de Contas têm entendido que sempre será aplicável o artigo 38 da lei 8.666/93. Quanto à possibilidade de acréscimos e supressões, nos termos do artigo 65 da lei nº 8.666/93, o Tribunal de Contas da União entendeu que seus limites (seja qualitativa ou quantitativamente) se aplicam a quaisquer ajustes da Administração, o que inclui os convênios (Decisão 215/199- - Plenário).

Por fim, quanto à problemática celeuma acerca da necessidade ou não de licitação prévia para a celebração dos convênios, os Tribunais não a têm considerado necessária, dada a natureza ínsita de mútua colaboração que rege o ajuste. A doutrina, por sua vez, também entende de modo geral por sua desnecessidade. Nada impede, todavia, que algum processo seletivo seja exigido (ou mesmo uma licitação) pela entidade pública que celebrará o convênio. Se ela entender que há um grande número de particulares que poderiam executar o objeto do convênio, nada impede a previsão de critérios competitivos para a escolha do futuro partícipe. É o que entende, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual aduz que “Para travar convênios com entidades privadas, salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito público terá que licitar ou, quando possível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 660). Daí porque não há qualquer cabimento, no caso em epígrafe, em afirmar-se que a existência de processo seletivo para a aprovação dos projetos a serem fomentados pela Secretaria Municipal de Cultura traria aos mesmos a natureza de concurso, desnaturando-os como convênio. O mero fato de selecionar não muda a natureza jurídica do ajuste firmado, sendo tão somente procedimento instaurado pela Administração a fim de garantir maior isonomia aos concorrentes.

admitidos pagamentos durante esse prazo de vigência, sob pena de responsabilidade de gestor do convênio. Isso ocorre porque a natureza da verba repassada permanece pública, o que enseja prestação de contas, a respeitar certo lapso temporal.

Nesse passo, cumpre pisar e repisar a natureza pública das verbas repassadas no convênio, pois dessa característica elementar decorrem diversas e importantíssimas conseqüências.

Com efeito, quando o particular recebe verbas públicas em razão de convênio, esses valores continuam públicos, o que significa que: a) sobre ele não incidem impostos⁸⁰ (seja ele o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza, o Imposto de Renda ou qualquer outro), b) o particular deve prestar contas do que fez desses recursos, comprovando minudentemente sua escoreita aplicação no objeto do convênio, tanto ao ente repassador como ao Tribunal de Contas; c) ao estar no manejo de recursos públicos, pode responder por improbidade administrativa.

Vejamos o que diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] no contrato, o valor a ser pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas⁸¹.

Ou seja, diante da ausência de comutatividade nos convênios, surge a necessidade de controle *a posteriori* via prestação de contas justamente em razão da ausência de reciprocidade de obrigações presente nos contratos, dado que as verbas repassadas não têm natureza de preço ou de remuneração que uma das partes paga à outra em troca do benefício recebido.

Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda a natureza por força do convênio; ele é utilizado pelo executor do convênio, mantida sua natureza de dinheiro público. Por essa razão, é visto como alguém que administra dinheiro público, estando sujeito ao controle financeiro e orçamentário previsto no artigo 70, parágrafo único, da Constituição.⁸²

Esse convênio estabelecido com particulares para a execução de programas voltados à criança e adolescente é modalidade de fomento que, segundo Sílvio Luís Ferreira

⁸⁰ Ressalte-se veementemente que essa não-incidência refere-se, tão somente, ao repasse efetuado no convênio do ente público para o ente privado. Obviamente não estão aí incluídos os pagamentos feitos a pessoas físicas ou jurídicas contratadas pelas entidades não-estatais.

⁸¹ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 315.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 318.

da Rocha, consiste na atividade administrativa de “proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral”⁸³.

Trata-se da forma mais moderada de atuação estatal na economia e serve não só para promover o desenvolvimento de alguns ramos da economia considerados de relevante interesse público, como serve de respaldo a um sistema de subsídio, isenções e outros meios de incentivo.

Quando estamos diante de um convênio realizado entre entidades públicas e particulares, não se tem a delegação de serviços públicos. O convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do ajuste. Como assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa a outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos⁸⁴.

Deveras, ao invés de o Estado desempenhar, ele mesmo, determinada atividade, opta por incentivar ou auxiliar o particular que queira fazê-lo, por meio de auxílios financeiros e subvenções, financiamentos, favores fiscais etc. A forma usual de concretizar esse incentivo é o convênio.

Como explicado de modo claro pela ilustre administrativista, a quem mais uma vez citamos:

Quanto ao convênio entre entidades públicas e particulares, ele não é possível como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de fomento (v. item 2.5). É normalmente utilizado quando o Poder Público quer incentivar a iniciativa privada de interesse público. Ao invés de o Estado desempenhar, ele mesmo, determinada atividade, opta por incentivar ou auxiliar o particular que queira fazê-lo, por meio de auxílios financeiros e subvenções, financiamentos, favores fiscais etc. A forma usual de concretizar esse incentivo é o convênio.

Sublinhada a manutenção da natureza pública dos recursos repassados, é possível compreender a importância de que o edital para seleção de projetos via celebração de convênio contenha todo o tipo de regramento que permita o devido controle na aplicação dos recursos repassados pois, diferentemente do que ocorre no contrato, não importa na seara convenial tão somente que seu objeto tenha sido prestado a contento, mas que o tenha sido exatamente do modo como aprovado pelo Conselho de Direitos.

Um edital pode, por exemplo, dar à entidade privada um prazo fixo para a captação de recursos junto à iniciativa privada para a implementação do projeto pretendido,

⁸³ *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

⁸⁴ ⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 316.

mas seu projeto deverá: atender ao interesse público e ter viabilidade técnica e operacional comprovada antes que qualquer recurso oriundo do Fundo seja liberado.

Igualmente, se a entidade particular conseguir o levantamento apenas parcial dos valores inicialmente orçados, haverá a necessidade de se verificar a viabilidade prática dessa adequação, sob os aspectos da viabilidade e economicidade.

Em outras palavras, tratando-se dinheiro público (visto que, como já mencionado, uma vez integrante do Fundo, os lá integrados passam a ser de natureza pública), não se pode simplesmente investir num projeto sem que se saiba se ele possui efetiva probabilidade de produzir os resultados almejados: as necessidades são infinitas e os recursos são escassos, de modo que o repasse deve ser feito de forma cautelosa e realista.

3 Conclusão

Vistos os principais aspectos atinentes aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, pudemos verificar que esse modo peculiar de gestão de recursos apresenta aspectos negativos e positivos mas que, de toda feita, são hoje uns dos principais instrumentos da política de atendimento à criança e ao adolescente de que trata a lei nº 8.069/90.

Inicialmente, coube trazer à baila uma série de características aplicáveis aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente decorrentes de sua natureza jurídica de fundos especiais.

Em linhas gerais, verificamos que: sua criação depende de previsão na lei ou na Constituição; os fundos integram o orçamento do ente a que estejam vinculados e se submetem aos princípios orçamentários gerais; estão vinculados a uma finalidade específica e seus recursos não poderão ser utilizados senão para o atingimento desse fim; não possuem personalidade jurídica ou judiciária; podem ser formados pelas mais variadas receitas, desde que previstas em lei e não provenientes de impostos; eventual saldo remanescente vai para o exercício seguinte em razão de sua vinculação especial; sua lei de criação poderá prever normas peculiares de administração e, de todo modo, por se tratarem de recursos públicos, estão sujeitos a controle interno ou externo.

Como aspectos negativos dos fundos especiais podemos citar: a) eles dificultam a criação de parâmetros de comparação com os outros gastos do orçamento; b) geram incerteza quanto à priorização dos gastos públicos com a área da infância e juventude; c) podem obstruir processos de racionalização administrativa, estimulando a duplicação de rotinas; e d) dificultam o planejamento de políticas intersetoriais integradas.

Todavia, seus aspectos positivos justificam sua existência, posto que são: a) instrumentos garantidores de patamares mínimos de investimentos na área da Criança e do Adolescente; b) permitem a gestão democrática dos recursos públicos; c) viabilizam o

incremento da democracia participativa e d) servem, primordialmente, como instrumento de descentralização, municipalização e exercício de controle social.

Deveras, na área da criança e do adolescente – até por sua relevância e imposição constitucional de tratamento prioritário – a vinculação de recursos para destinação específica a essa área é bastante salutar. As críticas existentes, e que tem sua pertinência e valia, podem ser superadas se a participação democrática se fizer de modo mais contundente, ou seja, via evolução do controle social sobre os fundos.

Esse controle deve ser efetivado em várias etapas, que vão desde o árdua processo de votação das leis orçamentárias, até a atuação do Conselho de Direitos e a efetiva execução de programas voltados à infância e juventude que beneficiem essas pessoas em desenvolvimento. O controle deve ser feito, portanto, tanto por ocasião da fase de elaboração do plano de ação e sua inclusão no orçamento, como na fase de aplicação dos recursos do fundo, sem prejuízo de atuação em fase *a posteriori*, já na etapa de prestação de contas.

Consideramos, ademais, aceitável a idéia da doação direcionada ou casada, desde que o projeto para o qual se dirigem os recursos oriundos do particular apresente viabilidade técnica e operacional e se apresente como apto a atender plenamente às políticas públicas traçadas pelo Conselho de Direitos.

Em outros termos, as doações direcionadas devem ser consideradas lícitas se os projetos por elas viabilizados servirem à política pública de atendimento à criança e ao adolescente nos moldes previamente estabelecidos tendo em vista a realidade social local. São os projetos efetuados pelos particulares que devem servir como instrumento de concreção da política de atendimento e não a política de atendimento que deve moldar-se aos projetos apresentados.

Apesar de óbvio, o alerta acima é feito para que o Conselho de Direitos tenha sempre em vista seu importante papel: é ele quem, debruçando-se sobre dados e constatações sobre a situação da criança e do adolescente, deve estabelecer os parâmetros a serem seguidos pelos projetos que receberão recursos dos fundos, devendo acompanhar, ainda, a utilidade e eficácia do mesmo. É o Conselho de Direitos, enfim, que deve efetuar, uma vez elaborada a política pública de atendimento à criança e ao adolescente, como se dará o acompanhamento dos meios e dos fins utilizados para sua concretização.

Em conclusão, os Fundos são modalidades de gestão de recursos que, se geridos e administrados de modo correto, com o escorreito acompanhamento do Plano de Ação e Aplicação podem gerar resultados muito profícuos, sendo importantíssimo instrumento da política de atendimento à criança e ao adolescente, a merecer toda atenção e controle do Estado e Sociedade.

Bibliografia

- AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei nº 4.320 comentada ao alcance de todos*. 3. ed. 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- AUAD, Denise. *Conselhos e fundos dos direitos da criança e do adolescente: uma opção pela democracia participativa*. 2007. 209 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CALDAS, Eduardo de Lima. Apresentação e acompanhamento do orçamento público do Município de São Paulo no período recente. In: *Observatório dos direitos do cidadão: acompanhamento e análise das políticas públicas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, n. 6, 2002.
- CAMPOS, Gabriel de Britto. Fundos Especiais. *Fórum Administrativo - Direito Público – FADM*. Belo Horizonte, n. 14, ano 2, abr. 2002. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=1609> Acesso em: 03 mar. 2009.
- CARVALHO, Maria do Carmo A. A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. (org.). *Conselhos gestores de políticas públicas*. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, n. 37, 2000.
- CASTRO, José Nilo de. Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente _ Repasse de recursos para entidades cadastradas _ Ano eleitoral _ Vedação _ Exceção nos casos de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior _ Acompanhamento pelo Ministério Público de sua execução financeira e administrativa. *Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM*, Belo Horizonte, n. 28, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=54027>. Acesso em: 03 maio 2009.
- CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García (coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DIGIÁCOMO, Murillo José. *O fundo especial dos direitos da criança e do adolescente e as "doações casadas"*. Curitiba. s.d. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id522.htm>. Acesso em: 3 mar. 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FUNDAÇÃO ABRINQ; INESC; UNICEF. *De olho no orçamento da criança: atuando para priorizar a criança e o adolescente no orçamento público*. Caderno 1. São Paulo, 2005.
- GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.
- LIBERATI, Wilson Donizetti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARANHÃO, Tatiana de Amorim. *Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de São Paulo*. São Paulo: Instituto Pólis/ PUC-SP, n. 15, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NUNES, Clécio Santos. Os fundos especiais. In: CONTI, José Maurício (coord.). *Orçamentos públicos – A lei nº 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 204-221.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Incentivos fiscais: doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível no site <http://fumcad.prefeitura.sp.gov.br/forms/conheca.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2009.

REIS, Heraldo da Costa; MACHADO Jr., J. Teixeira. *A lei nº 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

ROCHA, Silvío Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANCHES, Oswaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 154, p. 269-299, abr./jun. 2002.

SÊDA DE MORAES, Edson. O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente – aspectos jurídicos. *Cadernos CBIA 2 – Municipalização: possibilidade ou realidade*, Rio de Janeiro: Ministério da Ação Social/MAS, Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência/CBIA, n. 2, ano 1, jan./fev. 1992.

SILVA. De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA, Ana Cláudia C.; MAGALHÃES JR., José César (org.). *Fundos públicos e políticas sociais*. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, n. 45, 2002.

TOLEDO JR., Flávio C. de. *Fundos especiais: diversas considerações concernentes à administração financeira*. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, 2003 (mimeo).

_____. Os Tribunais de contas e os fundos dos direitos da criança e do adolescente. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, n. 63, ano 6, mar. 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=39659>. Acesso em: 03 mai 2009.

VIAN, Maurício. *Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível no site http://www.mj.gov.br/sedh/ct/spdca/fundo_dos_direitos_da_crian%C3%A7a.htm, acesso realizado em 16 de maio de 2009.