

TÍTULO DA TESE

“DA DESTINAÇÃO ILEGAL DE RECURSOS DOS FUNDOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A SUJEIÇÃO DOS CONSELHEIROS DE DIREITOS À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”

GRUPO TEMÁTICO VIII – APERFEIÇOAMENTO INSTITUCIONAL PARA A GARANTIA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

AUTOR: FERNANDO HENRIQUE DE MORAES ARAÚJO  
Promotor de Justiça da Infância e Juventude de Mogi das Cruzes - SP

## Sumário

- 1) Previsão Normativa dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente – p. 3;
- 2) Conceito Legal da Lei nº 4.320/64 – p. 4;
- 3) Princípio da Exclusividade de aplicação na área da infância e juventude – p. 4;
- 4) Da necessidade de prévia deliberação sobre a destinação de recursos por membros do Conselho de Direitos – p. 5;
- 5) Da Reserva substancial mínima na destinação dos Recursos do Fundo – p. 5;
- 6) Da prática de atos administrativos decorrentes do exercício de função pública pelos Conselheiros de Direitos – p. 6;
- 7) Das *formas* de procedimento dos Conselhos de Direitos e os vícios dos atos administrativos Praticados – p. 6;
- 8) Ausência absoluta de normas e critérios balizadores sobre as formas de captação, seleção de projetos e destinação dos recursos.- vícios de motivação e finalidade – p. 6;
- 9) Da sujeição dos Conselheiros de Direitos à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) – p. 7;
- 10) Expedição de Resoluções com critérios que permitem ao doador o “direcionamento” da destinação dos recursos dos Fundos de Direitos – p. 7;
- 11) Da Resolução nº 94, de 11 de março de 2004 do CONANDA – p. 7;
- 12) Do caráter cogente das Resoluções dos Conselhos de Direitos – p. 8;
- 13) Dos vícios das Resoluções que permitem que o doador “direcione” a destinação dos Recursos dos Fundos de Direitos – p. 9;
- 14) Da sujeição da conduta dos Conselheiros de Direitos à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) – p. 11;
- 15) Proposições – p. 11;

## 1) Previsão Normativa dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente

O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente está previsto nos artigos 88, IV, 214, 260, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 88, IV:

“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;

Artigo 214:

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

Artigo 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.

§ 1º As deduções a que se refere este artigo não estão sujeitas a outros limites estabelecidos na legislação do Imposto de Renda, nem excluem ou reduzem outros benefícios ou abatimentos e deduções em vigor, de maneira especial as doações a entidades de utilidade pública.

§ 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.

§ 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.”

## **2) Conceito legal**

No entanto, o conceito de tais Fundos não está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sim no artigo 71, da Lei nº 4.320/64:

“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.”

## **3) Princípio da Exclusividade de aplicação na área da infância e juventude**

Conquanto o conceito não seja muito esclarecedor, mediante método sistemático de interpretação jurídica é possível chegar à conclusão de que os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, sejam eles Municipais, Estaduais ou Nacional, destinam-se *única e exclusivamente* a financiar ações da política de atendimento na área da infância e juventude, nas mencionadas esferas político-administrativas brasileiras, respeitados os princípios previstos no artigo 37, da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esta a premissa maior da exposição.

#### **4) Da necessidade de prévia deliberação sobre a destinação de recursos por membros do Conselho de Direitos**

Considerando o cotejo dos artigos 88, IV e 260, “caput”, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, de que os Fundos são *vinculados* aos Conselhos de Direitos (Municipais, Estaduais e Nacional) e que as doações de pessoas físicas e jurídicas aos Fundos permitem a dedução do respectivo imposto de renda, forçoso concluir que quando o parágrafo 2º, do mesmo artigo 260 dispõe que “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*” está se referindo *exclusivamente* à destinação de recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente que pode ou não estar contemplada nas Leis Orçamentárias Anuais da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente não são dotados de personalidade jurídica, sendo apenas uma concentração de recursos executados pela União, Estados, Municípios, competindo, no entanto, a prévia *deliberação* sobre a *destinação* dos valores neles disponíveis aos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, sem o que, a destinação se tornará *absolutamente ilegal*.

#### **5) Da Reserva substancial mínima na destinação dos Recursos do Fundo**

Outra *preliminar* de ilegalidade é a ausência de cumprimento do artigo 260, parágrafo 2º, 2ª parte, do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual se prevê que seja *aplicado 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*.

Ora, se o Conselho Municipal, Estadual ou Nacional não aplica um *mínimo percentual* de recursos do Fundo para o fim acima apontado, a consequência jurídica será a de imediata *ilegalidade de qualquer outra posterior destinação dos recursos*, pois trata-se de *reserva substancial mínima* que não pode ser desrespeitada, por expressa previsão legal.

## **6) Da prática de atos administrativos decorrentes do exercício de função pública pelos Conselheiros de Direitos**

Da conjugação dos artigos 227, parágrafo 7º e 204, ambos da Constituição Federal e ainda dos artigos 89, do Estatuto da Criança e do Adolescente e 2º, da Lei nº 8.429/92, decorre conclusão lógica de que os Conselheiros de Direitos, nas diversas esferas – Municipal, Estadual e Nacional – exercem função pública (mesmo que não recebam gratificação ou remuneração para tal) e praticam atos administrativos sujeitos aos requisitos de validade: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

## **7) Das *formas* de procedimento dos Conselhos de Direitos e os vícios dos atos administrativos praticados**

Atualmente duas têm sido as principais *formas* de procedimento dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente em centenas de Municípios brasileiros, em diversos Estados e até mesmo em nível nacional no tocante à destinação dos recursos doados aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente.

## **8) Ausência absoluta de normas e critérios balizadores sobre as formas de captação, seleção de projetos e destinação dos recursos.**

Nesta primeira situação, por si só, já se impõe reconhecimento de invalidade e, por conseguinte, de ilegalidade, haja vista a ausência de *motivação e finalidade* nas deliberações dos Conselhos de Direitos.

Se todo ato administrativo deve conter *motivação*, havendo deliberação meramente política, sem qualquer conteúdo técnico-objetivo, o ato já estará eivado de vício insanável, do ponto de vista jurídico.

Do mesmo modo não haverá a *finalidade*, pois uma vez ausente estudo profundo e objetivo sobre a situação social das crianças e adolescentes da territorialidade na qual o Conselho de Direitos detém competência para atuar e a finalidade pública estará sendo *desviada*.

### **9) Da sujeição dos Conselheiros de Direitos à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)**

Significa dizer que se os Conselhos deliberam sobre a forma de captação, seleção de projetos e destinação dos recursos do Fundo por mero “achismo”, sem qualquer diagnóstico objetivo da territorialidade respectiva, com quadro sério de indicadores sociais, é óbvio que não estará havendo respeito aos requisitos dos atos administrativos acima apontados e, imediatamente aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência, permitindo adequação típica aos preceitos dos artigos 9º, II, XI e 11, I, ambos da Lei nº 8.429/92.

### **10) Expedição de Resoluções com critérios que permitem ao doador o “direcionamento” da destinação dos recursos dos Fundos de Direitos**

Nesta segunda hipótese, o que se tem visto em muitos Municípios, Estados e principalmente na esfera que deveria servir de norte e exemplo para todo o País – a Nacional – é uma prática rotineira e absolutamente *imoral* de expedição de Resoluções que visam dar um “ar de legalidade” a “doações-direcionadas”, ou seja, doações de empresas aos Fundos de Direitos, mas com possibilidade de direcionamento de parte dos recursos a tal ou qual projeto ou entidade pelo próprio doador, desde que um percentual mínimo seja reservado para “livre deliberação pelo Conselho de Direitos”.

### **11) Da Resolução nº 94, de 11 de março de 2004 do CONANDA**

Como afirmado, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente agiu de forma absolutamente ímproba ao dar o “mau exemplo”, expedindo a Resolução de nº 94, de 11 de março de 2004, na qual abriu as portas para aquilo que se pode chamar de “câncer” dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, que se espalhou tal qual uma metástase, por todo o território nacional.

Transcreve-se a introdução e o artigo 1º, da famigerada Resolução:

“Dispõe sobre o repasse de recursos captados para a viabilização de projetos esportivos sociais destinados à criança e ao adolescente.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, no uso das atribuições que lhe são conferidas pela Lei Federal no 8.242, de 12 de outubro de 1991, e seu Regimento Interno, tendo em vista a parceria firmada por meio da Secretaria Especial dos Direitos Humanos com o Ministério do Esporte, resolve:

Art. 1º **Permitir que oitenta por cento das contribuições com destinação específica de viabilizar projetos esportivos sociais ao Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente**, nos moldes do artigo 6º, parágrafo único, alínea “a”, da Lei nº 8.242/91 sejam destinados para a implementação dos referidos projetos, inclusive para o atendimento a crianças e adolescentes com necessidades especiais, desde que chancelados pela Comissão que trata o artigo 3º desta Resolução.

Art. 2º Os recursos remanescentes serão aplicados em projetos de interesse do CONANDA, em qualquer área de atuação, em todo território nacional.

Art. 3º Permitir ao Ministério do Esporte constituir a Comissão de Chancela aos Projetos Esportivos Sociais, de que trata o art. 1º desta resolução, garantindo a paridade de representantes do Ministério do Esporte e do CONANDA.”

## **12) Do caráter cogente das Resoluções dos Conselhos de Direitos**

Tomando as Resoluções como atos administrativos *normativos*, necessário considerar que têm a mesma força de *lei*, do ponto de vista formal e material.

Aliás, nesse sentido é o teor da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 493.811 - SP (2002/0169619-5), julgado em 11/11/2003:



“EMENTA – ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, **a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.**

3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

4. Recurso especial provido.” (grifo nosso).

Considerando o raciocínio acima exposto, as Resoluções dos Conselhos de Direitos são dotadas de auto-executoriedade, cabendo ser cumpridas e respeitadas.

Contudo, entendemos que não têm os Ministérios Públicos Estaduais, com exceção do Fluminense que já possui posição de seu Centro de Apoio da Infância e Juventude contrária a tal forma de captação e destinação dos recursos, nem tampouco o Ministério Público Federal, tratado o caso com o cuidado e atenção necessários.

Explica-se.

A expedição de Resoluções por parte dos Conselhos de Direitos Municipais, Estaduais e Nacional no sentido de permitir que o próprio doador “indique” a destinação dos recursos do Fundo dos Direitos possui diversos vícios que a tornam írrita.

### **13) Dos vícios das Resoluções que permitem que o doador “direcione” a destinação dos Recursos dos Fundos de Direitos**

a) O primeiro vício do ato administrativo consiste na *ofensa ao binômio democracia participativa do Conselho de Direitos – competência.*

Ora, se o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente já tem em sua formação, representantes do Poder Público e da Sociedade Civil – artigo 88, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente – automaticamente a pessoa física ou jurídica doadora de recurso ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente já está sendo representada, direta (pelo segmento da sociedade civil que fora eleito e participa do respectivo Conselho) e indiretamente pelo segmento do Poder Público (representantes indicados pelo Chefe do Executivo que fora eleito pelo povo e o representa na chefia da Administração Pública), ou seja, presente a **democracia participativa**.

A permissão de direcionamento ao doador da destinação dos recursos do Fundo ofende tal princípio democrático que deve ser respeitado.

Mais, o doador não detém de competência para a orientação sobre a destinação dos recursos, logo ausente um dos requisitos do ato administrativo, pois não age o Conselho de Direitos na gestão de recursos “privados” (particulares), mas sim públicos, de modo que não tem o Poder de Delegação sobre parcela de sua competência, tornando tal permissão ilegal.

b) Além disso, a permissão de direcionamento ofende os *princípios constitucionais previstos no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal: da impessoalidade, da moralidade, da eficiência*.

Assim ocorre porque ao permitir que o próprio doador indique para onde será destinado o recurso, imediatamente o Conselho de Direitos deixa de agir de forma impessoal e autoriza que o cidadão X ou a pessoa jurídica Y, de forma nominal, aja como se Gestora de Recursos Públicos fora, o que se mostra vedado por lei, máxime em se tratando de trato de dinheiro público.

O princípio da moralidade também é violado porque da forma como se propõe (permissão de qualquer pessoa física ou jurídica direcionar parte da destinação dos recursos do Fundo) a Resolução deixa ao talante dos Conselheiros de Direitos e dos doadores o sabor pela escolha de tal ou qual projeto ou entidade beneficiária, abrindo um abismo para a corrupção, em detrimento do *interesse social infanto-juvenil*.

Permite-se carga absolutamente irrestrita de subjetivismo, afastando por completo a moralidade da motivação do ato administrativo na destinação dos recursos, pois quem o faz, não precisa apresentar critérios

O princípio da eficiência também é vilipendiado porque não tem o doador, seja pessoa física ou jurídica, capacidade técnica para aferir em qual área há necessidade de alocação de recursos, tornando o princípio constitucional letra morta.

c) Por fim, a permissão ora tratada, esvazia a necessidade de existência do próprio Conselho de Direitos, ofendendo o princípio previsto no artigo 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que o torna mero “chancelador” ou “ratificador” de vontades do doador, ainda que sob a “mascarada” e “aparente” carga de legalidade que se apresenta em fórmulas genéricas como a de que “um mínimo será reservado a deliberação do Conselho” ou “desde que haja prévia deliberação favorável da indicação do doador por parte do Conselho de Direitos”.

#### **14) Da sujeição da conduta dos Conselheiros de Direitos à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)**

Por todo o acima exposto, concluímos que a previsão de permissão ao doador de indicar o direcionamento dos recursos nas Resoluções expedidas pelos Conselhos de Direitos expõe os respectivos Conselheiros que participaram da elaboração do Ato Normativo respectivo (a Resolução que assim autorize) à Lei de Improbidade Administrativa, especialmente aos preceitos dos artigos 9º, II, XI e 11, I, ambos da Lei nº 8.429/92.

#### **Proposições**

a) Que os Ministérios Públicos Estaduais e Federal, nos inquéritos civis destinados a fiscalizar a destinação de recursos dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente expeçam **RECOMENDAÇÕES** aos respectivos Conselhos de Direitos Municipais, Estaduais e Nacional para que **cessem a permissão de indicar o doador a destinação dos recursos, revogando as Resoluções que contenham tal previsão normativa, sob pena de ajuizamento ação civil pública para tal fim, com responsabilização civil por atos de**

improbidade administrativa aos respectivos Conselheiros de Direitos que assim continuem deliberando, uma vez que com o encaminhamento da presente recomendação não mais poderão alegar desconhecimento sobre o caráter imoral de tal prática, ficando sujeitos à responsabilização pelos atos contrários à recomendação.