

Copyright © 2005 by Daniela Pais Costa, Fernando Fernandes da Silva, Flavia Regina de Souza Oliveira, Juliana Ortolani Deangelo, Laís V. C. De Figueirêdo Lopes, Leandro Marins De Souza, Marcelo Cherto, Sergio Luis Mendonça Alves

Editora
Renata Borges

Coordenadora editorial
Noelma Brocanelli

Projeto gráfico e editoração eletrônica
Alfredo Carracedo Castillo

Capa
João Bosco Mourão

Revisão
Salette Brentan

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Terceiro setor/Eduardo Szazi, organizador. –
São Paulo: Peirópolis, 2005. – (Temas polêmicos; 2)

ISBN 85-7596-044-X

Vários autores.
Bibliografia

1. Associações sem fins lucrativos – Brasil
 2. Terceiro setor – Brasil 3. Terceiro setor – Leis e legislação
- I. Szazi, Eduardo. II. Série.

0-1

CDD-338.761000981

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Terceiro setor: Economia 338.761000981



Editora Fundação Peirópolis Ltda.
Rua Girassol, 128 – Vila Madalena
05433-000 – São Paulo – SP – Brasil
Tel.: (55 11) 3816-0699 e fax: (55 11) 3816-6718
editora@editorapeiropolis.com.br
www.editorapeiropolis.com.br

Sumário

- 13** Prestação de contas
- 45** As limitações de uso dos bens tombados
- 65** Responsabilidade civil dos administradores de associações e fundações
- 91** Regulação do microcrédito no Brasil
- 121** Direitos dos doadores
- 163** Terceiro setor e cooperativas sociais
- 197** Franquias sociais: alguns aspectos polêmicos
- 217** O papel constitucional da sociedade civil na definição de políticas públicas

Direitos dos doadores

Laís Vanessa C. de Figueirêdo Lopes

A caridade ultrapassa a justiça porque leva a pessoa a dar o seu, o que possui de mais íntimo, fazendo atos pelo amor aos outros. A justiça consiste tão-somente em dar ao outro aquilo a que já faz jus por causa de um título pré-constituído. Entre ela e a caridade está a liberalidade¹.

Introdução

Quando falamos em doação, de modo geral, uma das primeiras idéias que nos vêm à cabeça é a do ato altruísta emanado da vontade de dar a outrem determinada quantia em dinheiro e/ou bens. Historicamente, esse ato era avaliado somente pela ótica do doador, não se cogitando, efetivamente, eventuais contrapartidas do receptor da doação. Atualmente, entendemos que esse quadro se alterou e o instituto jurídico da doação assumiu características de uma via de mão dupla. De um lado, o doador continua a praticar atos filantrópicos por seu exclusivo arbítrio e liberalidade. De outro, sua escolha agora também se dá mediante critérios mais específicos aos quais os donatários precisam adequar-se para serem agraciados com doações que financiem seu custeio.

1. Luciano de Camargo Penteado. Doação com encargo e causa contratual. Campinas: Millennium, 2004. p. 328.

No contexto do Terceiro Setor, para tornarem-se mais atraentes e confiáveis ao investimento social privado, os donatários devem oferecer aos seus doadores informações relativas às boas práticas de governança, como transparência, eficiência e responsabilidade da gestão administrativa dos projetos, incluindo dados estatísticos sobre a realidade da área de implementação, metodologias de avaliação de resultados das intervenções sociais e dados sobre a captação de recursos e prestação de contas. Para atender às exigências desse novo cenário, faz-se necessário o estabelecimento de sólido vínculo de confiança, compromisso e sinergia entre as partes.

Nosso enfoque neste ensaio buscará identificar os direitos dos doadores a partir de um conjunto de elementos extraídos da legislação posta, da doutrina e dos usos e costumes. Para tanto, nosso ponto de partida será apontar peculiaridades da doação, abordando a definição do instituto jurídico no Código Civil, os tipos de doações, a diferenciação entre as doações e os contratos onerosos, a promessa de doação, bem como as hipóteses de restrição à liberdade de doar, de revogação da doação realizada, de reversão dos bens e de doações estrangeiras a nacionais. Trataremos, ainda, do tributo incidente sobre a doação e os incentivos fiscais existentes, apresentando dados de recente pesquisa realizada pelo Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (Gife), que identificam o pouco conhecimento e a baixa utilização de incentivos fiscais no Brasil. Ao final desta parte, proporemos recomendações contratuais a serem observadas pelas partes na formalização das doações.

Também será objeto de análise os *standards* internacionais definidos pela American Association of Fund Raising Counsel (AAFRC), pela Association for Healthcare Philanthropy (AHP), pela Association of Fundraising Professionals (AFP) e pelo Council for Advancement and Support of Education (Case), compilados no documento “The Donor Bill of Rights”² que estabelece padrões de conduta para doadores, donatários e captadores de recursos, cuja tradução, adaptada e adotada pela Associação

2. Disponível em www.afpnet.org/tier3_cd.cfm?folder_id=898&content_item_id=9988. Acesso em 30 de setembro de 2004.

Brasileira de Captadores de Recursos (ABCR), foi incorporada ao seu Código de Ética e Práticas Profissionais³. Esclarecemos que não se trata de normas legais que devam obrigatoriamente ser cumpridas e sim de recomendações de boas práticas que merecem ser consideradas.

Com essa visão caleidoscópica, esperamos despertar no leitor reflexões acerca do tema que entusiasmam a formalização jurídica e a construção de boas práticas na relação entre doador, donatário e a causa apoiada.

Definição de doação

O Código Civil (CC) define doação, em seu artigo 538⁴, como o contrato que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. A primeira consideração que fazemos a esse respeito é que o Código atual foi omissivo acerca da aceitação, retirando do conceito legal anterior⁵ a parte que impunha como regra a aceitação da doação para sua consecução.

A aceitação pode ser presumida ou tácita, quando os atos do donatário demonstrem o aceite, ou expressa, quando há a resposta do donatário, seja verbal ou contratualmente. O Código Civil define textualmente as seguintes hipóteses de aceitação presumida: (i) o silêncio do donatário diante do prazo estipulado para aceite da liberalidade em doações puras, ou seja, sem encargo (artigo 539, CC); (ii) o caso do nascituro com a anuência dos pais (artigo 542, CC); (iii) a doação realizada ao incapaz (artigo 543, CC); e (iv) a contemplação de casamento futuro realizado (artigo 546, CC). Já a aceitação expressa, segundo o Código, só é exigida para doações com encargo (artigo 539, CC).

3. Disponível em www.abcr.com.br/cetica. Acesso em 30 de setembro de 2004.

4. Na intenção de facilitar a consulta ao texto correspondente durante a leitura, recorramos as disposições legais sobre a matéria, apondo-as no Anexo A do presente ensaio (artigos 538 a 564 do CC).

5. O Código Civil de 1916 previa em seu art. 1.165 que: "Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outro, que os aceita".

Se o donatário for uma fundação, caso lhe seja imposto algum encargo, a aceitação deverá ser feita mediante anuência do Ministério Público (MP) do Estado onde se situa. Se a doação for simples e feita apenas para fomentar as atividades e incrementar o patrimônio da fundação, não necessitará da autorização do promotor público responsável, sendo recomendável, apenas, a comunicação do recebimento do valor ou coisa doada. Isso porque o MP tem o papel legal de velar pelas fundações, obrigação esta estendida para o cumprimento do compromisso assumido pelo donatário.

Quanto à natureza jurídica, conforme conceituação doutrinária e definição legal, a doação é negócio jurídico consensual, por se tornar perfeito com o mero acordo de vontade das partes; gratuito, por haver deslocamento de patrimônio apenas de uma parte para a outra, sendo benéfica para o donatário e onerosa para o doador; unilateral, por criar obrigações somente para uma das partes, mesmo na doação com encargos; e, via de regra, solene, por ser ato de liberalidade, que não se presume.

A doação pode ser revestida de algumas formas, a saber: (i) verbal ou manual, comum quando se trata de valor de baixa relevância econômica; e (ii) contratual que pode ser por instrumento particular ou por escritura pública. Esta última forma é obrigatória quando tiver por objeto bens imóveis de valor superior a 30 (trinta) salários mínimos (artigo 108, CC).

Tipos de doação

Os tipos comumente utilizados são: (i) doação simples ou pura; (ii) doação remuneratória; (iii) doação em forma de subvenção periódica; e (iv) doação com encargo ou modal.

A doação simples ou pura é a que mais traduz o *animus donandi*, por ser efetuada por mera liberalidade, sem qualquer motivação extraordinária. Seu propósito é simplesmente favorecer o outro que recepcionará a parte do patrimônio transmitido.

A segunda é a doação remuneratória, feita em retribuição a favores ou serviços não cobrados. Visa a compensar o donatário por serviços prestados ou por ato praticado, sem correspondência de valores. Na maioria das vezes é meritória, por seu caráter recompensador.

A doação em forma de subvenção periódica tem sentido literal, ou seja, ela se dá como custeio por período sucessivo ao seu destinatário final. Os recursos das subvenções, geralmente, destinam-se a pagar a manutenção e a operação de serviços prestados pelas entidades, o que inclui despesas como folha de pagamento, locação e conservação de bens.

O quarto tipo é a doação com encargo ou modal, que é figura de natureza jurídica polêmica, por tratar-se de ato liberal, no qual prevê-se a obrigação do donatário de cumprir determinado encargo, o que é típico de negócio oneroso. A esse respeito, Renan Lotufo⁶ anota que o encargo

se apresenta como restrição à vantagem criada pelo beneficiário de um negócio jurídico, quer estabelecendo o fim a que se destina a própria coisa adquirida, quer impondo uma obrigação ao favorecido em benefício do próprio instituidor, ou terceiro, ou da coletividade anônima. Mas não se constitui, nem pode constituir, uma contraprestação; não é nem pode ser uma contrapartida da prestação recebida, e, quando se institui em um contrato bilateral, e a obrigação se configura como correlata da prestação devida pela outra parte, não é nem está caracterizado o modus.

O CC institui regra de negócio misto quando se refere à doação com encargo, o que não nos parece a melhor solução. Isso porque considera como liberalidade apenas a parte que supera o valor do encargo imposto (artigo 540, CC). Entendemos que essa definição modifica intrinsecamente o instituto. Antes de haver o encargo, há a doação, e não o contrário. Se aplicarmos a regra do negócio misto, a doação será indireta e posterior, quase consequência do primeiro negócio oneroso firmado. A doação com encargo recebe tratamento peculiar, muitas vezes próprio dos contratos onerosos, apesar de tecnicamente não o ser⁷.

6. Renan Lotufo. Código Civil comentado: parte geral (art. 1º- 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 376.

7. Ressalte-se que doação com encargo também não se confunde com doação condicionada. A condição se refere a evento incerto e futuro, que, se não ocorrer, sua principal consequência será a não-realização do negócio jurídico. O encargo, por sua vez, requer do donatário o cumprimento de certa obrigação posterior, que, se não cumprida, perderá a liberalidade. Se o contrato de doação tiver cláusula de reversão dos bens, configurada

Diferenças entre doação com encargo e o contrato oneroso

Não raras vezes, as doações com encargo confundem-se com a contratação de serviços e ou aquisição de bens. Isso porque as semelhanças entre os dois negócios jurídicos são mais evidentes que as diferenças. Em ambos há transferência de recursos e obrigação imposta a uma das partes. Ocorre que, na doação com encargo, essa obrigação é acessória, e no contrato oneroso, a contraprestação é obrigação principal. Os efeitos dessa diferença influem na validade do contrato. Nas doações, a nulidade do encargo não enseja a nulidade da liberalidade. Se o encargo for considerado nulo, a doação, em princípio, não será invalidada, salvo se o encargo for a motivação determinante (artigo 137, CC). Já na relação contratual onerosa, seja essa a prestação de serviços e/ou a comercialização de bens, a contraprestação faz parte do objeto, não podendo esse subsistir em caso de nulidade.

Também é preciso verificar a intenção das partes. As causas *donandi e credendi* são, em si, incompatíveis. A esse respeito, pontua Luciano Penteadó⁸:

a ausência de obrigação principal para o donatário é preenchida, em uma tentativa de manter a simetria com os contratos onerosos, por um sentimento. Na venda e compra, à pergunta 'por que vende?', e.g., o alienante, do ponto de vista objetivo, deverá responder 'porque receberei o preço'. Ele, o preço, justifica, sustenta e é razão de ser do dever jurídico de transferir a coisa: é a sua causa em sentido metafísico. Não se dá o mesmo com a doação: não há em sua estrutura algo análogo ao preço.

a hipótese do não-cumprimento do encargo, os valores efetivamente transferidos devem ser devolvidos para o doador, caso ele assim o exija. O encargo também pode ter caráter de condição suspensiva, quando o doador exige que tal evento ocorra para que a doação seja efetuada. Nesse caso, o bem só será transmitido depois de verificado o adimplemento do modo imposto. O art. 136 do Código Civil disciplina que: "O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva".

8. Luciano de Camargo Penteadó, *op. cit.*, p. 314.

É importante, pois, avaliar no caso concreto, a vontade das partes em realizar negócio jurídico gratuito ou oneroso, uma vez que esse *animus* terá conseqüência imediata na interpretação do contrato.

Ademais, podemos identificar que a ausência da proporção na doação a difere do contrato de prestação de serviços, no qual a remuneração é a contrapartida estabelecida para o trabalho realizado. Ainda que na doação haja um encargo a ser cumprido, o mesmo não poderá ser proporcionalmente de igual valor. Caso contrário, a doação com encargo pode ser descaracterizada como tal, e considerada como contrato de prestação de serviços, ensejando a incidência dos impostos correspondentes⁹.

Esses elementos diferenciadores são essenciais para identificação da relação jurídica no caso concreto. Vejamos, por exemplo, o caso de ingressos para museus, concertos beneficentes e exposições de artes plásticas¹⁰. Muitas vezes, a empresa financia o espetáculo doando seu custeio, e recebe como contrapartida uma cota de ingressos para seu dispor, sem a exata correspondência de valores. Nesse exemplo, há clara intenção de doar sem a proporcionalidade da contrapartida. O mesmo se aplica à doação para entidade sem fins lucrativos que tenha que fornecer ingressos como encargo sem valor prefixado. A entidade pode até indicar um mínimo para receber como doação, mas os doadores devem ter a liberalidade de escolher doar valor distinto.

A esta discussão, agregue-se a doação da prestação de serviços ou de mercadorias. Essa deve ser realizada a preço de mercado e ao valor deve ser atribuído apenas o custo do serviço ou do bem doado, não devendo

9. Sobre o regramento tributário dessas relações, recomendamos a leitura de artigo de nossa co-autoria: Daniela Pais Costa e Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes. "O tratamento fiscal dos programas de geração de renda". In: Eduardo Szazi (org.). *Terceiro Setor: temas polêmicos*. São Paulo: Peirópolis, 2004. v. 1.

10. Não há restrição legal que impeça a prática de atividades econômicas por entidades do Terceiro Setor, conquanto essas não se constituam nas suas finalidades sociais, visando apenas a auto-sustentabilidade e a perenidade da entidade. Eventual *superavit* obtido deve ser aplicado na consecução dos objetivos estatutários, não podendo ser distribuído entre seus membros.

ser computada qualquer margem de lucro do doador¹¹, especialmente se a doação for feita com utilização de incentivo fiscal.

Promessa de doação

Alguns doutrinadores têm manifestado que o compromisso de praticar a liberalidade não poderá ensejar a exigibilidade de doação, por entenderem que o doador deve poder decidir, espontaneamente, sobre a sua liberalidade. Alegam que tal promessa de doação não pode ter caráter vinculativo, sob pena de ser retirado da doação sua feição voluntarista.

Sobre a promessa de doação, opina Maria Helena Diniz¹²:

Não poderá ser admitida porque o compromissário passaria a ter possibilidade de reclamar a sua execução, hipótese em que se teria, então, uma doação coativa, que se converteria em perdas e danos, o que seria incompatível com a natureza do instituto, que requer espontaneidade. Logo, essa promessa de doação seria nula; não se pode impor um benefício. Só se poderá fazer promessas de contratos onerosos.

Fazendo uso da dialética, a mesma autora prossegue apontando a tese contrária: que admite a promessa de doação porque a espontaneidade se dará quando o promitente-doador fizer livremente sua promessa de doar, sendo cabível ao promissário-donatário a indenização decorrente.

11. Veja o que diz o Ato Declaratório Normativo SRF nº23/1997:

"a) as doações e patrocínios realizados sob a forma de prestação de serviços ou de fornecimento de material de consumo para projetos culturais amparados pela Lei nº 8.313/1991 serão efetuados a preços de mercado, para fins de dedução do imposto de renda devido, respeitados os limites legais;

b) os valores a que se refere a alínea anterior não integrarão a receita bruta ou faturamento do doador ou patrocinador na determinação da base de cálculo do imposto de renda devido, contribuição social sobre o lucro, Cofins e Pis/Pasep;

c) o cômputo como despesa operacional da doação ou patrocínio efetuado limitar-se-á ao custo contábil do bem ou serviço".

12. Maria Helena Diniz. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. II. p. 43.

Com outro ponto de vista, Caio Mário da Silva Pereira¹³ introduz a discussão, bifurcando as duas linhas de argumentação, segundo a forma da doação. Se simples ou pura, não há possibilidade de lavratura de contrato preliminar, já que “é da própria essência da promessa de contratar a criação de compromisso dotado de exigibilidade. O promitente obriga-se. O promissário adquire a faculdade de reclamar-lhe a execução. (...). Nada disso se coaduna com a essência da doação”. Se a doação for com encargo ou modal, o argumento não procede “(...) porque o encargo imposto ao donatário estabelece um dever exigível do doador, legitimando aquele a reclamar o cumprimento da liberalidade que o causou, e, portanto, neste campo restrito, é jurídica e moralmente defensável a promessa de doar”.

No caso concreto, é preciso contextualizar como foi feita a promessa de doação para analisar sua validade. Numa situação em que a promessa de doação possa ser de fato provada por ter sido lavrada e motivada em termo preliminar, o seu inadimplemento poderá ensejar uma ação de indenização por perdas e danos, cujo *quantum* devido, logicamente, não poderá exceder o valor da promessa. Para apuração da verba indenizatória, serão relevantes os gastos efetuados por conta da expectativa de direito da doação prometida, o que pode justificar uma demanda judicial em face do doador.

Restrições à liberdade de doar

As restrições à liberdade de doar têm a flagrante intenção de proteger o patrimônio do doador. A legislação contrapõe-na como negócio jurídico gratuito, ao oneroso. Na doação, a lógica legal é a de permiti-la e ao mesmo tempo limitá-la, por tratar-se de instrumento que simultaneamente aumenta o patrimônio do receptor e diminui o do doador.

13. Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. vol. III. p. 160.

Explica Arnold Wald¹⁴ que “as doações que desempenham importante função social e ética e concretizam aspirações de solidariedade humana provocam, por parte do legislador e do jurista, duas espécies de reações. Por um lado, as leis visam facilitá-las atendendo à sua finalidade benemérita. Por outro, há um justo receio de que sejam provocadas dolosamente, deixando, muitas vezes, o doador e sua família em situação precária. Surge assim uma regulamentação especial, em matéria de capacidade e de forma das doações, a fim de proteger as pessoas contra eventual excesso de generosidade”.

Nesse sentido, reiterou o CC regra que proíbe a doação universal. Dispõe que não valerá a doação de todos os bens (artigo 548, CC), ainda que a pessoa não tenha herdeiros necessários e mesmo que se trate de uma doação com encargo. O CC também regulamenta a reserva de parte do patrimônio como não disponível, tanto para a doação realizada em vida, quanto a testamentária. Deverá, então, ser reservada aos herdeiros necessários¹⁵ a legítima, que corresponde a 50 por cento do montante dos bens, ficando o restante livremente disponível.

Revogação da doação

A doação pode ser revogada pelos motivos definidos na lei, quais sejam, por ingratidão do donatário ou por inexecução do encargo (artigo 555, CC).

O Código Civil não estabelece definição específica de ingratidão, mas descreve, para fins de revogação, as causas que configuram as diferentes hipóteses de ingratidão, quais sejam: (i) atentado contra a vida; (ii) a ofensa física; (iii) a injúria; (iv) a calúnia; e (v) a recusa de prestar alimentos (art. 557, CC)¹⁶. O CC veda a renúncia antecipada do direito de revogar a

14. Arnold Wald. *Obrigações e contratos*. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 378.

15. “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

16. As exceções da revogação por ingratidão são (i) os casos de doações puramente remuneratórias; (ii) as oneradas com encargo já cumprido; (iii) as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural; e (iv) as realizadas para determinado casamento (art. 564, CC).

liberalidade por ingratidão do donatário (artigo 556, CC), protegendo a relação do doador e donatário¹⁷.

A *priori*, observa-se que os casos relacionados poderiam ser invocados unicamente por pessoas físicas. No entanto, entendemos que esse rol não contempla outras hipóteses que sirvam de embasamento para a revogação por ingratidão se o doador for pessoa jurídica. Cite-se, por exemplo, a difamação de uma empresa-doadora por parte da entidade donatária. O ato de imputar fato ofensivo fere a reputação e a credibilidade da empresa doadora no mercado, o que, conseqüentemente, justificaria a revogação do ato de liberalidade realizado, sem prejuízo de ação de indenização. Para maior segurança na relação jurídica, é importante estabelecer contratualmente hipóteses que configurem a ingratidão e, em virtude das quais, a revogação seja fundamentada.

A revogação da doação por não-cumprimento do encargo se opera quando o donatário incorrer em mora na execução. Caso não haja previsão contratual de tempo determinado para adimplemento do encargo, poderá o doador notificar judicialmente o donatário, indicando-lhe prazo razoável para o seu cumprimento (artigo 562, CC).

Além disso, pode haver a revogação fundamentada na teoria do adimplemento substancial que, esclarecemos, não é de aplicação pacífica quando se trata de doações. Em geral, a interpretação dos negócios jurídicos gratuitos é realizada de modo estrito. Exige-se mais do donatário que aumentou seu patrimônio gratuitamente do que do doador que impôs encargo oneroso ou excessivo. Tomemos por exemplo o caso da doação de um bem imóvel doado que tenha sido objeto de benfeitorias¹⁸ úteis ou voluptuárias, melhorando muito o bem que detinha a posse. Se o encargo foi cumprido em 80 por cento, houve um adimplemento substancial e essa revogação pode ser contestada. E caso a doação do bem seja

17. Anotamos que o dever de gratidão também foi recomendado como padrão de conduta do donatário, sendo direito do doador receber reconhecimento apropriado pelos benefícios causados (ver item V do Estatuto dos Direitos do Doador).

18. No caso das benfeitorias necessárias à conservação da coisa, entendemos que não há que se falar em indenização.

revogada, um caso como esse é passível de indenização pelas benfeitorias realizadas. Por isso, reafirmamos a importância de solenizar o ato da doação, em especial da doação com encargo, por meio de contrato particular ou escritura pública, conforme o caso, definindo o doador exatamente qual o prazo e a forma de desoneração do encargo imposto ao donatário.

O Código Civil trouxe inovação relevante para este tópico do nosso estudo. É que a doação realizada para entidade futura caducará se em dois anos não estiver sido regularmente constituída (artigo 554, CC).

Quanto à possibilidade de revogação do negócio jurídico de doação para constituição de patrimônio inicial de fundação, é preciso analisar como essa foi realizada. No caso da revogabilidade da instituição de fundação por testamento, não resta dúvida que essa poderá ser revogada enquanto o instituidor estiver vivo, já que as disposições testamentárias serão cumpridas após o falecimento (artigo 1.858, CC). A transmissão só se opera com a morte, limite da revogação neste caso. Se a constituição da fundação por escritura pública, após a lavratura definitiva, a doação passa a ser irrevogável, independentemente de futuro registro, tendo em vista que o patrimônio doado é afetado para a consecução dos seus fins, conforme positivado pelo Código Civil (artigo 64, CC). Edson José Rafael¹⁹ explica que:

tendo sido a escritura pública lavrada na presença de um promotor de justiça, compete-lhe exigir judicialmente o cumprimento do avençado, ainda que a contragosto do instituidor: assinada a escritura de doação de bens para uma fundação, torna-se ela – a escritura pública – em última análise, título executivo extrajudicial contra o outorgante, que poderá ser acionado em Juízo, se for o caso, para cumprir a obrigação assumida. Não fosse o bastante, é necessário frisar que não mais poderá o instituidor impedir o registro (ainda que assim o deseje) no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, pois ele será efetivado, se for o caso, pelo próprio representante do Ministério Público.

19. Edson José Rafael. *Fundações e direito*. São Paulo: Melhoramentos, 1997. p. 94.

Na hipótese da dotação²⁰ inicial por subvenção periódica, observa Orlando Gomes²¹ que:

quando a dotação consiste em prestações periódicas, é um ato a título gratuito pelo qual o instituidor proporciona uma renda destinada à manutenção da fundação. Este ato de destinação é típico, não se identificando, pois, com a doação típica, nem com a doação atípica, uma vez que a destinação obrigatória das prestações periódicas suprime o enriquecimento do pseudo-donatário – enriquecimento que é traço característico nos atos de liberalidade. E porque não é doação, as regras deste contrato gratuito, com as que dizem respeito à inoficiosidade e à revogabilidade não se aplicam. Destarte, o princípio de que a doação juridicamente perfeita é irrevogável, salvo por ingratidão do donatário, não se aplica à dotação em forma de subvenção periódica. Nem há que cogitar-se quando consiste em um ato de trato sucessivo. A possibilidade há de ser examinada à luz do conflito entre o princípio de que ninguém deve permanecer vinculado para sempre ao cumprimento de uma obrigação e a causa da dotação. Visto que é necessária à formação e à existência de toda e qualquer fundação, a interrupção das prestações a que obriga seria inadmissível, não apenas pela repercussão na vida do ente até o extremo de sua extinção, mas porque, como instituidor, sai da cena ao nascer a fundação e como dotador pratica um ato jurídico perfeito e acabado na mesma ocasião, e daí por diante irretratável. Sucede, porém, que, ao se aceitar tal raciocínio, se estará admitindo a consequência absurda de que a subvenção é perpétua, mas, então seria nula, porque o nosso direito repele, como acentua Agostinho Alvim “as obrigações e os vínculos perpétuos.

Maria Helena Diniz²² publicou parecer sobre um caso concreto que envolvia a doação por subvenção periódica, aposta como cláusula dos

20. Dotação significa ação, processo ou efeito de dotar verba destinada a um fim.

21. Orlando Gomes. “Novíssimas questões de Direito Civil. Aditamento a ato fundacional”. São Paulo: Saraiva, 1984. p.4. Apud Gustavo Saad Diniz. *Direito das fundações privadas*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 251.

22. Maria Helena Diniz. *Direito fundacional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 25-30.

estatutos da fundação, desde sua instituição. No caso dos instituidores pretendia se liberar do compromisso assumido, com a concordância do outro instituidor. Sua opinião foi a de que o instituidor que pretendia a dispensa da responsabilidade que assumiu na escritura pública não pode exigí-la, mesmo com concordância do outro instituidor, “pois somente a Fundação pode liberá-lo, por expressa deliberação do Conselho de Curadores, com a aprovação do órgão do Ministério Público, desse ônus, se tiver condições econômicas para assumir tal sustento”.

Invocamos o ensinamento de que o contrato é a veste jurídica da vontade das partes. Por isso, em diversos pontos deste ensaio ratificamos nossa posição acerca da importância da utilização de adequado instrumento jurídico para regular as relações. É, pois, nos atos constitutivos de uma fundação, ou nos contratos particulares e escrituras públicas em geral, que devem constar as hipóteses de desoneração, tanto do doador da subvenção periódica, quanto do donatário do encargo. Caso não haja expressa previsão, as hipóteses de revogação que não encontrarem fulcro na legislação existente, terão que ser definidas no caso concreto.

Reversão dos bens

Ocorrida a revogação da doação poderá haver ou não a reversão dos bens. Se for por ingratidão do donatário, dispõe o Código Civil que esse deverá pagar os frutos posteriores à revogação e restituir as coisas doadas em espécie, devendo indenizar o doador pelo meio-termo de seu valor quando não mais puder entregar as coisas (artigo 563, CC). Se for por inexecução do encargo, não há regra específica. Valerá o que dispuser o contrato de doação com encargo acordado entre as partes.

As dotações efetuadas para a instituição de fundações, conforme anotado, são irreversíveis. A própria definição legal de fundação já prevê que a dotação inicial do patrimônio deve ser composta de bens livres de quaisquer ônus ou gravames, que serão afetados para determinados fins. Até porque, uma vez realizada a doação, o recurso antes privado torna-se público, sob tutela legal do Ministério Público.

Imposto sobre transmissão de bens por ato causa mortis e doação (ITCMD)

Atentamos que há imposto incidente diretamente sobre a transmissão de bens por doação, que é de competência estadual e deve ser observado localmente antes de realizada a doação. Na maioria dos Estados brasileiros, as doações efetuadas para entidades sem fins lucrativos que cumpram os requisitos determinados em lei específica foram isentas do ITCMD²³.

Incentivos fiscais a doações

Um outro item importante a ser considerado pelo doador ao realizar uma doação é a possibilidade de utilização de incentivos fiscais que constituem hoje importante ferramenta para o desenvolvimento do Terceiro Setor. Geralmente os incentivos são financiados em parte pela renúncia do Estado de parcela da sua arrecadação em prol de atividades realizadas pela sociedade civil com finalidades públicas.

Para entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip)²⁴, ou que tenham o título de Declaração de Utilidade Pública (Dup), que prestem serviços gratuitos em benefício de seus empregados ou da comunidade onde atuem (Lei nº 9.249/95), há incentivo fiscal para doações realizadas por pessoa jurídica, tributada pelo regime de lucro real²⁵. Esse incentivo permite que a empresa deduza integralmente o valor da doação como despesa operacional, até o limite de 2% (dois por cento) de seu lucro operacional bruto. A dedução é feita na base de

23. No Estado de São Paulo, a isenção está prevista no art. 6º, parágrafo 2º da Lei nº 10.992/2001.

24. Recomendamos ver interessante simulador de doações às Oscips com incentivo fiscal no site do Instituto Paradigma (www.institutoparadigma.org.br).

25. "Art. 246. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas (Lei nº 9.718, de 1998, art. 14):

I – cuja receita total, no ano-calendário anterior, seja superior ao limite de vinte e quatro milhões de reais, ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a doze meses (...)"

cálculo do imposto sobre a renda da pessoa jurídica (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro (CSSL)²⁶. Somando-se as duas reduções da base de cálculo, ter-se-á 34 por cento de renúncia fiscal e 66 por cento de efetiva doação da empresa à entidade donatária. Para a utilização desse incentivo, deverá a donatária apresentar seu certificado de Oscip ou de Dup, com respectiva renovação anual. O doador tem o direito de solicitar documentos comprobatórios da regularidade da entidade à qual pretende destinar sua doação.

Entendemos que a reversão no caso de doações efetivadas com incentivo fiscal para entidades qualificadas como Oscip ou Dup é possível, desde que estipulada em contrato e o doador faça a exclusão da doação na sua contabilidade, estornando a quantia doada do campo de sua despesa operacional. Vale ressaltar que a pessoa física não poderá utilizar esse incentivo, pois a legislação tributária em vigor não mais autoriza a dedução de doações realizadas por pessoas físicas para entidades sem fins lucrativos, tal como o fazia até 1997.

Outro incentivo é o da doação para instituições de ensino e pesquisa, cuja criação tenha sido autorizada por Lei Federal, até o limite de 1,5% (um e meio por cento) do lucro operacional, antes de computada sua dedução e a da doação às entidades que prestem serviços gratuitos, desde que as donatárias preencham os requisitos do artigo 213 da Constituição Federal e do inciso II do parágrafo 2º, do artigo 13 da Lei nº 9.249/95.

Na área cultural²⁷, a Lei nº 8.313/91 (Lei Rouanet) traz incentivo fiscal de âmbito federal para fomentar projetos de vários segmentos, como

26. Operacionalmente, a empresa deverá, nos casos de doação em espécie, fazê-la por meio de depósito bancário. O recibo do depósito bancário e o recibo da entidade donatária deverão ser apresentados junto com a declaração de imposto de renda da pessoa jurídica. Além disso, como obrigação acessória, deverá a empresa doadora manter em seu arquivo declaração específica fornecida pelo donatário, conforme modelo previamente aprovado pela Receita Federal (IN/SRF nº 87/1996).

27. No atual cenário político, discutem-se alterações na sistemática dos incentivos à cultura. Pelas mudanças legislativas, pontuamos ser recomendável sempre checar se as disposições legais continuam em vigor. No site do Planalto (www.planalto.gov.br) ou do Senado Federal (www.senado.gov.br) o cidadão pode verificar o inteiro teor das normas e se estão em vigor.

literatura, humanidades, música, folclore, artesanato, conservação do patrimônio histórico e cultural, teatro, produção cinematográfica, entre outros. A lei distingue doação e patrocínio. A doação, nos termos da lei, reveste-se de caráter benemérito, de cujo ato não se espera publicidade. O patrocínio, ao contrário, tem finalidade promocional e institucional. Essa diferença é importante porque define, inclusive, o percentual de dedução a ser abatido do imposto devido. Poderão ser deduzidos do imposto de renda, de pessoas físicas ou jurídicas, os valores destinados a projetos culturais. Para a doação, o limite desse percentual é maior, sendo 40 por cento para pessoa jurídica e 80 por cento para pessoa física. Para o patrocínio reserva-se número menor: 30 por cento para pessoa jurídica e 60 por cento para pessoa física. Os percentuais são diferentes também de acordo com o segmento cultural incentivado.

Há hipótese legal de dedução de 100 por cento do valor doado ou patrocinado especificamente quando destinado a: (i) artes cênicas; (ii) livros de valor artístico, literário ou humanístico; (iii) música erudita ou instrumental; (iv) circulação de exposição de artes plásticas; e (v) doações de acervos para bibliotecas públicas e para museus (artigo 18, parágrafo 3º, Lei nº 8.313/91). Os mecanismos podem se repetir nos estados e municípios, por meio da renúncia fiscal de impostos de sua competência. A atividade de audiovisual foi contemplada com lei específica (Lei nº 8.686/93 e alterações posteriores) que prevê abatimento integral do imposto de renda devido e ainda possibilita a dedução dos valores investidos como despesa operacional.

No caso da Lei Rouanet, há previsão legal de que o proponente cultural só possa usufruir o recurso captado quando perfizer, no mínimo, 20 vinte por cento²⁸ do valor total do projeto. Dessa forma, caso não seja arrecadado o percentual mínimo, deverá o recurso captado ser revertido para o Fundo Nacional de Cultura (FNC), não havendo, nessa hipótese, possibilidade de reversão da doação para o doador.

28. Ver Portaria Minc nº 46/1998, alterada pela Portaria MINC nº 180/1998. No caso de projetos audiovisuais e radiofônicos, ver art. 16 da Portaria Minc nº 500/1998.

Há também o incentivo fiscal definido no Estatuto da Criança e do Adolescente (Eca, artigo 260, Lei nº 8.089/90) que permite às pessoas físicas ou jurídicas fazerem doações aos Fundos dos Direitos das Crianças e do Adolescente, seja em âmbito federal, estadual ou municipal²⁹. O valor doado poderá ser deduzido do imposto de renda devido, no mesmo exercício fiscal, até o limite de 6 por cento para pessoa física, e de 1 por cento para pessoa jurídica. Os recursos recebidos serão geridos pelos conselhos correspondentes, que fixam por resoluções os critérios para aplicação, baseados na definição da política de prioridade deliberada pelos seus membros, sendo de expressa previsão legal a obrigação da aplicação de percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Dados de utilização de incentivos fiscais no Brasil

O Gife realizou pesquisa com base no relatório da Secretaria da Receita Federal sobre Declaração de Informações Econômico-Fiscais das Pessoas Jurídicas (DIPJ) divulgado em 2002. O universo da pesquisa foi de 2.908.047 pessoas jurídicas que apresentaram a DIPJ em 2000, referente ao ano-calendário 1999. Dessas, 188.828 eram empresas tributadas pelo regime de lucro real, 574.267 pelo regime de lucro presumido, 2.012.112 pelo regime tributário simplificado (Simples), 29.814 entidades imunes e 103.026 isentas de IRPJ. As empresas tributadas pelo lucro real representavam 6,71 por cento das que declararam, com índice de

29. No município de São Paulo, o Fundo Municipal da Criança e do Adolescente (Fumcad) foi instituído pela Lei Municipal nº 11.123/1991. Destaca-se sua experiência inovadora de destinação vinculada da doação realizada. Nos termos do artigo 3º do Decreto Municipal nº 43.135/2003 (alterado pelo Decreto nº 43.935/2003), foi facultado ao doador o direito de escolher a entidade para qual ele deseja destinar a doação. O Fundo retém 10 por cento e 90 por cento do valor doado é transferido para a entidade escolhida. Por óbvio, a entidade receptora da doação deve cumprir requisitos, como estar cadastrada no conselho correspondente, no qual devia ter seu projeto previamente aprovado. Deve, ainda, aplicar os recursos na execução de projetos que atendam crianças e/ou adolescentes e que estejam alinhados à política pública municipal definida como prioritária.

concentração de 78 por cento da receita. Para chegar ao número dos potenciais doadores, separou-se a fatia das empresas que tinham imposto a pagar e que, portanto, poderiam fazer uso do incentivo. Assim, de acordo com dados apurados da Receita Federal, em 1999, 80.310 empresas eram potenciais doadores.

No entanto, conforme se verifica nos dados divulgados, apenas 4.349 (5,41 por cento) utilizaram os incentivos, sendo que 47 por cento destinaram recursos para entidades declaradas de utilidade pública e qualificadas como Oscips, 31 por cento para o Programa Nacional de Incentivo à Cultura (Lei Rouanet), 12 por cento para o Fundo da Criança e do Adolescente, 6 por cento para atividades audiovisuais e 4 por cento para as instituições de ensino e pesquisa). No total, as empresas destinaram às áreas social e cultural R\$ 548 milhões, valor que poderia atingir cerca de R\$ 4 bilhões. As ONGs receberam R\$ 225 milhões de 2.051 empresas. Nesse caso, o valor poderia chegar a R\$ 2 bilhões. Outros R\$ 7,48 milhões foram destinados para o Fundo da Criança e do Adolescente por 512 organizações, o que representa apenas 6 por cento do total (R\$ 127,93 milhões) que poderia ter sido doado.

A conclusão deste trabalho do Gife foi que, “a falta de conhecimento da legislação é o principal motivo que tem levado as empresas a desperdiçarem a chance de direcionar recursos públicos, melhorar o controle social sobre sua aplicação e fortalecer laços de parceria entre sociedade civil e governo”, diz Eduardo Szazi, orientador da pesquisa.

Doações estrangeiras a nacionais

Empresas estrangeiras ou organismos internacionais podem efetuar doações a pessoas físicas ou jurídicas brasileiras seguindo as mesmas regras das doações entre nacionais, complementadas por obrigações acessórias de regularização da remessa de divisas para o país. Não há necessidade de registro no Banco Central do Brasil (programa Sisbacen) como é exigido para os investimentos externos diretos ou indiretos. A entrada do recurso é feita pelo mercado de câmbio de taxas flutuantes como transferência unilateral. O doador externo deve apenas transferir a quantia desejada para

a conta bancária da entidade donatária no Brasil. Essa ordem de pagamento deve ser efetuada mediante a assinatura de um contrato de câmbio firmado no banco receptor, no qual o representante legal da entidade completará os dados da instituição e o motivo do recebimento do recurso – a doação. A entrada irregular de numerário sem lastro e contabilização formal pode configurar fraude, sujeita às penas da lei.

Para o doador internacional, a regularização da entrada do valor doado no país representa uma segurança jurídica. Em virtude dessa, poderá exercer os direitos decorrentes da liberalidade praticada, como a repatriação do investimento social pelo não-cumprimento do encargo e a comprovação do aporte de recursos em caso de eventual demanda judicial.

Recomendações para formalização de contrato de doação

Quando levado a termo, o contrato pode descrever relação jurídica diversa da que se quis estabelecer. No caso da veste jurídica que não corresponda à vontade das partes, a força de argumentação, tanto judicial quanto extrajudicialmente, pode ser substancialmente diminuída. Antes de exigir o cumprimento do contrato, ter-se-á que discutir sua validade, o que, desde logo, enfraquece o discurso, aumenta os custos da demanda e ainda oferece risco de resultado muito diverso do esperado. A adequada tradução contratual da relação jurídica travada entre as partes permite, pois, que essas estejam mais protegidas e que eventuais inadimplementos encontrem na própria formação da vontade das partes a sua correspondente sanção. É de importância capital que a identificação do negócio jurídico seja clara, apondo que tipo de doação está sendo efetuada e quando se operará a extinção do vínculo obrigacional entre doador e donatário, para que a ligação não permaneça *ad eternum*. Também deve ser regulamentada a concessão de licença de direitos de uso de nome e marca do doador.

Em suma, um contrato de doação deverá observar: (i) a capacidade civil do doador de efetuar a doação e do donatário de promover o aceite; (ii) a regularidade da situação cadastral perante os órgãos públicos, especialmente em relação a débitos fiscais, trabalhistas e previdenciários do donatário,

e de seus administradores, caso esse seja pessoa jurídica; (iii) a licitude e a determinabilidade do objeto; (iv) a indicação do valor da coisa doada, seja em dinheiro, bens ou serviços; (v) as formalidades legais exigidas para a transmissão da importância ou do bem doado, seja esse material ou imaterial³⁰; (vi) a utilização ou não de incentivo fiscal; (vii) a vinculação da verba para projetos específicos ou a permissão da livre disposição dos valores recebidos; (viii) a definição do encargo, se for o caso, prevendo se esse terá caráter suspensivo ou resolutivo; (ix) as hipóteses de revogação da doação e se haverá ou não possibilidade de reversão dos bens; (x) as formas e a periodicidade da prestação de contas; (xi) a avaliação de resultados e a produção de indicadores; (xii) a licença para uso de nome e marca; (xiii) confidencialidade dos dados obtidos em função da relação; (xiv) o prazo de vigência da relação contratual; e (xv) a assinatura de 2 (duas) testemunhas.

Note-se que o doador não é obrigado a pagar juros moratórios nem é sujeito às consequências da evicção ou dos vícios redibitórios, salvo convenção em contrário (artigo 552, CC). Se as partes desejarem regulamentação distinta deverão, pois, fazer constar do contrato, expressamente.

***Standards* internacionais que definem os direitos dos doadores**

A regulamentação por meio de “manuais de conduta” tem sido cada vez mais freqüente na nossa sociedade globalizada³¹. Internacionalmente,

30. Observar que os direitos de existência abstrata, como os de propriedade industrial (marcas, patentes, invenções e modelos de utilidade) e de crédito também podem ser objetos de doação. Igualmente é possível doar proventos advindos de direitos autorais.

31. Destacamos também o *Non-governmental organisations: guidelines for good policy and practice (Manual de boas práticas e políticas para ONGs)*, que foi desenvolvido pela Fundação da Comunidade Britânica (Commonwealth Foundation) e traz diretrizes para o aperfeiçoamento das relações que envolvam ONGs e doadores. Não iremos tratar dele neste ensaio mas achamos importante pontuar a sua existência. Colin Ball and Leith Dunn. *Non-governmental organisations: guidelines for good policy and practice*. London: Commonwealth Foundation, 1995. www.commonwealthpeople.com/info/ngoguidelines.pdf. Acesso em 30 de setembro de 2004.

foram estabelecidos alguns parâmetros de conduta para orientar as relações entre doadores, donatários e os profissionais envolvidos na captação de recursos. Fundamentados na exigência de gestão responsável, segura e controlada da aplicação de recursos privados para fins públicos, quatro organizações representativas que atuam na área de *fund raising* (captação de recursos) AAFRC, AHP, AFP e Case criaram o Estatuto dos Direitos do Doador (The Donor Bill of Rights)³², cujo teor foi endossado por uma série de entidades em todo o mundo. O texto inspirou a ABCR a elaborar a versão brasileira do Estatuto dos Direitos do Doador, inserido no art. 6º do Código de ética e padrões da prática profissional³³ que adotou nove dos dez direitos recomendados.

O referido estatuto não tem força de lei. Trata-se de um conjunto de premissas de conduta social a serem observadas pelas partes que poderão ou não constar do contrato de doação. Por estabelecer parâmetros de comportamento interessantes como diretrizes a serem seguidas pelos atores envolvidos na relação da doação de recursos para custeio de projetos sociais, entendemos ser importante utilizar o documento para nortear o debate em torno dos direitos dos doadores.

Passemos, pois, a analisar cada um desses direitos.

I. Ser informado sobre a missão da organização, sobre como ela pretende usar os recursos doados e sobre sua capacidade de usar as doações, de forma eficaz, para os objetivos pretendidos.

Como primeiro direito do doador, foi definido o direito à informação sobre pontos que, na maioria das vezes, precedem a decisão de doar. A palavra “missão” tem como origem o vocábulo latino *mitere*, que significa “a que foi enviada”. Geralmente, o conteúdo de uma missão traduz

32. Como Anexo B encontra-se, na íntegra, o texto publicado em 1993. Disponível também em www.afpnet.org/tier3_cd.cfm?folder_id=898&content_item_id=9988. Acesso em 30 de setembro de 2004.

33. Disponível em www.abcr.org.br. Acesso em 30 de setembro de 2004.

a identidade da entidade e os fins que persegue. Sua construção deve considerar a experiência de seus membros, a realidade atual e o projeto futuro aonde se quer chegar. O doador se sente mais confortável para doar quando verifica que a missão do donatário está alinhada com as suas aspirações sociais.

O exercício desse direito é primordial para o doador por assegurar-lhe compatibilidade estratégica em relação ao investimento social privado que pretende realizar. Ensina James Austin³⁴ que

os gerentes devem avaliar se as missões das organizações têm pontos em comum, se a aliança é igualmente importante para ambas as partes, se as várias necessidades e capacidades dos parceiros são passíveis de integração e se os parceiros têm valores organizacionais suficientes em comum. (...) Quanto mais central a aliança for para a missão e para a estratégia de cada parceiro, mais forte será a parceria.

Além disso, o doador que quer contribuir em prol de determinada causa tem o direito de ser informado sobre como os receptores da doação pretendem utilizar a verba recebida. O doador quer saber se a entidade tem, além da missão, objetivos e metas a serem cumpridos, plano de trabalho anual ou planejamento estratégico. Ainda que seja uma doação feita sem vinculação, ao praticar a liberalidade, o doador tem o direito de conhecer as pretensões do donatário e seu plano de dispêndio da verba. Afinal de contas, ele estará subtraindo determinada quantia de seu patrimônio e transferindo-a para outrem que age em nome de uma causa pública e não de si próprio.

Também é direito do doador receber informações sobre a capacidade do donatário para empregar a quantia a ser investida nos objetivos declarados. Muitas vezes o doador quer ter a clareza do fluxo de trabalho interno do donatário, para avaliar sua capacidade de articulação e gestão dos recursos recebidos. Além do desenho institucional, a capacidade pode ser demonstrada se comprovada experiência anterior por meio de currículo

34. James E. Austin. *Parcerias – fundamentos e benefícios para o Terceiro Setor*. Trad. Lenke Peres. São Paulo: Futura, 2001. p. 71-72. Tradução de *The collaboration challenge*.

atualizado e organizado das atividades realizadas ou por atestados de capacidades técnicas pela realização de determinadas ações, em especial, quando em cooperação com o poder público. Dessa forma, o doador poderá avaliar, com fundamento na experiência acumulada da entidade, se essa será capaz de gerir, eficazmente, os recursos recebidos, aplicando-os nas suas finalidades.

II. Receber informações completas sobre os integrantes do conselho diretor e da diretoria da organização que requisita os recursos.

Esse segundo direito do doador exige idoneidade dos administradores do donatário responsáveis pela sua gestão. Sendo seus membros pessoas de conduta ilibada, acredita-se que tal será a postura adotada pela organização. É requisito de alguns repasses de recursos públicos que sejam apresentadas, para habilitação jurídica do projeto, certidões negativas de débito (CND) atestando quitação de tributos de seus representantes legais, além das tradicionais CNDs exigidas da entidade.

Se associação, a instância máxima de deliberação é a assembléia geral de seus associados, cuja competência privativa foi definida pelo CC (artigo 59, CC). A gestão executiva pode ser exercida por uma diretoria ou um conselho, análogo ao conselho de administração da Lei das Sociedades Anônimas (Lei das S/As nº 6.404/76 e alterações posteriores)³⁵ com limitação de poderes estatutariamente estabelecida. A entidade pode ter também outros conselhos que não tenham essência de administrar a entidade, investindo seus membros de competência apenas estratégica, como suporte à gestão, cabendo ao órgão de administração a execução de suas sugestões. Este conselho poderá ter várias denominações, entre elas, conselho consultivo, técnico, científico ou de notáveis, e suas funções podem ser predefinidas pelo estatuto ou por um regimento interno. No caso das fundações, os órgãos de administração serão estabelecidos por sugestão de seu instituidor e ratificados pelo Ministério Público. Normalmente, a

35. Recomendamos a leitura dos artigos 121 a 165 da Lei das S/As, para embasar o modo de constituição de funcionamento dos órgãos de gestão da entidade.

gestão é exercida pelo conselho curador ou superior. As fundações também poderão ter um diretoria executiva e/ou conselho de administração.

A constituição de um conselho fiscal permanente para entidades qualificadas como Oscip é obrigatória (artigo 4º, III, Lei nº 9.790/99). A lei define que o órgão deve ser dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para seus organismos superiores.

A Lei das Oscips dispõe também como requisito para a qualificação que o estatuto social da requerente contenha a previsão da observância de princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, além da adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes para coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório (artigo 4º, I e II, Lei nº 9.790/99). O seu decreto regulamentador, especifica que benefícios ou vantagens pessoais são os obtidos pelos dirigentes da entidade e seus cônjuges, companheiros e parentes colaterais ou afins até terceiro grau; e os obtidos pelas pessoas jurídicas das quais os mencionados acima sejam controladores ou detenham mais de 10 por cento das participações societárias (artigo 7º, Decreto nº 3.100/99). O espírito dessas disposições é que os órgãos de gestão de atividades de interesse público tenham processos decisórios desenhados de maneira adequada e transparente.

Esta tendência também aparece no mercado empresarial. A transparência tem sido exigida das sociedades anônimas de capital aberto com ações negociadas em bolsa que precisam oferecer aos seus investidores confiança e segurança. As empresas estão buscando adaptar a gestão dos negócios a boas práticas de governança corporativa³⁶, com a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para sua perenidade. Além da *expertise* dos administradores, exige-se ética

36. Recomendamos a leitura do "Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa" disponível no site www.ibgc.org.br. Acesso em 30 de setembro de 2004.

na gestão empresarial, requerendo de seus dirigentes conduta exemplar e reponsável na condução dos negócios sociais.

Qualquer que seja o tipo de constituição societária e o modo de gestão de suas atividades administrativas e financeiras, é regra social – e em alguns casos legal –, que essas instâncias de poder e suas delimitações sejam transparentes. O doador tem o direito de ter acesso a informações sobre os administradores do donatário, a composição dos órgãos e sua forma de gestão, entre outros elementos, para compreender o *modus operandi* da organização e decidir se faz ou não o investimento social.

III. Ter acesso a mais recente demonstração financeira anual da organização.

Manter as contas em dia com sua completa escrituração é sinal de gestão administrativo-financeira eficaz. Atualmente, as exigências dos doadores para prestação de contas requerem ferramentas utilitárias que facilitem os processos de inserção e sistematização de dados, além da possibilidade de se criar, com eles, indicadores de avaliação de desempenho econômico. Os donatários devem manter atualizadas as informações contábeis, para entregar, com a periodicidade exigida, relatórios e demonstrativos financeiros.

Entre os requisitos definidos pela legislação tributária (artigo 14, Código Tributário Nacional – CTN) para que instituições de educação e de assistência social possam gozar da imunidade constitucional a tributos que incidam sobre patrimônio, rendas e serviços (artigo 150, VI, “c”, parágrafo 4º, Constituição Federal – CF), tem-se:

- (i) não distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;
- (ii) aplicar integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;
- (iii) *manter escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar a sua exatidão.* (grifos nossos)

Além dos três requisitos definidos pelo CTN para a fruição da imunidade, a Lei nº 9.532/97, instituiu, no seu artigo 12, outros requisitos, conforme se verifica do texto a seguir:

§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

- a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados³⁷;*
- b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;*
- c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;*
- d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;*
- e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;*
- f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes;*
- g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público;*
- h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo. (grifos nossos)*

Ambas disposições legais pressupõem a obrigação de organização e escrituração dos documentos.

37. Sobre remuneração de dirigentes ver também art. 37 da Lei nº 10.637/2002.

A Lei Rouanet prevê detalhadas formas de prestação de contas dos valores e bens captados, com a chancela do Ministério da Cultura (Minc). A doação é conseguida junto ao mercado privado e o aval de aprovação do projeto é dado pelo poder público. Dessa forma, para doações efetivadas com esse incentivo fiscal, o donatário terá que prestar contas ao Ministério, sem prejuízo da prestação de contas particular.

A Lei das Oscips estabelece que as normas de prestação de contas³⁸ deverão observar os princípios fundamentais da contabilidade. Em caso de recebimento de recursos públicos, por meio do Termo de Parceria, no montante igual ou superior a R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) no exercício fiscal, a lei impõe a necessidade de realização de auditoria. Em suma, os gastos efetuados em nome do interesse público devem espelhar financeiramente o investimento realizado. Para respaldar a continuidade e a transparência da gestão dos recursos, há exigências legais e consuetudinárias que devem ser atendidas.

Destacamos método de demonstração contábil que permite, na prática, a visualização dos gastos efetuados pela organização e suas prioridades sociais. Trata-se do balanço social e suas versões desenvolvidas para empresas doadoras e ONGs donatárias pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase)³⁹.

IV. Ter assegurado que as doações serão usadas para os propósitos para os quais foram feitas.

Nos dias de hoje, são mais raras as doações feitas sem destinação específica de sua aplicação. Isso porque os doadores querem ter segurança de que a doação será utilizada na causa financiada. Há doadores que preferem investir em projetos específicos, com verba vinculada, podendo contribuir para a sua realização com recursos humanos, além dos econô-

38. Sobre a obrigatoriedade de prestação de contas das ONGs, ver mais detalhes no artigo de Daniela Pais Costa, publicado nesta mesma edição.

39. Disponível em www.ibase.org.br. Acesso em 30 de setembro de 2004.

nicos. Isso depende do seu perfil e da proposta de custeio. Não é incomum que os doadores queiram ter um contato próximo com o donatário e/ou seus beneficiários, colocando-se pessoalmente como parte integrante da ação ou estimulando que seus funcionários o façam. Outros têm interesse em contribuir para a administração cotidiana da entidade e para a manutenção das atividades desenvolvidas.

Embora seja direito do doador exigir que não haja desvio de finalidade na aplicação do recurso doado, isso não lhe confere poderes de interferir na gestão ou na definição de prioridades do donatário. A ingerência do doador pode causar conflitos sociais grandes na relação com o donatário que deve ter liberdade para gerir a entidade. No Terceiro Setor não se compra participação no capital social de uma entidade como se faz em uma empresa. O capital é humano e como tal deve ser respeitado. Some-se a isso o fato de que as atividades do Terceiro Setor obedecem a uma lógica diferente da vigente no mercado, particularmente no que concerne às suas formas de avaliação de sucesso. Isso porque não é a apuração do lucro que indicará o bom resultado da ação, mas sim o impacto da intervenção social, na medida em que modifique positivamente a realidade antes existente.

No caso das fundações, o Ministério Público acompanha e fiscaliza a destinação da doação, conforme tivemos a oportunidade de apontar. Sendo uma associação, o controle é difuso, devendo ser exercido, especialmente, pelos associados. Se for uma entidade qualificada como Oscip, há a obrigação legal de publicização dos atos de gestão e previsão de formas de prestação de contas e de controle social, a ser exercido por qualquer cidadão. E ainda que seja um projeto centrado em uma pessoa física, o propósito para o qual a verba foi doada deverá ser cumprido.

V. Receber reconhecimento apropriado.

Reconhecer um ato realizado é dar a ele a importância que lhe é devida. O ingrato é justamente aquele que não considera a relevância do ato e age em flagrante desrespeito a quem o ajudou. A idéia é que o donatário deve recordar o benefício recebido de diferentes formas, reconhecendo o ato do doador.

Existem doadores que efetuam as doações com envolvimento e participação na causa apoiada, motivados pelo desejo de transformação social. Há os que doam por um caráter essencialmente de marketing estratégico. Rosa Maria Fischer⁴⁰ identificou os “dois tipos básicos: a empresa que considera essas ações como um investimento social, como um bem em si mesmo, gerador de resultados para a comunidade ou população-alvo; e a empresa que concebe tais ações como investimento negocial cujo retorno efetiva-se na imagem da marca como desempenho do produto”. Essa diferenciação entre o doador que doa por liberalidade e o que patrocina por estratégia de agregar valor à marca também se encontra presente na legislação vigente como já explicado no incentivo fiscal da Lei Rouanet.

VI. Ter a garantia de que qualquer informação sobre sua doação será tratada com respeito e confidencialidade, não podendo ser divulgada sem prévia aprovação.

No mundo das relações privadas, prevalece a autonomia da vontade das partes, podendo o doador não querer que sua doação seja propalada. Caso decida pela vinculação do seu nome ao projeto financiado, ele tem o direito de aprovar previamente a forma e os veículos nos quais seu nome e imagem sejam divulgados. Muitas empresas têm hoje escrita sua política de comunicação e relacionamento com a imprensa, que estabelece diretrizes para sua representação junto à opinião pública. Ter cuidado com a marca é atitude estratégica, já que ela é um dos principais ativos de uma organização e carrega em si a sua reputação e credibilidade. Além disso, há dados que a empresa pode querer, por seu livre arbítrio, que não sejam divulgados, devendo ser guardados com respeito e confidencialidade.

40. Rosa Maria Fischer. *O desafio da colaboração – práticas de responsabilidade social entre empresas e Terceiro Setor*. São Paulo: Gente, 2002. p. 77.

VII. Ser informado se aqueles que solicitam recursos são membros da organização, profissionais autônomos contratados ou voluntários.

Na adaptação do estatuto dos direitos do doador do texto original à realidade brasileira, a disposição não contemplada pela ABCR foi o direito do doador de presumir que as relações entre a entidade e seus representantes sejam profissionais. O texto original tem a seguinte redação: “VII. To expect that all relationships with individuals representing organizations of interest to the donor will be professional in nature”. No Brasil, o Terceiro Setor está em franco processo de profissionalização mas essa realidade ainda não é maioria.

O próximo direito também diz respeito à relação entre o a pessoa que solicita recursos em nome de determinado projeto e a entidade. O doador tem o direito de saber qual a relação jurídica do captador que requer a doação e o donatário, bem como de saber quanto de sua doação será direta ou indiretamente investido. É importante que quem solicite os recursos tenha vínculo com a organização e possa sobre ela falar com propriedade. Além disso, vale ser transparente com o doador sobre a destinação da verba doada, explicitando, nos custos, o valor que será pago ao captador.

Os captadores de recursos integram hoje nova atividade profissional no mercado de trabalho. Uma discussão relevante com que nos defrontamos é precisamente acerca do vínculo do profissional com a entidade e sua forma de remuneração. Alguns entendem que o captador deve estar diretamente envolvido com a organização e sua causa, sendo recomendado que seja contratado *full time*. Ocorre que é freqüente no setor existirem profissionais de captação de recursos que trabalhem para mais de um projeto, sendo remunerado por percentual da captação. Diz o artigo 2º do Código de Ética e Práticas Profissionais da ABCR que eventual remuneração variável, a título de premiação por desempenho, poderá ser aceita em forma de bônus, desde que tal prática seja uma política de remuneração da organização para a qual trabalha e estenda-se a funcionários de diferentes áreas.

VIII. Poder retirar seu nome, se assim desejar, de qualquer lista de endereços que a organização pretenda compartilhar com terceiros.

O doador tem o direito de preservar a sua intimidade e imagem, podendo escolher se quer ou não permanecer em listas de endereços, anuários ou quaisquer outros materiais de comunicação institucional do donatário.

IX. Receber respostas rápidas, francas e verdadeiras às perguntas que fizer.

Não foi incluída a parte inicial deste item que atribui ao doador o direito de “sentir-se livre para questionar quando estiver fazendo uma doação”. De toda forma, a idéia permanece no texto, quando esse recomenda que o donatário forneça sempre respostas às perguntas formuladas pelo doador, sem demora, de maneira sincera e em correspondência com a realidade dos fatos. Em especial, o doador busca saber sobre resultados do projeto em que seus recursos foram aplicados. Mais do que o dever de informar, o donatário deve desenvolver uma cultura de informar para que o doador sinta confiança em realizar a doação.

Os direitos dos “e-doadores”

O ato de doar pela internet tem sido cada vez mais difundido, o que gerou o texto complementar Estatuto dos Direitos do E-doadores (Principles of the E-Donor Bill of Rights)⁴¹. Suas peculiaridades referem-se ao uso da internet como ferramenta para a realização de doações. Os direitos dos “e-doadores” tratam, entre outras coisas, da clareza e da

41. O texto integral encontra-se no Anexo C deste ensaio. www.afpnet.org/tier3_cd.cfm?folder_id=898&content_item_id=1247. Acesso em 30 de setembro de 2004.

veracidade das informações divulgadas na *home page*; da necessidade de explicitação de outras formas de contato, além do virtual; do lastro e da atualização das parcerias anunciadas; das possibilidades de utilização de incentivo fiscal com base na lei; da segurança na transmissão de dados nas transações realizadas *online*; se a doação realizada vai direto para a causa; qual a política de privacidade do site e como serão utilizadas as informações cadastradas pelo doador; da oportunidade de tirar o seu nome de listas ou bancos de dados que serão compartilhados com terceiros; e da autorização do “e-doador” para receber e-mails ou comunicados.

No Brasil, as experiências são diversas e vão desde as doações tradicionais, efetuadas por meio do site do donatário ou de sua conta corrente indicada na *home page*, passando pelos “clicks de solidariedade”, nos quais o “e-doador” dá um voto de confiança, pois quem efetivamente investe é a empresa doadora que compra o espaço publicitário e vincula a quantia que vai destinar ao número de acessos. Anote-se a experiência da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa)⁴², que desenvolveu mecanismo que permite à pessoa jurídica investir em determinados projetos sociais como se estivesse fazendo em empresas de capital aberto com ações negociadas em bolsa.

Conclusão

Neste ensaio, buscamos discorrer sobre os direitos dos doadores com base na legislação existente, na doutrina jurídica e em diretrizes de conduta estabelecidas para a relação entre doador e donatário. Repisamos que esses direitos identificados podem variar de acordo com o caso concreto, já que muitos deles decorrem de convenção entre os contratantes. Em geral, a observância e a utilização dos conceitos aqui discorridos poderão ajudar as partes a estabelecerem relações mais sólidas. Isso porque a escolha do doador de praticar ou não a liberalidade depende de uma série de fatores e dentre eles leva-se em conta a confiança e a idoneidade que uma instituição

42. Disponível em www.bovespasocial.org.br. Acesso em 30 de setembro de 2004.

ou projeto transmite, especialmente em relação a honrar compromissos com a causa e aplicar recursos nas suas finalidades.

Com a difusão do papel social e ambiental das empresas, essas têm doado tempo, dinheiro e bens. O conceito de responsabilidade social amplamente considerado envolve muito mais que apenas a doação de recursos privados para fins públicos, definição essa do investimento social privado, que é uma ramificação desse guarda-chuva maior. Para o efetivo exercício da gestão socialmente responsável de negócios, é necessário agir “com ética e transparência e incorporar ao planejamento das atividades da empresa a valorização da comunidade em que ela está inserida, a preservação do meio ambiente, a satisfação dos clientes e consumidores, o retorno aos acionistas e o diálogo com os funcionários, os fornecedores, o governo e a sociedade em geral. Adotar critérios de responsabilidade social na gestão estratégica dos negócios significa tornar a empresa parceira e co-responsável pelo desenvolvimento social e pela saúde ambiental do país”, segundo define Oded Grajew, presidente do Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social⁴³.

A tendência atual é de que as doações realizadas para custeio de projetos de interesse público sejam cada vez mais realizadas por pessoas que se sintam responsáveis por parte do desenvolvimento econômico, social e ambiental do seu entorno. E para que essas doações se tornem mais duradouras, fazendo parte, inclusive, do custo do negócio empresarial, é preciso cuidar da formalização jurídica da relação de doador e donatário e da sinergia entre as partes. Esperamos que este estudo possa auxiliar o incremento dos investimentos sociais privados e a perenidades das ações custeadas.

43. Oded Grajew. “A responsabilidade empresarial no Brasil”. In: Carla Pereira (Coord. geral). *Responsabilidade social e cidadania: a contribuição alemã*. São Paulo: Câmara Brasil Alemanha e Instituto de Fomento Sócio-Cultural Brasil-Alemanha, 2002. p. 91.

Bibliografia

- ALVES, Francisco de Assis. *Associações, sociedades e fundações*. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- AUSTIN, James E. *Parcerias – fundamentos e benefícios para o Terceiro Setor*. Trad. Lenke Peres. São Paulo: Futura, 2001. Tradução de *The collaboration challenge*.
- BARBOSA, Maria Nazaré Lins e Oliveira, Carolina Felipe de. *Manual de ONG's – guia prático de orientação jurídica*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.
- CAETANO, Marcello. *Das fundações*. Lisboa: Ática, 1962.
- CESNIK, Fábio de Sá e Malagodi, Maria Eugênia. *Projetos culturais: elaboração, administração, aspectos legais e busca de patrocínio*. São Paulo: Escrituras editora, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.
- COSTA, Daniela Pais e Lopes, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. O tratamento fiscal dos programas de geração de renda. In: Szazi, Eduardo (org.). *Terceiro Setor: temas polêmicos*. São Paulo: Peirópolis, 2004.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das fundações privadas*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. II.
- _____. *Direito fundacional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- FISCHER, Rosa Maria. *O desafio da colaboração - práticas de responsabilidade social entre empresas e Terceiro Setor*. São Paulo: Gente, 2002.
- GOMES, Orlando. *Novíssimas questões de direito civil. Aditamento a ato fundacional*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral* (art. 1º 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- MALAGODI, Maria Eugênia e Cesnik, Fábio de Sá. *Projetos culturais: elaboração, administração, aspectos legais, busca de patrocínio*. São Paulo: Escrituras Editora, 1999.
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social*. 4ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millennium, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. III.
- RAFAEL, Edson José. *Fundações e direito*. São Paulo: Melhoramentos, 1997.
- RESENDE, Tomáz de Aquino. *Novo manual de fundações*. Belo Horizonte: Inédita, 1997.
- _____. *Roteiro do Terceiro Setor*. 2ª ed. Minas Gerais: Publicare, 2003.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor – regulação no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2003.
- SZAZI, Eduardo (org.). *Terceiro Setor – temas polêmicos*. 1ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2004.
- VOIGT, Léo e Raposo, Rebecca. A diferença entre investimento social privado e responsabilidade social empresarial. In: Pereira, Carla (coord. geral). *Responsabilidade social e cidadania: a contribuição alemã*. São Paulo: Câmara Brasil-Alemanha e Instituto de Fomento Sócio-Cultural Brasil-Alemanha, 2002.
- WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.