

Legalidade das Doações a Projetos Específicos Aprovados pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente

ANO 2016 NUM 229

Eduardo Szazi (PR) *Doutor em Direito pela Universiteit Leiden (Países Baixos). Professor de Direito do Terceiro Setor. Advogado.*

08/08/2016

INTRODUÇÃO

Este artigo discorre sobre a legalidade da participação do doador na escolha do projeto que será apoiado com recursos doados aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente.

I. Princípios constitucionais fundamentais

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, define o Brasil como uma república constituída em um Estado Democrático de Direito, que tem entre seus fundamentos, a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV). A República e todo o seu Ordenamento Jurídico e, conseqüentemente, toda aplicação ou interpretação das normas que compõem esse Ordenamento Jurídico, deitam raízes nesses fundamentos e deles não podem se desviar, sob pena de negar a própria identidade nacional.

Como bem ensinam CANOTILHO *et all* na magistral obra *Comentários à Constituição do Brasil*, o artigo 1º traz princípios, e um princípio é “um comando objetivo aplicável e exigível a toda aplicação do sistema normativo brasileiro constitucional e infraconstitucional” (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L, (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p 108)

Mais adiante, tratando dos princípios em espécie, expressa que a **Cidadania** “se configura pela participação dos cidadãos nas decisões políticas da sociedade” e que ela “não pode ser restrita ao pronunciamento da coletividade de dois em dois anos, mesmo porque não há instrumentos disponíveis para obrigar os representantes a cumprirem a vontade dos representados. A cidadania deve ser reestruturada para contemplar seu **sentido participativo**, em que **significativa parcela das decisões**

políticas passam (sic) a ser exercidas pelo povo, em orçamentos participativos, associações, recall, etc.” (CANOTILHO, p 120).

Tratando do princípio da **Dignidade da Pessoa Humana**, a obra é taxativa ao declarar que “o Estado existe em função da pessoa humana e não o contrário” e que esse princípio representa uma “norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material” e que “desempenha papel de **valor-guia** não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica a caracterização da dignidade como **princípio constitucional de maior hierarquia axiológica**” (CANOTILHO, p 124-125). Este princípio é referido outras vezes na Constituição, como, por exemplo, **no artigo 227, caput, que assegura a dignidade à criança e ao adolescente**. No âmbito do Judiciário, o princípio da dignidade da pessoa humana é recorrentemente invocado para situações de proteção às condições mínimas de vida e em demandas relacionadas ao **direito à saúde** (Ver ARE 664335/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.12.2014 e ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.04.2012).

Ao tratar do princípio dos **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**, CANOTILHO *et all* lembram as lições de EROS GRAU e JOSÉ AFONSO DA SILVA, que sustentam serem os princípios do artigo primeiro “princípios políticos constitucionalmente conformadores” ou “princípios constitucionais fundamentais”, para concluir que tais princípios se caracterizam por “explicitar as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, condensar as opções políticas nucleares e refletir a ideologia dominante da Constituição”. Fato relevante também suscitado pelos autores é a correlação entre trabalho e livre-iniciativa e, mais, ainda, a atribuição de valor social a ambos, no que sustentam estar compreendida a ideia de que **a Constituição valoriza não só o empreendimento em prol de interesses privados imediatos, mas também aquele em prol da sociedade como um todo**, daí resultando a garantia da liberdade de empreender, considerada como elemento sempre essencial à dignidade humana em geral e com importante papel para o desenvolvimento econômico e social do país e de suas regiões.

Desses breves comentários introdutórios sobressai, à evidência, que **quaisquer iniciativas que busquem o engajamento de cidadãos no financiamento e na execução de políticas públicas em prol de iniciativas de proteção à saúde de crianças e adolescentes têm profundas raízes nos princípios fundamentais de nossa Constituição**.

Passarei, agora, a explorar a forma como esses princípios constitucionais se expressem na legislação infraconstitucional.

II. Dignidade, Cidadania, Livre Iniciativa e Conselhos no âmbito do ECA

A Lei Federal 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (“ECA”), assegura a proteção integral da criança e do adolescente (art. 1º), fixando como dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público a efetivação, com absoluta prioridade, de diversos direitos, nomeando, como primeiros, o direito à vida e à saúde (art. 4º), para, mais adiante, fixar que a garantia de prioridade compreende, também em primeiro lugar, a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias.

A ordem não é por acaso: só uma pessoa viva pode ter liberdade e fruir de educação, esporte, lazer, cultura, convivência familiar, etc.; só uma pessoa com saúde pode fruir efetivamente dos demais direitos. **Sem vida, não há direitos, e sem saúde, não há plenitude de direitos.**

O ECA, ao elencar os direitos da criança e do adolescente, manifestou desdobramentos do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ao conceber a formação de Conselhos de Direitos e Conselhos Tutelares, expressou o princípio da Cidadania, posto que essas instâncias têm participação de cidadãos, escolhidos pelos próprios cidadãos. Ao prever que os Conselhos de Direitos seriam gestores dos Fundos de Direitos e esses fundos receberiam recursos do Erário e doações de indivíduos e empresas para apoio a projetos de organizações da sociedade civil, expressou igualmente os princípios da Cidadania, pela participação do cidadão nas políticas públicas, e do valor social do Trabalho e da Livre Iniciativa, pela liberdade de empreender em prol da causa da infância e da adolescência.

Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente são criados por leis das respectivas esferas do Estado, compostos paritariamente por pessoas indicadas pelo poder público e por representantes de organizações da sociedade civil, que costumemente têm a função de, entre outras, formular a política de promoção, proteção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes e gerir seu respectivo Fundo, aprovando planos de aplicação.

Os Fundos para a Infância e a Adolescência (“FIA”), também criados por lei, costumam prever, dentre suas receitas, as doações de pessoas físicas e jurídicas, atribuindo-se ao correspondente Conselho, no exercício da gerência do FIA, diversas competências, entre as quais destaco a fixação de suas diretrizes operacionais.

A legislação de regência dos FIA, coerente com o ECA, expressa o princípio constitucional da Cidadania em diversos momentos do processo de atenção à criança e ao adolescente, começando na formulação da política pública e na fixação de regras para uso dos recursos do FIA para, mais adiante, passar pelo processo de seleção de projetos de entidades e encerrar com a possibilidade de financiamento dessa atenção com recursos doados por pessoas e empresas.

Se o princípio constitucional da Cidadania se impõe como um dever ao Estado – que deve assegurar formas de participação - se coloca como uma faculdade ao cidadão, que pode, ou não, participar e, ao fazê-lo, expressa outro princípio caro à Constituição: o valor social do trabalho e da livre iniciativa.

No que é pertinente ao objeto de estudo deste artigo, essa participação voluntária se dá, essencialmente, por meio do trabalho voluntário e não remunerado e da doação. No âmbito dos Conselhos, a participação se dá pela candidatura e exercício do cargo de membro do colegiado, que, considerado relevante serviço prestado ao Estado, é não remunerado. No âmbito do Fundo, se dá pela doação.

Passemos a avaliar mais detidamente a natureza da doação ao FIA.

III. Doação e dedução fiscal: negócios jurídicos distintos

De acordo com o art. 260 do ECA, os contribuintes poderão deduzir do imposto devido, na declaração de imposto de renda, o total das doações feitas aos FIA – nacional, estaduais e municipais – devidamente comprovadas, obedecidos os limites estabelecidos em decreto do presidente da República.

Para as pessoas jurídicas, a dedução é limitada a um por cento do imposto de renda devido e, para as pessoas físicas, a seis por cento. O procedimento de doação das empresas é detalhado na Instrução Normativa 267, de 23.12.2002, e, das pessoas físicas, na Instrução Normativa 1.131, de 20.02.2011, ambas da Secretaria da Receita Federal.

A participação de um indivíduo ou empresa no custeio de projetos de proteção dos direitos da criança e do adolescente, por meio dos FIA, desdobra-se em dois negócios jurídicos distintos: (i) uma doação ao FIA, estabelecendo-se relação jurídica autônoma entre a pessoa doadora e o Conselho gestor do FIA, donatário; e (ii) uma eventual e subsequente dedução fiscal, estabelecendo-se, no caso de sua efetivação, uma nova e distinta relação jurídica entre a pessoa doadora, contribuinte, e a União, credora do imposto de renda.

A existência de dois negócios jurídicos diferentes é inequívoca, posto que ambos – doação e dedução fiscal – embora relacionados, preveem agentes (partes), objetos e formas distintos.

Analisando o primeiro negócio jurídico, forçoso é identificar que há duas partes, sendo uma a pessoa doadora, e outra, o Conselho gestor do FIA, na condição de donatário (Aqui, por praticidade, consideramos o Conselho como o donatário, embora saibamos que esse conselho, ou mesmo o FIA, um fundo especial, não têm personalidade jurídica própria, ainda que o FIA, por conveniências orçamentárias, tenha um CNPJ próprio. Do ponto de vista estritamente formal da análise dos sujeitos de direito envolvidos, temos,

como donatário, o Estado). O objeto é determinado – a doação de dinheiro ou bens – e igualmente lícito e possível. A forma com que a relação é estabelecida é, também, inequívoca, posto que, de acordo com o art. 538 do Código Civil, considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para a outra.

Passando-se ao segundo negócio jurídico, temos a modificação de uma das partes – o Conselho é substituído pela União -, modificando-se também, os papéis desempenhados, posto que a pessoa deixa de ser doadora para ser contribuinte (e devedora do imposto) e a outra parte – agora a União – deixa de ser donatária para ser credora do imposto. O objeto é igualmente modificado, posto que embora a dedução fiscal seja voluntária, ela tem a condição de extinguir o crédito tributário, na medida em que o comprovante de doação ao FIA serve para amortizar parte do imposto devido pelo contribuinte. A forma, também, deixa de ser prevista na legislação civil para ser regulada pela legislação tributária.

Reconhecida a existência de dois negócios jurídicos distintos, é cabível que no primeiro dele – a doação – convençionem as partes que certos encargos sejam cumpridos pelo donatário, na medida em que, tal como preconizado no art. 553 do Código Civil, o donatário é obrigado a cumprir os encargos de doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.

O Estado é um sujeito de direito e, como tal, tem liberdade de contratar com particulares. Se a legislação fixa regras específicas para situações onde as avenças implicam em desembolsos de recursos do Erário (Leis 8666/1993 e 13019/2014) ou em alienação, cessão e permissão de uso de bens do patrimônio público (Lei 8.666/1993 para alienação de bens, Lei 11.079/2004, para as parcerias público-privadas e Leis 8.987/1995 e 9.074/1995 para as concessões e permissões administrativas), as situações onde o Estado recebe uma doação não tem regulação legal específica, sendo aplicável o Código Civil Brasileiro.

Como o incentivo fiscal é afeto a um imposto federal, o ECA permite ao doador-contribuinte deduzir de seu imposto as doações efetuadas ao FIA de qualquer nível de governo, em qualquer localidade. Com isso, **o ECA permite a Estados e Municípios o acesso direto a parcelas do imposto de renda além daquela prevista no artigo 159, I, 'a' e 'b', da Constituição.** Este é um elemento importante para o entendimento das relações jurídicas aqui sob análise, posto que **são recursos que não estão no Erário e tampouco tem o Erário direito a eles no momento da aceitação da doação.**

A doação, com encargos, ao FIA não viola os princípios que regem a operação do Conselho, na medida em que este tem como diretriz a mobilização da sociedade para sua indispensável participação na proteção da infância e adolescência (art. 88, VI, ECA) e deverá, na interpretação da lei, levar em conta os fins sociais a que ela se dirige (art. 6º, ECA). Na mesma

linha, cotejamos o disposto no art. 3º, 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 20.11.1989, que prevê que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

Como ninguém é obrigado a doar para o FIA – a doação, lembremos, é um ato jurídico de caráter voluntário – e o Erário Estadual/Municipal não tem direito àqueles valores, o Conselho, no exercício de suas competências legais de gestor do FIA, pode fixar regras para a destinação dos recursos doados que prevejam a participação do doador na escolha da iniciativa a ser apoiada, desde que sejam respeitados os princípios fundamentais da Constituição, já citados, o princípio da supremacia do interesse público e os princípios para a gestão pública, previstos no caput do artigo 37 da Constituição: os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Passemos a deles tratar.

IV. Legalidade e legitimidade do Banco de Projetos

Não raras vezes, suportam-se, ou questionam-se, atos administrativos arguindo-se que atendem, ou violam, o princípio da supremacia do interesse público.

O primeiro ponto a esclarecer é que o **Interesse Público não é sinônimo de Interesse do Estado e, muito menos, Interesse do Governo.**

Não é interesse do governo porque este é transitório, ocupado por pessoas eleitas ou nomeadas, que querem se perpetuar no poder, daí resultando que não poucas vezes os interesses dos governantes são conflitantes com o Interesse Público. Esta situação é observada, por exemplo, nos inúmeros processos nos tribunais eleitorais versando sobre o uso da “máquina pública” para eleger este ou aquele candidato.

Interesse Público também não é interesse do Estado, pois o Estado é um ente jurídico com interesses próprios, e, mesmo em estados democráticos de direito, tais interesses são por vezes conflitantes com os interesses de seu próprio povo, que sequer é consultado para a tomada de decisões fundadas em “razões de Estado” como, por exemplo, as alocações orçamentárias e a outorga ou revogação de concessões no plano doméstico, e a diplomacia, no plano externo.

Interesse Público não tem, portanto, suporte na relação com o Estado ou com o Governo, mas com a Sociedade; não é estatal nem governamental, é público.

Sendo a Sociedade o conjunto de indivíduos, daí decorre necessariamente que o interesse público está inexoravelmente vinculado ao interesse do conjunto de indivíduos vivendo em sociedade. Não obstante, é fato intrínseco à natureza humana que os indivíduos, mesmo vivendo em sociedade, perseguem os seus próprios objetivos pessoais. Como pode ser o interesse público a 'soma' de interesses individuais egoístas?

Para responder à essa questão, vêm-me à mente a obra de JOHN LOCKE, que, em seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, arguiu que o poder do Estado decorre de dois fatores fundamentais: a confiança e o consentimento dos governados. Na perspectiva lockeana, o Estado atua por delegação de poderes dos cidadãos e só é legítimo se atua de forma a garantir que os cidadãos possam viver em paz e segurança na sociedade, gozando de suas liberdades e propriedades privadas (vale ressaltar que, para Locke, a propriedade privada não se limita aos bens, compreendendo tudo que é produzido com o trabalho e esforço, ou do que é produzido pelas posses de alguém nesta mesma relação).

A perspectiva do indivíduo vivendo em sociedade é, também, percebida na obra de ADAM SMITH que no seu livro *Uma investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações* ilustrou bem seu pensamento ao afirmar que "não é da benevolência do padeiro, do açougueiro ou do cervejeiro que eu espero que saia o meu jantar, mas sim do empenho deles em promover seu auto interesse" para concluir que "assim, o mercador ou comerciante, movido apenas pelo seu próprio interesse egoísta (*self-interest*), é levado por uma mão invisível a promover algo que nunca fez parte do interesse dele: o bem-estar da sociedade".

Como já apontado na Parte I deste artigo, a Constituição Brasileira define nosso país como um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana (art. 1º), bases para uma série de direitos e liberdades individuais assegurados no artigo 5º, como o direito de propriedade e a liberdade de exercício de qualquer ofício ou profissão. Dessa forma, **nossa Constituição oferece condições para o florescimento das hipóteses de Locke e Adam Smith, na medida em que o ambiente regulatório garante que os indivíduos gozem de suas propriedades e liberdades, inclusive de iniciativa, o que, embora aparentemente egoísta – e, portanto, privado – é, na verdade, algo de interesse de toda a sociedade – e, portanto, público.**

Assim, **quando pessoas e empresas livremente tomam a iniciativa de destinar parcelas de seu patrimônio para a proteção de crianças e adolescentes, estão exercendo sua cidadania em prol de uma causa de interesse público, e ainda que, nessa doação, escolham o projeto a ser apoiado, esse mesmo projeto continuará sendo de interesse público.**

É de se notar, também, que a doação para projeto escolhido pelo doador tem suporte legal. Primeiro, porque qualquer entidade proponente deve ser registrada nem em um Conselho na forma do artigo 91 do ECA e também deve ter seus programas inscritos no mesmo Conselho, na forma do artigo 90 § 1º do ECA. Em segundo lugar, porque o projeto foi submetido e avaliado pelo Conselho de acordo com as regras de mérito estabelecidas para todos os projetos. Terceiro, porque qualquer entidade é elegível a apresentar suas iniciativas para tal forma de captação. Por fim, porque todas as iniciativas incluídas nesse sistema de captação são comumente divulgadas a toda a população, em caráter permanente, no sítio do Conselho na internet. **O procedimento respeita, pois, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**, na medida em que a regulamentação dessa forma de captação costuma ser fixada por instância legalmente competente para aprovar o plano de aplicação dos recursos do FIA, o acesso ao sistema está disponível a todas as entidades, o propósito é louvável e moralmente admissível, pois visa atrair recursos que inexitem no FIA e, para tanto, é amplamente divulgado, em caráter contínuo, à sociedade em geral.

Se, de um lado, o ECA permite a Estados e Municípios aumentar os recursos disponíveis para a área social, onde a proteção à criança e ao adolescente é prioridade absoluta (CF, art. 227), de outro, estimula doações que, por serem atos voluntários, dependem apenas da vontade dos particulares. **É em um contexto de estímulo e atração de investimentos sociais que se insere o Banco de Projetos do CEDCA.**

Recente estudo (SECRETARIA GERAL DA PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. *Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: a construção da Agenda no Governo Federal – 2011 a 2014*. Brasília: Governo Federal, 2014, p. 147) dá a ideia da ampla subutilização da dedução fiscal e, conseqüentemente, da ampla perspectiva de sucesso de iniciativas para atração de doações voluntárias ao FIA:

Doações Pessoas Físicas

Valores em R\$ mil

Ano	IRPF devido	Limite dedução (6%)	Dedução efetiva	Percentual de uso
2007	40.013.018	2.400.781	66.419	2,77%
2008	47.571.197	2.854.271	57.232	2,01%
2009	49.254.700	2.955.282	61.092	2,07%
2010	56.193.207	3.371.592	70.192	2,08%

2011	64.244.819	3.854.689	94.163	2,44%
------	------------	-----------	--------	-------

Parece-me incontroverso que é do interesse público que mais recursos privados sejam atraídos investimento na proteção da infância e adolescência. Também, parece-me incontroverso que os Estados e Municípios não têm qualquer direito a receber esses recursos privados, posto que dependentes da vontade do particular efetuar uma doação. Por fim, é igualmente incontroverso - e, para o caso, irrelevante - que esse particular possa, no futuro, deduzir a doação de seu imposto de renda, pois esse ato futuro não desnatura a natureza jurídica do recurso no momento da doação: é recurso privado.

CONCLUSÃO

Sendo o recurso privado, e oriundo de doação, pode o Estado adotar estratégias de estímulo a esse ato voluntário, assumindo certos compromissos antes da efetivação da transferência dos recursos para o Fundo, desde que a relação jurídica resultante seja uma relação jurídica de caráter republicano, ou seja, que almeje a alocação dos recursos em iniciativa de interesse público, com respeito aos princípios constitucionais.

Por derradeiro, entendo pertinente destacar que caso o CEDCA deixe de aplicar os recursos doados no projeto escolhido pelo doador, por ser aquele de interesse geral – a proteção da infância e adolescência – incumbirá ao Ministério Público exigir a sua execução, caso ao tempo dos fatos, estiver o doador já morto (art. 553, parágrafo único, Código Civil). Com isso, **não só o Ministério Público não pode se opor à existência de uma doação a um projeto específico, como tem o dever legal de perseguir o repasse dos recursos**, na situação já mencionada.