

São Paulo, 14 de setembro de 2018

Comentários à MP 851/2018 (Fundos Patrimoniais)

- I. Esclarecimento Inicial**
- II. Considerações gerais: pontos positivos e pontos de atenção**
- III. Sugestões de alteração da MP**

I. Esclarecimento inicial

No dia 11/09/2018 foi publicada a Medida Provisória (MP) 851/2018, que regula a criação de fundos patrimoniais para o fomento de instituições e causas de interesse público, bem como autoriza a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução com organizações gestoras de fundos patrimoniais. As contribuições, a seguir indicadas, refletem uma análise preliminar da MP 851/2018 com foco nos fundos patrimoniais destinados a apoiar instituições privadas sem fins lucrativos e expressam a opinião do Grupo de Institutos Fundações e Empresas – GIFE e possuem caráter autoral dos pesquisadores Aline Gonçalves de Souza, Augusto Jorge Hirata, Eduardo Pannunzio e Raquel Elisa Martone Grazioli, pesquisadores da Coordenadoria de Pesquisa Jurídica Aplicada (CPJA) da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo (FGV Direito SP).

II. Considerações Gerais

II.1 Pontos positivos

1. Confere visibilidade e reconhece a relevância dos fundos patrimoniais como instrumento de financiamento de instituições públicas e Organizações da Sociedade Civil (OSC) – o que, por si só, pode fomentar a criação de novos fundos
2. Endereça um problema relevante: crise de sustentabilidade tanto no ambiente estatal quanto na sociedade civil
3. Responde à demanda que vinha há muito sendo expressada por OSC [Coalização pelos Fundos Filantrópicos; IDIS, APF; GIFE e outros], muito embora o desenho da lei, como se verá adiante, contemple mais diretamente as necessidades das instituições públicas

4. Amplia tacitamente o leque de finalidades para as quais uma fundação pode ser criada: gerir fundos patrimoniais (art. 2º, II)
5. Fixa diretrizes sobre transparência, controle e integridade nas organizações gestoras dos fundos patrimoniais (artigos 6º e 7º)
6. Busca segregar riscos e responsabilidades entre organização gestora do fundo patrimonial e instituição apoiada (art. 4º, §§ 2º e 3º)
7. Abre a possibilidade de que fundos patrimoniais na área da cultura captem recursos com base nos incentivos da Lei Rouanet (art. 13, § 9º), apesar de não deixar muito claro como isso ocorrerá

II.2 Pontos de atenção

1. Seria desejável que uma lei sobre Fundos Patrimoniais pudesse cumprir ao menos um de três objetivos: **innovar**, criando novas possibilidades jurídicas; **simplificar**, facilitando e desburocratizando a criação de fundos e/ou **incentivar**, trazendo estímulos para a doação de recursos aos fundos. A MP aparentemente não atende esses objetivos de forma direta.
2. Regulamentação via medida provisória é criticável, seja porque possivelmente não atende o requisito de urgência (tende a ter reduzido impacto no curto prazo), seja porque limita o debate público em torno da proposta (que estava em curso no Congresso Nacional)
3. Define um conjunto arbitrário de áreas que poderão ser apoiadas por fundos patrimoniais (art. 1º, parágrafo único), excluindo outras igualmente relevantes, como direitos humanos
4. Estabelece diversas regras e limites que, embora possam fazer sentido para os fundos destinados a apoiar instituições públicas (sujeitas à legalidade estrita), tornam mais difícil e complexa a instituição de fundos no ambiente privado (orientado pela autonomia da vontade)
5. Possui viés maximalista: não foca no estabelecimento de princípios e diretrizes que possa contemplar a diversidade de arranjos na esfera privada
6. O disposto na medida provisória pode gerar a interpretação de impedimento da estruturação de fundos patrimoniais com base em outros arranjos permitidos pela legislação brasileira, criando o risco de os órgãos de controle (Receita Federal, Cartórios, Curadorias de Fundações etc.) entenderem que esse é o *único* arranjo juridicamente viável

III. Sugestões de alteração da MP

[1] Prioritária **[2]** Conveniente **[3]** Demanda reforma estrutural

Eixo	Dispositivo legal da MP 851	Comentário	Proposta de alteração
1. Forma de constituição	Art. 1º Art. 2º, II	Crítica 1: O disposto na medida provisória pode gerar a interpretação de impedimento da estruturação de fundos patrimoniais com base em outros arranjos Sugestão 1: deixar claro a possibilidade de existência de outros modelos. Crítica 2: A MP permite tacitamente a instituição de fundações com o propósito de gerir fundos patrimoniais em conflito com o rol taxativo do Código Civil Sugestão 2: alterar dispositivo do código civil	1. Incluir parágrafo no artigo primeiro com previsão de que outros modelos de fundos patrimoniais podem existir sem a incidência das regras da MP [1] 2. Incluir disposição final, prevendo alteração do art. 62, parágrafo único, do Código Civil a fim de acrescentar novo inciso relacionado à “gestão de fundos patrimoniais” [2]
2. Áreas de atuação	Art. 1º, parágrafo único	Crítica: Não abrange áreas relevantes	Alterar a redação do art. 1º, parágrafo único, para prever que os fundos patrimoniais poderão apoiar instituições que atuem em quaisquer das áreas previstas no art. 3º da lei n. 9.790/1999, independentemente de certificação [1]
3. Governança	Art. 5º, III art. 8º, 10 e 11 (estrutura mínima)	Crítica: Estrutura mínima de governança está bastante rígida com 4* órgãos (Conselho de Administração (“CaD”), Comitê de Investimento, Conselho Fiscal e Diretoria)	Estabelecer uma instância colegiada que faça a supervisão/ direcionamento estratégico e uma instância executiva. [3]

		<p>*com patrimônio inferior a R\$ 5 milhões, pode não ter comitê de investimento</p> <p>Sugestão: simplificar a indicação de governança que permita autonomia e, ao mesmo tempo, atenda às melhores práticas de governança</p>	
Art. 8º e §3 (conselho de administração) Art. 10 (Comitê de Investimentos) Art. 11 (Conselho Fiscal)	<p>Crítica 1: excessivo detalhamento da composição; prazo de mandato; limite de recondução Sugestão 1: permitir maior autonomia para os desenhos de governança</p> <p>Crítica 2: permite interpretar que os doadores não podem integrar o CaD com direito a voto e, portanto, conflita com o art.5, III Sugestão 2: alterar a redação para eliminar a ambiguidade</p>	<p>1. Supressão ou alargamento dos parâmetros de número de integrantes, prazo de mandato e limites de recondução. [3]</p> <p>2. Esclarecer que os doadores terão “pelo menos” direito a voz no §3 do art. 8 [2]</p>	
Art. 9º, I, II e IV (atribuição do Conselho)	<p>Crítica: deliberação sobre Estatuto Social; demonstrações financeiras; prestação de contas e eleição de Conselho Fiscal são atribuições que nas organizações gestoras constituídas como associação deveriam ser atribuição da Assembleia Geral e não do CaD.</p> <p>Sugestão: prever que as atribuições próprias da assembleia geral permanecerão de sua competência</p>	Prever parágrafo único que estabeleça que as atribuições indicadas nos incisos I, II, IV poderão ser de competência da Assembleia Geral no caso das associações [2]	
Art. 12, § 1º (remuneração)	Crítica 1: estabelece limite de remuneração com base no teto do dirigente máximo do órgão público	Incluir disposição final, prevendo alteração da lei 9.532/1997 para suprimir limites à remuneração [3]	

		<p>apoiado, mas como a lei pode ser aplicada para esfera privada, o dispositivo não atende</p> <p>Sugestão 1: suprimir limite para instituição apoiada privada</p> <p>Crítica 2: dispositivo em conflito com lei tributária</p> <p>Sugestão 2: alterar lei tributária para adequação</p>	<p>Incluir disposição final, prevendo alteração da lei 9.532/1997 para adequar os artigos 12 e 15 à previsão de remuneração de membros do Conselho Fiscal, do Conselho e Administração e do Comitê de Investimento [1]</p> <p>Oportunidade importante para harmonização das regras de remuneração de dirigentes por ESFL</p>
4. Transparência:	<p>Art. 5º, § 3º</p> <p>Art. 6º, I, III</p> <p>Art. 9º, I</p> <p>Art. 30</p>	<p>Crítica: A princípio, parecem estar bem equacionadas as questões de transparência, embora com relação às políticas de investimento e de resgate não esteja definida a forma de divulgação</p>	<p>Sem sugestão</p>
5. Política de resgate e aplicação dos recursos:	<p>Art. 14</p> <p>Art. 15</p> <p>Art. 16</p> <p>Art. 17</p>	<p>Crítica: regra muito rígida sobre o consumo do principal. É legítimo que em alguns momentos os fundos gastem o principal (caso FORD é exemplo de que pode ser necessário e, ainda assim, não prejudicar o acúmulo do fundo em longo prazo)</p>	<p>Prever que a possibilidade de o resgate ser executado conforme política de resgate aprovada nos termos do Estatuto Social da organização (Ex. resgate extraordinário do principal) [2]</p>
	<p>Art. 21 (termo de execução)</p> <p>Art. 22 (inst. Públicas)</p> <p>Art. 23 (desp. da própria gestora)</p>	<p>Crítica: A definição de instrumentos contratuais típicos faz sentido para a esfera pública, mas para a esfera privada deve ser mantida a autonomia. O termo de execução com escopo e indicadores de resultado aponta para a lógica de execução de projetos (em oposição à manutenção e qualificação da entidade).</p> <p>Vedações ao pagamento de despesas correntes de instituições públicas poderá gerar ambiguidade de interpretação pelos órgãos de controle.</p>	<p>Revisão da MP para que os termos de parceria e de execução se apliquem apenas a fundos patrimoniais destinados a apoiar instituições públicas. [1]</p>

6. Separação patrimonial:	Art. 4º, §2º e §3º	A separação patrimonial decorre do reconhecimento da personalidade jurídica das entidades gestora e beneficiada. A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, considerada a regra da separação. Tentativa de evitar a desconsideração banalizada pela jurisprudência.	Sem sugestão
7. Relação jurídica entre fundo (organização gestora) e entidade beneficiada:	Art. 18 Art. 19 Art.22	<p>Crítica 1: Problemática a previsão de que a instituição apoiada vai ter de negociar, com a organização gestora do fundo patrimonial, um termo de execução para cada programa, projeto ou atividade (art. 21, § único, e.g.). A princípio, a organização gestora não deveria interferir nos programas, projetos ou atividades da instituição apoiada; seu papel seria restrito a fazer os desembolsos segundo a regra de resgate definida</p> <p>Crítica 2: Limita o apoio dos fundos patrimoniais a “programas, projetos ou atividades” (artigos 2º, I; 19, § 1º, II; e 21, parágrafo único, e.g.), criando dúvida quanto à possibilidade de esse apoio ser direcionado a despesas institucionais (ou operacionais) – justamente onde há maior carência de fontes de financiamento para OSC</p>	Incluir dispositivo “22- A” que autorize que os recursos destinados para organização privada sem fins lucrativos poderão ser aplicadas em qualquer finalidade coerente com o objetivo, inclusive despesas institucionais/ operacionais e administrativas [2]
8. Incentivos Fiscais		<p>Crítica 1: não prevê incentivo para captação;</p> <p>Crítica 2: não prevê isenção do IR para rendimentos da aplicação financeira</p>	1. Incluir disposição final, prevendo alteração do art. 13, § 2º, III, “c”, da lei n. 9.249/1995 a fim de incluir as organizações gestoras de fundo patrimonial dentre aquelas aptas a receber doações incentivadas de pessoas jurídicas tributadas pelo regime de lucro real,

			<p>afastando potenciais dúvidas quanto a essa possibilidade [1]</p> <p>2. Incluir parágrafo no art. 15, da Lei 9.532/1997 para prever a não incidência de tributos sobre os rendimentos de aplicações financeiras de fundos patrimoniais. [1]</p>
--	--	--	---