

Regras de direito fundacional do Código Civil de 2002

Gustavo Saad Diniz

Sumário

1. Importância do setor fundacional. 2. Intertemporalidade do sistema civil. 3. Código Civil de 2002 e a disciplina das fundações privadas. 4. Atualização interpretativa da correlação entre patrimônio e finalidades das fundações. 5. Adaptação da atuação do Ministério Público. 6. Ainda sobre o exercício de atividades econômicas. 6.1. Princípio da reversão dos lucros da atividade econômica. 6.2. Participação da fundação na qualidade de sócia de sociedade empresária (exercício indireto de atividades econômicas). 6.3. Fundação-empresa (exercício direto de atividades econômicas). 6.4. Instituição e constituição da fundação-empresa. 7. Conclusão.

1. Importância do setor fundacional

As fundações, como um dos pilares de sustentação do chamado terceiro setor, adquirem consistência e importância cada vez maior na sociedade brasileira, significando um meio de distribuição de renda e complementação de atividades sociais insuficientemente disponibilizadas pelo Estado.

Na atualidade, ainda é de se ressaltar, o assistencialismo alcança outra conotação. Aumenta-se a cada dia a distribuição do capital, por intermédio de incentivos fiscais, para a realização de atividades assistenciais, filantrópicas, culturais, pressupondo a divulgação do nome do patrocinador ou doador, reforçando a sua imagem ou marca. Inaugurou-se a era do *marketing* assistencial e do *marketing* cultural (este usufru-

Gustavo Saad Diniz é Advogado em Franca/SP, Mestre em Direito Empresarial pela UNESP/Franca.

indo de benefícios da Lei nº 8.313/91), em ambos os casos denominado correntemente *responsabilidade social empresarial*, trocando o mero assistencialismo por projetos visando ao *desenvolvimento social*.

Portanto, mais uma vez a regra de proporção do custo-benefício está sendo pesada pelo capital, que opta pelo assistencialismo, incentivo à cultura e *empowerment* (ensino transformador do homem) para reforçar a sua marca ou a sua imagem perante o consumidor e a sociedade de massa.

O Brasil também não foge a esse perfil, guardadas as suas peculiaridades. O problema é que a realidade de concentração de rendas *diminui* a base de contribuintes interessados em promover o assistencialismo e *augmenta* significativamente o número de pessoas que clama pelo auxílio do terceiro setor.

Estatística feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, acerca de famílias por classe de rendimento médio mensal, em 1996, exclusive as pessoas que vivem no mercado informal e que não declaram rendas, demonstra que 22,9% da população recebe até 2 salários mínimos. Outros 29,2% recebem de 2 a 5 salários mínimos. De 5 a 10 salários mínimos, são 21% da população pesquisada. Para finalizar, de 10 a 20 salários mínimos e mais de 20 salários mínimos, são 12,5% e 8,4% da base de pesquisa, respectivamente.

Também o IBGE, no ano 1999, em pesquisa nacional por amostra de famílias por classe de rendimento familiar, exclusivo dos que estão no mercado informal, demonstrou pequena oscilação em relação à melhora de renda, o que não significou melhor distribuição. Em verdade, ainda que com plano econômico de estabilização da inflação, a concentração dos meios é enraizada no país. Até 2 salários mínimos, o percentual é de 27,6% das famílias. Entre 2 a 5 salários mínimos, o percentual é de 32,2%. Ou seja, 59,8% das famílias brasileiras recebiam menos de 5 salários mínimos como renda. De 5 a 10 salários, a estatística é de 18,6%.

Mais de 10 a 20 salários mínimos, são 9,9%. Sem rendimento, foram 3,5%.

São as estatísticas que fundamentam esse nosso raciocínio de concentração de renda e da importância que o setor fundacional assume no país. A desigualdade é um dos motivos que faz a população brasileira solicitar de forma crescente o auxílio benemerente das entidades que substituem o Estado no cumprimento das garantias básicas de cidadania participativa, dignidade e busca do bem comum. As disparidades sócio-econômicas dos países criam anomalias no crescimento do terceiro setor e exigem posturas diferenciadas para fazer frente às demandas públicas.

Diante desse contexto social, entrou em vigor o Código Civil de 2002, apresentando algumas mudanças tópicas nas regras gerais de regulamentação das fundações, sem contudo representar uma mudança estrutural significativa para a evolução sólida do setor. Também é com vistas a essa nova regulamentação jurídica que são delineados os argumentos de análise.

2. Intertemporalidade do sistema civil

Relevante questão é a intertemporalidade entre os sistemas de direito civil de 1916 e 2002, passando a incidir os dispositivos estruturais de adequação das normas aplicáveis. O Livro Complementar, que trata das Disposições Finais e Transitórias, consigna a *vacatio legis* no art. 2.044, de 1 ano após a publicação. Com a entrada em vigor, o art. 2.031 dispõe que “as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão o prazo de um ano para se adaptarem às disposições deste Código, a partir de sua vigência; igual prazo é concedido aos empresários”.

A exigência dessas adaptações gera, em princípio, o dever objetivo de cada uma das fundações já existentes se adaptar às novas regras de direito civil, que modificaram de certa forma o direito fundacional brasileiro, sobretudo se considerada a possibilidade

anterior de fundações com fins particularizados ou então as fundações instituídas e não constituídas, que tiveram o seu patrimônio convertido em títulos da dívida pública

Tal situação, além do art. 2.031 mencionado, também se verifica no art. 2.032 do CC/2002, que dispõe: “As fundações, instituídas segundo a legislação anterior, inclusive as de fins diversos dos previstos no parágrafo único do art. 62, subordinam-se, quanto ao seu funcionamento, ao disposto neste Código”.

Entretanto, uma análise da norma não lhe afasta a inadequação perante o texto da CF/88, tendo em vista que há negócios jurídicos institucionais compostos por todos os seus elementos essenciais dentro das regras do sistema de 1916, sendo inconstitucional a retroatividade da lei para a exigência de modificação do ato jurídico perfeito.

Há inconstitucionalidade dos dois dispositivos em determinados casos. Negócios jurídicos de instituição da fundação, já registrados e formalizados como perfeitos e acabados, poderão ser agredidos pela necessidade de adaptação no prazo de um ano, violando-se o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88, que protege o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Wilson Souza Campos Batalha (1980, p. 399), já na edição de 1980 de seu *Direito Intertemporal*, fazia a advertência de “questionável constitucionalidade do dispositivo”, justamente porque todos os elementos constitutivos foram implementados sob a égide da legislação anterior.

Se uma fundação se dedicava a fins de educação e criação de crianças de uma família (fins particulares), não se lhe pode exigir a adaptação para os casos do parágrafo único do art. 62 do CC/2002, porque a lei estará retroagindo sobre um negócio jurídico constituído com todos os seus elementos essenciais.

Interpretação distinta tem a exigência de se transferir para outra fundação o patrimônio dotado de forma insuficiente. Não há

retroatividade porque os patrimônios já transformados em títulos da dívida pública poderão ser destinados a outras fundações de fins semelhantes, uma vez que não há desvirtuamento das finalidades ou do negócio jurídico de instituição.

O que é inadmissível é a retroação sobre o negócio jurídico de instituição perfeito, de fundação já constituída, para lhe fazer exigências de modificação de suas finalidades ou que viole a proteção da vontade do instituidor.

Quanto à proteção do nome da fundação, que já era possível por interpretação sistêmica e agora, com o parágrafo único do art. 1.155 do CC/2002, foi igualada à do nome empresarial, não se pode ter como retroativa, porque se resguarda um direito reconhecido e não há modificação de seu conteúdo por norma futura.

Em relação aos arts. 64 a 67 do CC/2002, nada há para discussão, porque são dispositivos pouco modificados ou procedimentais, de aplicação concomitante aos fatos. É o caso, para exemplificar, do *quorum* de dois terços para alteração do estatuto, previsto no art. 67, inciso I.

Entretanto, o art. 68 do CC/2002 reduziu o prazo para impugnação, pela minoria vencida em assembléia, das decisões não unânimes. O art. 29 do CC/2002 trazia o prazo de 1 ano. Diante de um conflito, incide o prazo da norma vigente no momento em que ocorreu a decisão impugnável.

3. Código Civil de 2002 e a disciplina das fundações privadas

Buscando um pressuposto metodológico, entendemos que a fundação privada é organização com patrimônio afetado por uma finalidade específica determinada pelo instituidor, com personalidade jurídica atribuída pela lei. Para sua existência, fazem-se necessários esses três elementos nucleares, presentes no art. 62 do CC/2002, que passaremos a distinguir individualizadamente, com análise dos dispositivos norma-

tivos, que alteraram timidamente o tratamento da matéria no Direito brasileiro. Os arts. 62 a 69 do CC/2002 (Capítulo III, Título II, Livro I, da Parte Geral) trazem a regulamentação contida nos arts. 24 a 30 do CC/1916, com as adaptações que serão agora enumeradas.

O art. 62 regula o negócio jurídico de instituição por escritura pública ou por testamento, determinando que haja dotação especial de bens livres para um fim específico, com declaração da forma de administração. O que se acrescentou ao texto, em relação ao CC/1916, foi a imprescindibilidade de constituição da fundação “para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”, conforme dispõe o parágrafo único do art. 62 do CC/2002. Compreenda-se, então, que houve um ajuste no sistema privado em relação às finalidades, que passam a ser essencialmente sociais, afastando-se a possibilidade de fundações para fins eminentemente privados ou de interesses exclusivos. Além disso, é de se dizer que a finalidade essencial da fundação deve ser social, mas não houve qualquer vedação ao exercício de atividades econômicas para servir de meio de sustentação da finalidade religiosa, moral, cultural ou assistencial.

Cabe anotar, entretanto, que ainda tem plena vigência a legislação especial que não contraria a regra geral, especialmente no concernente a fundação cuja finalidade é de entidade fechada de previdência complementar privada, prevista na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, inclusive com a excepcional regra de competência privativa do órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência privada em zelar pelas fundações (conforme art. 72 da LC nº 109/2001)¹.

O art. 63, por sua vez, modificou substancialmente a disciplina relativa à insuficiência patrimonial de bens, dissipando as dúvidas e controvérsias doutrinárias existentes. De acordo com a nova norma, em vez da conversão em títulos da dívida pública aguardando rendimentos (art. 25 do CC/

1916), na falta de disposição do instituidor os bens serão incorporados em outra fundação que se proponha a fins iguais ou semelhantes àquela instituída sem suficiência patrimonial.

Sem paralelo no CC/1916 é o art. 64 do CC/2002, que dispõe que, constituída a fundação (isto é, após o registro em Cartório), o instituidor tem a obrigação de transferir a propriedade ou outros direitos referentes aos bens dotados para a entidade. Não implementada a obrigação, os bens serão registrados em nome da fundação, por pedido do Ministério Público ou da administração nomeada, ingressando o mandado judicial no registro público para transferir a propriedade. Houve uma melhor adequação sistêmica, porque deverão ser transferidos os direitos sobre os imóveis ou demais bens livres transmitidos à fundação, que tem existência como pessoa jurídica após o registro. Antes de registrada, é possível a revogação do negócio jurídico de instituição, não incidindo o art. 64 do CC/2002 se não houver o registro do estatuto constituindo a pessoa jurídica. É expressa a exigência de *constituição* da fundação.

O art. 65 do CC/2002, por sua vez, tem parcial correspondência com o art. 27 do CC/1916, porque comina àqueles que devem aplicar o patrimônio o dever de formular as bases do estatuto e submeter à autoridade competente. Se o estatuto não for elaborado no prazo especificado pelo instituidor ou, não havendo prazo, em 180 dias, a incumbência passa a ser do Ministério Público, na forma do art. 1.200 do CPC.

Por se falar em Ministério Público, é ainda dele o dever de velamento pelas fundações (art. 66 do CC/2002), no Estado onde situadas. Entretanto, o CC/2002 peca no ponto em que regulamenta a fiscalização pelo Ministério Público e comete retrocessos que não se justificam, tais os casos de transferência da fiscalização das fundações situadas no Distrito Federal para o âmbito de atuação do Ministério Público Federal, suprimindo a competência do Ministério

Público do Distrito Federal. Ora, a Constituição Federal de 1988 (art. 128) foi regulamentada pela Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) e pela Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), com competências estrita e sistematicamente fixadas. Diante dessa regulamentação, criou-se o Ministério Público do Distrito Federal com a competência idêntica ao Ministério Público dos Estados e seria um absurdo inconstitucional, senão um contra-senso injustificável, suprimir a competência fiscalizatória do MPDF sobre as fundações que no Distrito Federal exerceram as suas atividades.

O art. 67 do CC/2002 diz respeito à alteração do estatuto, repetindo parcialmente o art. 28 do CC/1916. A reforma deverá atender aos seguintes critérios: a) ser deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação; b) não contrariar ou desvirtuar o fim da fundação; c) ser aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado (art. 1.201 do CPC).

Ainda com relação a *quorum* de deliberação, não se pode admitir a interpretação extensiva do art. 59 do CC/2002, que trata de associações. A utilização do dispositivo, por analogia, não pode ser exigida das fundações, uma vez que se trata de norma restritiva de direitos e porque pode representar óbice perigoso para a administração da entidade. Em especial, é de se dizer que a matéria regulamentada diz respeito somente às associações, que teriam, pelo menos em tese, a necessidade de *quorum* mais qualificado para apreciação das matérias especificadas no dispositivo.

Incorporando a norma de direito material contida no art. 1.203 do CPC, o art. 68 especifica que, se a alteração estatutária não tiver sido aprovada por unanimidade, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias.

Finalizando a enumeração dos dispositivos, o art. 69 do CC/2002 repete o art. 30 da codificação anterior, na medida em que dispõe que

“Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante”.

Ainda é de se dizer acerca da perda de oportunidade de se regulamentar o direito fundacional de forma sistematizada, tal como feito pela Espanha, a partir do art. 34.1 da Constituição de 1978 e da Lei nº 30/1994. Referida norma elevou o direito de fundações ao nível constitucional, conferindo-lhe a natureza de direito fundamental derivado da função social da propriedade, incluindo as conseqüências do art. 53.1, que dispõe: “los derechos e libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos e libertades (...)”. O mais imediato efeito desse tratamento, na Espanha, foi a imposição, perante os poderes públicos, da garantia de disposição de bens próprios para criação de uma fundação vinculada ao cumprimento dos fins sociais vinculados na criação.

4. Atualização interpretativa da correlação entre patrimônio e finalidades das fundações

A equação patrimônio-finalidade se resolve pelo equilíbrio de proporções, porque a legislação impõe ao instituidor o mister de observar a suficiência do patrimônio para a criação da entidade (art. 1.200 do CPC e, por extensão, art. 66 do CC/2002).

Quanto ao elemento patrimonial, por ser a base de sustentação da finalidade, há o imperativo da impossibilidade de alienação do patrimônio, ressalvada a hipótese de autorização do Ministério Público curador, após prévia requisição fundamentada de expedição de alvará judicial. Conforme é entendimento da doutrina espanhola de Lucía Linares Andrés (1998, p. 59), essa inalienabilidade relativa do patrimônio é fundamentada na limitação da autonomia privada, para proteção da vontade do instituidor e dos terceiros beneficiados pelos fins fundacionais.

De acordo com a obra de Werner Seifart (1999, p. 3), a finalidade representa a concretização da vontade do instituidor e a definição da linha condutora de atitudes da entidade. Por esse motivo, segundo Gerhard Brandmüller (1998, p. 57), o instituidor é livre para determinar os fins que a fundação irá perseguir. Dentro dessa limitação, os fins devem-se apresentar na instituição com caracteres bastante definidos, especialmente no que concerne à *possibilidade, licitude, determinabilidade e inalterabilidade*. A segunda questão a ser discutida diz respeito aos fins especificados no parágrafo único do art. 62 do CC/2002.

A finalidade deve obedecer, portanto, à *determinabilidade estrita*, como ato vinculativo à vontade do instituidor. Não há margens para a generalidade, porque o fim há que ser específico e demonstrado imediatamente pelo instituidor, ato próprio da exegese do art. 62 do CC/2002. Assim, não há que se cogitar de fim indeterminado, mas determinável de plano ou ao cabo do implemento de certa condição, termo ou modo para a eficácia plena do negócio instituidor.

Não se admite a determinação genérica. Ao contrário, deverá haver especificação para que o vínculo patrimônio-fim seja efetivo.

“Innanzi tutto deve essere determinato lo scopo. Esso designa i compiti precisi e permanenti ai quali è chiamato l'ente che sorge. Un'assoluta

vaghezza di fini non sarebbe compatibile col sorgere di una fondazione che, appunto, nello scopo trova la sua individualità” (ROMANELLI, 1935, p. 57).

O fim deverá ser *específico*, sob pena de atrair subjetivismos de interpretação que afastem a verdadeira intenção motriz instituidora. Esse fato se torna mais difícil no caso de instituição por ato entre vivos; entretanto, é plenamente suscetível quando for verificada por outra pessoa jurídica ou por negócio jurídico fundacional *causa mortis*. É de se exemplificar com o testamento que determina que o patrimônio será voltado à atividade de pesquisa, sem especificar qual a investigação científica a ser efetuada. Assim, os futuros administradores poderiam voltar o patrimônio para atividade desvirtuada do intento inicial, ou seja, de fins pacíficos para beligerantes ou então de pesquisa científica para aperfeiçoamento de substâncias episodicamente ilícitas.

Para exemplificar, é o caso de se vincular o patrimônio do instituidor a uma finalidade relacionada à saúde. Essa, a viga mestra a ser respeitada. Entretanto, é mister a especificação: qual momento da saúde: preventivo ou clínico? Qual área de atuação: pediatria, obstetrícia, ortopedia, oncologia? Qual a comunidade abrangida? Opcionalmente, quais as doenças: aids, hepatite, câncer? Ou que sejam todos esses pormenores ligados à saúde, guardada a devida proporção com o patrimônio vinculado. Ainda é bom perquirir: haverá manutenção de um hospital próprio da fundação ou a fundação será mantenedora econômica de outras entidades já existentes?

O que se quer demonstrar é que a especificação atende com melhor clareza àquilo que o instituidor pretendia, havendo aqui a incidência do princípio da proteção da vontade do instituidor, base condutora do velamento das fundações pelo MP.

Não obstante, ressalva a ser feita, é o caso de o negócio instituidor prever a possibilidade de complementação da finalidade genérica, isso por outra pessoa instituidora ou

por terceira pessoa que poderá ser o administrador. Nesse caso, a vontade inaugural da fundação autoriza e legitima o complemento da finalidade por outrem, que não o instituidor, sob a fiscalização do Ministério Público. Tome-se por orientação e exemplo o quanto é disposto no §87 do BGB (2º período), que permite a alteração dos fins após prévia aprovação da administração da fundação:

“Na transformação da finalidade deve ser atendida, tanto quanto possível, a intenção do fundador, dando particular atenção à circunstância de que as rendas do patrimônio da fundação, tanto quanto possível, fiquem mantidas no mesmo círculo de pessoas a quem elas deveriam caber na intenção do fundador. A autoridade pode alterar a constituição da fundação sempre que a transformação da finalidade o exigir”.

A finalidade da fundação é elemento essencial tanto do negócio de instituição quanto da pessoa jurídica, e sem ele a instituição se nulifica e os bens dotados seguirão o regime que o Código Civil brasileiro lhes destina (o que será abordado oportunamente).

Por derradeiro, a finalidade deve possuir a característica da *inalterabilidade relativa*, ou seja, estar adstrita às disposições instituidoras. É decorrência do respeito à vontade do instituidor, em seu mais amplo sentido de perpetuação. No Brasil, essa proteção tem alcance da norma positivada no inciso II do art. 67 do CC/2002 (anterior art. 28, inciso II, do CC/1916).

Com a ressalva feita em relação à retroatividade violadora de ato jurídico perfeito (discutida no item 2), o dispositivo mencionado vinculou os fins da fundação somente em religiosos, morais, culturais ou de assistência². Corrigiu-se antinomia anterior, em que, apesar de ser contrariada a essência da fundação, seria juridicamente possível admitir fins particularizados, conforme orientavam Ruggiero (1934, p. 439) e Bevilaqua (1931, p. 234).

Com efeito, compreendeu-se que a essência finalística das fundações é voltada para o *interesse social, que é conjugação de valores e fatos que beneficiam a sociedade em geral, impostos por necessidade de ordem social, política, econômica e moral*. Pode-se buscar a orientação de Rafael de Lorenzo Garcia (1993, p. 115):

“interés público es el compartible por cualquiera o por un amplio círculo de personas; lo cual supone destinatarios indeterminados, o, al menos, relativamente indeterminados. En esto consiste la despersonalización del beneficio conferido por la Fundación: se ofrece a las personas no en su individual consideración, sino en tanto se encuentren en una determinada situación o necesidad. En esta situación o necesidad, apreciada precisamente en cuanto común a un círculo de personas considerable, radica y consiste el interés público que la Fundación atiende”.

Também em sede de comparação de direitos, é interessante aproveitar o conteúdo do §52 da *Abgabenordnung* (AO), Código Tributário Alemão de 1977, sobre as entidades com objetivos de utilidade pública (*Gemeinnützige Zwecke*):

“Uma entidade tem objetivos de utilidade pública, quando a sua atividade é orientada no sentido da promoção social, que ela desenvolve desinteressadamente no campo material, espiritual ou moral. Deixa de ocorrer promoção social, se o círculo de pessoas beneficiadas é muito restrito, como, por exemplo, quando pertence a uma família ou ao quadro de pessoas de uma empresa, ou quando há de ser apenas de curta duração em razão das limitações impostas principalmente pelo seu restrito âmbito de atuação ou pelas características profissionais de seu trabalho. Não ocorre promoção social tão-só porque uma entidade entrega seus recursos a uma pessoa jurídica de direito público”.

O número 2 do §52 da mesma norma alemã ainda considera como promoção social:

“1. Fomento da ciência e da pesquisa; da formação e da educação; da arte e da cultura; da religião; do intercâmbio entre os povos; da ajuda para o desenvolvimento; da proteção do meio ambiente, da paisagem e dos monumentos; do civismo; 2. O fomento da assistência à juventude e à velhice; da saúde pública; do bem-estar social e do esporte”.

Continua a compreensão de impessoalidade e ausência de *interesse lucrativo* de quem quer que venha fazer parte do corpo administrativo da entidade. Contudo, a discussão se restringe: a) à extensão de conceito dos fins de utilidade social enumerados pelo art. 62 do CC/2002; b) à admissibilidade de fundações destinadas a grupamentos determinados; c) à admissibilidade de *Hauptgeldstiftung* (aplicação direta do patrimônio da fundação, por ela própria) e *Anstaltstiftung* (criação de pessoa intermediária, que recebe os recursos da fundação e realiza as finalidades).

Quanto ao primeiro tópico, é possível afirmar que a utilidade social se estende a um grupo indeterminado de pessoas, postas na sociedade de maneira indissociável, atendendo à demanda de serviços sociais, assistenciais e educacionais, prestados de maneira gratuita e de acordo com critério igualitário (ANDRÉS, 1998, p. 205-206).

Após o advento do parágrafo único do art. 62 do CC/2002³, podem ser incluídos entre os fins possíveis:

a) *religiosos*: giram em torno da celebração de cultos e fins relacionados à liturgia e seus respectivos locais, como decorrência da inviolabilidade de consciência e crença (art. 5º, inciso VI, da CF/88). Fim religioso engloba a própria celebração ritualística, a formação (inclusive ensino) dos clérigos e religiosos, o velamento e sepultamento dos mortos, bem como o culto à sua memória. De acordo com o art. 150, §4º, engloba-se na imunidade o patrimônio, renda e serviços

da atividade religiosa, inclusive o templo e casas paroquiais, tendo em vista que se trata do meio de sustentação da finalidade. Como paradigma para finalidades religiosas, tem-se o §54, Abs. 2, da AO alemã, ao dispor sobre *Kirchliche Zwecke*⁴.

b) *morais*: as finalidades admitidas como morais apresentam-se em rol amplo e englobando aspectos atinentes à formação humanista das pessoas, inserindo o homem no contexto de relações gregárias entre si e perante o meio ambiente, havendo conscientização e atuação ética (enquanto projeção da moral na sociedade). Por ampliação interpretativa adequada às regras de hermenêutica e decorrente da omissão da norma posta no art. 62 do CC/2002, podem ser admitidas como finalidades morais a proteção dos direitos humanos, proteção do meio ambiente (conservação de recursos naturais, controle da poluição, proteção e bem-estar dos animais, vida selvagem e preservação de ambientes rurais), estudos do desenvolvimento econômico e social da região ou comunidade, tutela da cidadania (organizações de direito, minorias étnicas, serviços jurídicos aprovados pela OAB, prevenção do crime, reabilitação social de delinquentes, apoio às vítimas, partidos políticos), também atividades internacionais como programas de intercâmbio, assistência de desenvolvimento, amparo em desastres, direitos humanos e organizações pacifistas, promoção da ética, da paz e de outros valores universais.

c) *culturais*: extensão da educação, inclui a promoção de investigação científica lícita, incrementação e fomento da arte e cultura nacional, regional e comunitária, além do incentivo a esportes, arte, museus, zoológicos e recreação.

d) *assistência*: a assistência⁵ engloba finalidades de promoção das necessidades básicas da pessoa, incluindo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e aos portadores de deficiência física, em todas as fases de formação física e psíquica. Incluem-se entre as finalidades a educação (escolas de todos os níveis de en-

sino e educação superior, treinamento vocacional, pesquisa médica, ciência e tecnologia, estudos de política empresarial), saúde (hospitais, reabilitação, asilos, saúde mental), trabalho, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, combate a doenças, serviços sociais (bem-estar da criança, serviços para jovens, famílias, idosos e deficientes, ajuda de emergência, complementação de rendimentos, assistência material). Para fins de comparação de direitos, o Código Tributário (AO) alemão discrimina quais são os fins beneficentes (*Mildtätige Zwecke*)⁶, de filantropia (*Selbstlosigkeit*)⁷, atividade assistencial (*Wohlfahrtspflege*)⁸, hospitais (*Krankenhäuser*)⁹ e qualifica as entidades de utilidade pública especiais (*Einzelne Zweckbetriebe*)¹⁰.

Em relação ao segundo ponto de discussão, é de se admitir que a finalidade da fundação privada se estenda a *grupamentos determináveis*, na medida em que se realizem fins que beneficiem essa coletividade irretiradamente. Assim, poderão ser entendidas as fundações privadas que persigam fins relacionados à saúde de uma coletividade ligada a uma atividade laboral sindicalizada ou, então, dos componentes de um partido político. Em outro exemplo, poderão ser inclinadas as fundações que buscam o culto religioso, já que atendem a grupamento determinado de pessoas. Deixa-se de lado a utilidade social, para se trabalhar com a utilidade coletiva.

Pode-se exemplificar com as fundações de previdência privada (abertas e fechadas). O art. 202 da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional nº 20/98, admite o regime de previdência privada, de caráter complementar, facultativo e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado pelas Leis Complementares nº 108 e 109 de 29 de maio de 2001 (regulamentadas pelo Decreto nº 4.206, de 23 de abril de 2002), revogando a Lei nº 6.435,

de 15 de julho de 1977 (e alterações da Lei nº 6.462/77). De acordo com a nova regra, a previdência privada é complementar e pode ser operada por entidades de previdência que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário (art. 2º da LC 109/2001).

5. Adaptação da atuação do Ministério Público

O CC/2002 manteve a necessidade de atuação do Ministério Público no velamento das fundações privadas. Nesse sentido, José Celso de Mello Filho (1980, p. 32) enumera alguns dos atos judiciais que podem ser praticados pelo MP:

“1) anulação dos atos contrários à lei e aos estatutos praticados pelos administradores das fundações; 2) o seqüestro dos bens fundacionais irregularmente alienados, sem prejuízo de outras medidas cautelares, típicas ou atípicas; 3) a prestação de contas dos administradores e tesoureiros das fundações quando estes não o fizerem administrativamente; 4) a extinção das fundações quando se tornar ilícito o seu objeto, ou for impossível a sua manutenção, ou se vencer o prazo de sua existência; 5) a remoção dos administradores da fundação no caso de negligência ou malversação e a nomeação de administrador provisório; e 6) a elaboração dos estatutos quando o instituidor não o fizer, nem nomear quem o faça, assim como quando a pessoa encarregada de fazê-lo não cumprir o encargo no prazo fixado pelo instituidor ou, em não havendo prazo, dentro de seis meses”.

Com efeito e dentro desses pressupostos, as funções do MP podem ser enumeradas didaticamente em quatro, nomeadamente designadas:

– função *consultiva* do MP, seja das fundações já constituídas, seja das fundações não-reconhecidas e de fato;

– função *fiscalizadora*, exigindo prestação de contas e velando pela proteção de: *finalidade* (impugnando atos administrativos contrários aos preceitos estatutários); *patrimônio* (resguardando a integridade, observando o destino aos fins estatutários e controlando a administração); *vínculo* manifestado na vontade do instituidor projetada no estatuto;

– função *substitutiva* da administração, precedida de ordem judicial, em casos de impossibilidade e suprimindo eventual deficiência nos órgãos administrativos da entidade;

– função *interventora*, que se desdobra na aprovação dos estatutos, imposição de modificações estatutárias e em casos de irregularidades (nesse segundo momento, com a necessária e antecedente autorização judicial para intervir), além da intervenção em processos judiciais em que as fundações sejam parte.

O MP ainda poderá examinar escritas, solicitar informações, pedir prestação de contas, requerer inquéritos policiais, pedir a prisão preventiva de administradores improbos, iniciar ação penal, pleitear anulação de assembléias e resoluções, pleitear também rescisões de contratos, enfim, tudo o que se fizer necessário para que a finalidade da fundação não se desencaminhe, nem se dilua, utilizando-se de ação civil pública com o pedido específico.

A respeito, pronunciou-se o julgado do Supremo Tribunal Federal: “Fundação. Intervenção. Ação Fiscalizadora do Ministério Público. Art. 26 do Código Civil. Vinculação ao juízo para obter o regular funcionamento da entidade. Mandado de segurança concedido” (STF – RE nº 91.537/1 – RJ – Rel. Min. Thompson Flores – 14.10.1980).

Como se disse, a ingerência do MP na administração da fundação somente deverá ser feita por meio de pedido junto ao juiz curador. Em linhas gerais, essa, a compreensão que se tira do dispositivo do art. 66, cumulado com o inciso III do art. 67 e art. 69, todos do CC/2002 (que manteve basicamente a mesma exegese nesse ponto), além das

disposições instrumentais e materiais inseridas nos arts. 82, III, 1.199 a 1.204 do Código de Processo Civil e na Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que muito pouco especifica as funções do MP na administração das fundações). Os dispositivos explicitam que o órgão do Ministério Público velará pelas fundações existentes na comarca, devendo, inclusive, intervir nos processos em que as fundações sejam partes.

6. Ainda sobre o exercício de atividades econômicas

Além de mínimas e meramente pontuais, as alterações trazidas pelo CC/2002 não contemplaram sob qualquer hipótese ou análise a questão do exercício de atividades econômicas pelas fundações. Relegou-se, então, aos intérpretes do Direito a análise sistêmica, de modo a adequar institutos em princípio díspares, mas que são sempre utilizados em harmonia para garantir a continuação da entidade.

Pelo princípio da liberdade de associação e liberdade de empresa, há plena licitude na admissão de exercício de atividades econômicas pelas fundações privadas, de forma que os benefícios econômicos auferidos pela atividade acessória sejam revertidos para o cumprimento dos objetivos fundacionais; a atividade econômica como produtora de um lucro, excedente de capital, que seria reaplicado pela fundação.

Não se pode esquecer que, pelo princípio da proteção da vontade do instituidor, é estritamente necessário que o negócio de instituição tenha previsão expressa de que a fundação deverá participar de sociedade ou deverá se constituir com atividade empresarial em conexão com seus fins. Ademais, por uma questão de licitude da proposta, verificamos que não existe incompatibilidade entre o direito regulador do funcionamento das fundações e o direito que regulamenta a atividade econômica e empresarial. O que se admite é o inter-relacio-

namento entre ambos, superando qualquer argüição de ilicitude e incompatibilidade pela restrição mútua de princípios em proveito dos fins fundacionais.

Em sede de comparação de direitos, é importante transcrever a recomendação que encabeça a Lei nº 30, de 24 de novembro de 1994, da Espanha, que regulamentou a matéria e dispôs no preâmbulo:

“Merecen destacarse dos aspectos que inciden sobre la actividad de las Fundaciones: el primero es la posibilidad de que ejerzan directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales; el segundo consiste en la exigencia de que una determinada proporción de las rentas y de cualesquiera otros ingresos que obtenga la Fundación sea destinada a la realización de los indicados fines”.

A referida Lei nº 30/1994 fixa critérios básicos sobre as atividades mercantis e industriais das fundações, dispondo o art. 22:

“1. Las Fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales. 2. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la Fundación deberá promover las transformaciones de aquellas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad. 3. Las Fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado con carácter inmediato a que la misma se produzca”.

Ainda em busca das fontes de direito, aproveitamos a doutrina de Rafael de Lorenzo Garcia (1993, p. 203), sobre ordenamento espanhol:

“No existe ninguna duda de que, en el ordenamiento jurídico español,

las Fundaciones pueden utilizar todo tipo de medidas empresariales (incluyendo, por tanto, la propia constitución de empresas) y, consecuentemente, obtener ganancia o beneficio. Lo que sí está excluido es la distribución de esos beneficios fuera de la propia Fundación, es decir, entre los fundadores o personas representativas de un interés puramente particular, de forma que implique una desviación de tales ganancias más allá del ámbito propio de la Fundación o de su círculo de beneficiarios. Puede afirmarse por ello que, en la actualidad, casi todas las Fundaciones, para la consecución de sus objetivos, participan plenamente en la vida económica, ejerciendo de forma permanente actividades económicas remuneradas, a título principal o accesorio. En este sentido, habría que determinar hasta qué punto les son aplicables a estas entidades las reglas comunitarias generales que se imponen a los operadores económicos ordinarios”.

No Brasil, se não existe referida exigência em sede normativa, deverá o próprio Ministério Público verificar o estatuto e observar se a participação da fundação ocorre em sociedade sem limitação de responsabilidade do sócio ou então que a atividade empresária da fundação não seja preponderante sobre a finalidade de interesse social a que se vinculou o patrimônio.

6.1. Princípio da reversão dos lucros da atividade econômica

Para compatibilização entre empresa e fundação, é necessário que haja a enunciação de princípio de complementariedade e restrição mútua entre os institutos, para compatibilizar a situação híbrida gerada. Nesse sentido é que se enuncia a *reversão dos lucros da atividade econômica para a realização dos fins fundacionais*, nos moldes do que Valero Agundez (1969, p. 116) entendeu por *inversión de su capital*, “para

obtener rendimientos con los que promover las finalidades que le son propias”. No direito alemão, apresentam mesmo entendimento Werner Seifart (1999, p. 4) e Gerhard Brandmüller (1998, p. 76).

Por definição, a atividade fundacional é desvinculada do elemento lucro, entretanto, nada impede que se reverta o lucro obtido em benefício do interesse público tutelado pela entidade. Dentro da proposta de criar uma atividade-instrumento de garantia de capital para realização da filantropia, é imprescindível que o capital obtido pela atividade econômica seja revertido para a fundação.

Seria inconcebível admitir a distribuição de lucros, entrando em franca contradição com os fins públicos das fundações. Além disso, deve-se atentar para a conservação do patrimônio fundacional, como uma das fundamentais diretrizes do direito das fundações.

Esse raciocínio se aplica em toda a extensão da fundação-empresa e à fundação sócia de sociedade empresária.

Com relação à participação da fundação em sociedade limitada ou em sociedades de capital, deve ser analisado que, muitas vezes, a fundação não será sócia quotista ou acionária única, entendendo-se nesse caso que os dividendos cabentes à fundação, estes sim, devem ser necessariamente aplicados na realização do fim idealizado pelo instituidor da fundação.

Na legislação espanhola, o art. 22 da Lei nº 30/1994 reconhece a possibilidade de a fundação exercer, direta ou indiretamente, atividades mercantis ou industriais, positivando o princípio da reversão dos resultados econômicos para cumprimento das finalidades fundacionais.

Ainda nessa lei espanhola, verifica-se a disciplina fiscal das rendas e ingressos incorporados pelas fundações, dispendo o art. 25 da Lei nº 30/1994 nos seguintes termos:

“1. A la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o

cualesquiera otros ingresos netos que, previa deducción de impuestos, obtenga la Fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración a incrementar la dotación fundacional. Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables a los efectos de lo previsto en este apartado.

2. La Fundación podrá hacer efectivo el destino de la proporción de las rentas e ingresos a que se refiere el apartado anterior en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención.

3. De conformidad con los artículos 12.2 y 17.2, se entiende por gastos de administración aquéllos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación, y de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 13.6”.

6.2. Participação da fundação na qualidade de sócia de sociedade empresária (exercício indireto de atividades econômicas)

É plenamente admissível que a fundação privada, na qualidade de pessoa jurídica, participe de sociedade com fins lucrativos, comercial ou não, ainda que se trate de sociedade de pessoas (com subscrição de cotas) ou sociedade de capitais (com titularidade de ações). Entenda-se por titular imediato da empresa a própria sociedade, dentro da qual se insere a fundação.

O fundamento doutrinário do tema é sustentável, tanto que foi deduzido por Andrea Zoppini (1995, p. 172):

“Ancóra diverso, e più rilevante sul piano pratico, il caso in cui la fondazione abbia ad oggetto lo svolgimento *mediato* di attività d’impresa, che si realizza principalmente (ma

non esclusivamente) attraverso la partecipazione a società di capitali, attesa la legittimità – ormai generalmente riconosciuta – della partecipazione di un ente a scopo non lucrativo ad una società a causa lucrativa. Infatti, il dato della partecipazione di per sé non implica un'alterazione funzionale nel soggetto partecipante, che si realizza (solo) quando non è rispettato il vincolo di destinazione proprio della finis causale che gli pertiene”.

Dessa maneira, os lucros obtidos pela sociedade empresária seriam divididos entre os sócios, entre os quais estaria a fundação. Esta, por sua vez, teria a necessária obrigação de reverter os benefícios obtidos para a realização de seu escopo de instituição, que não se confunde com o objetivo da empresa. Este é consectário do *princípio de reversão dos lucros da atividade econômica para a realização dos fins fundacionais*, já enunciado.

Perceba-se que a distribuição de lucros pode não ser exclusiva para a fundação sócia-quotista ou sócia-acionista, uma vez que é possível existir mais de um sócio que não a fundação. Não obstante, como dito anteriormente e reafirmado aqui, os dividendos cabentes à fundação deverão ser necessariamente revertidos para a realização dos fins assistencialistas desenvolvidos pela entidade. Essa é a orientação de Brun-Hagen Hennerkes (1996, p. 47), que apresenta a participação fundacional na empresa (*Beteiligungsträgerstiftung*) como um meio de desenvolvimento do próprio fim da fundação:

“Bei der *Stiftung als Dotationsquelle* steht das Motiv des Stifters im Vordergrund, die für die Erfüllung des Stiftungszwecks erforderlichen Mittel über die Unternehmensbeteiligung bereitzustellen. Die Unternehmensbeteiligung ist für diese in der Praxis regelmäßig gemeinnützigen Stiftungen folglich nur das Mittel zur Erfüllung des Stiftungszwecks”.

6.3. Fundação-empresa (exercício direto de atividades econômicas)

No caso de constituição da fundação com atividade empresária embutida na própria organização, é objeto da empresa a consecução do fim fundacional e não a geração de benefícios para eventuais sócios (*intuitio personae*). Há vínculo patrimonial e funcional (HENNERKES, 1996, p. 46). O patrimônio estará vinculado ao exercício de atividade econômica, que financia a realização do fim assistencialista. Materializa-se a divisão entre a atividade econômica (empresarial) e o escopo fundacional, como meio e fim em si considerados, respectivamente. A teleologia, entretanto, continua na prática do assistencialismo reconhecidamente intrínseco à fundação. Andrea Zoppini (1995, p. 171) faz alusão a essa separação e ainda concebe o conceito da fundação-*holding*, nos seguintes termos:

“Sempre con riguardo alla dialettica scopo/attività, quale esempio di fondazione che in fatto svolge esclusivamente attività d'impresa, la dottrina italiana già da tempo ha segnalato il fenomeno della *fondazione-holding* di altre fondazioni: si tratta di una fondazione finanziaria che 'há per oggetto l'amministrazione del patrimonio o la gestione dell'impresa, con l'obbligo, impostole dallo statuto, di devolvere le rendite del patrimonio o gli utili d'impresa all'altra fondazione, o eventualmente ad una pluralità di altre fondazioni, a loro volta distinte fra loro in ragione dei diversi settori di attività; queste ultime utilizzano le rendite o gli utili ricevuti per la diretta realizzazione degli scopi della fondazione”.

Gerhard Branmüller (1998, p. 43) também considera essa possibilidade de fundação-*holding*, caracterizando-a pela administração e condução de um grupo de empresas, com participação no quadro societário (fundação como sócia de empresas, com rever-

são do capital à finalidade, conforme deduzido no capítulo anterior).

Na compreensão de Antonia Nieto Alonso (1996, p. 339), a fundação-empresa é a conjugação de preceitos da Constituição espanhola, em particular, a função social da propriedade (art. 33 da CE), o direito de fundação (art. 34 da CE) e a liberdade de empresa (art. 38 da CE).

Valero Agundez (1969, p. 169), por sua vez, enumera dois requisitos essenciais: a) titularidade jurídica imediata da fundação sobre a empresa; e b) conexão institucional entre ambas, sem confundir finalidades.

A titularidade e a unidade patrimonial sobre a empresa trazem a responsabilidade ilimitada para a fundação, por conta da conexão institucional. No exercício de atividades indiretas, a fundação sócia responde de acordo com a disciplina do capital da sociedade. No regime de fundação-empresa, por sua vez, as dívidas são assumidas pela própria fundação, que deverá responder diretamente por elas com o seu patrimônio.

O que se verifica, em um segundo plano, é que a fundação-empresa se dedica institucionalmente para a realização de proveitos econômicos que possam ser revertidos para os seus fins públicos. É o que se pode nomear *caráter institucional* da empresa, com suporte na doutrina de Valero Agundez (1969, p. 131), segundo o qual: “Ello no significa que el sustrato de este tipo de persona jurídica no está formado por una agrupación de personas, sino por una obra a realizar”. Continua o doutrinador espanhol, em sua magistral obra:

“La empresa queda en una situación intermedia entre la socialización de la misma en sentido estricto y su permanencia bajo la titularidad de un sujeto individual o en conexión con el interés particular del mismo. Porque, aun continuando la empresa bajo un titular formal de carácter privado, éste no es portador de intereses individuales particulares, sino de intereses

generales. Por otra parte, al ser la empresa en estos casos la base patrimonial de la fundación, se convierte, por virtud de su conexión con ésta, en ‘empresa para un fin’” (AGUNDEZ, 1969, p. 131).

Não há, portanto, a destinação dos resultados financeiros para sujeitos individuais interessados, mas sim uma reversão aos interesses finalísticos da própria fundação (*Unternehmen an sich*).

Essa proposta, além de demonstrar a institucionalização da empresa, ainda revela a socialização dos escopos empresariais, uma vez que os benefícios econômicos são revertidos para a realização dos fins da fundação. É a empresa de interesse social (na linguagem de Valero Agundez e para os alemães *Gemeinwirtschaft*) e, mais do que nunca, cumprindo uma função social.

Nada impede, entretanto, que a atividade empresarial da fundação siga as modernas regras de administração adequada, busca de qualidade nos produtos e também a obtenção do máximo rendimento, com o menor emprego de meios.

6.4. Instituição e constituição da fundação-empresa

Para a constituição de uma fundação-empresa, os requisitos são os mesmos do CC/2002 e CPC e legislação extravagante em vigor. Assim, o instituidor, por meio de dotação patrimonial, vincula esse conjunto de bens dotados a uma das finalidades do art. 62, parágrafo único, do CC/2002. No mesmo negócio de instituição, discrimina-se que, em conexão à atividade pública, a fundação atuará em atividade econômica mantenedora desses fins públicos. Além disso, os estatutos estarão dispendiosamente acerca da organização para exercício da atividade.

Verifica-se que existe um procedimento a ser seguido dentro do próprio negócio de instituição.

Primeiro, cria-se a dotação patrimonial e seu fim assistencialista. Depois é que ha-

verá disposição sobre a atividade econômica mantenedora, seja para criá-la em conexão institucional, seja para incorporação da empresa à fundação. No caso de exercício indireto, as quotas ou, então, as ações farão parte da própria dotação patrimonial.

O registro dos estatutos, por se tratar de fundação (ainda de natureza civil), será efetuado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Não há disposição legal que determine o arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Juntas de Comércio).

A fundação, portanto, será titular imediata da empresa, havendo conexão institucional ou de corporificação, mas com absoluta independência de atividades. A titularidade se projeta tanto no aspecto patrimonial, quanto no aspecto puramente funcional.

7. Conclusão

As alterações promovidas pelo CC/2002, em relação às fundações privadas, foram meramente pontuais e corrigiram algumas questões referentes ao *quorum* para modificação estatutária, o destino do patrimônio em caso de insuficiência na instituição da entidade, a obrigação de transferência dos bens para a fundação após o registro (constituição) e a uniformização do destino do patrimônio após a extinção.

Não obstante alguns pequenos avanços promovidos pela evolução doutrinária do instituto e pela jurisprudência, a disciplina normativa não contemplou a importante questão do exercício de atividades econômicas, relegando a matéria para uma imprescindível interpretação sistêmica da admissibilidade e compatibilização de uma atividade de produção de resultados financeiros para uma fundação. Tais critérios também repercutem na atuação do Ministério Público, que deverá ter no velamento uma forma de facilitação de resultados da fundação, sem se afastar da imprescindível fiscalização de aplicação dos resultados nas

finalidades essenciais da entidade. Obviamente, a condução do velamento é o reflexo da fundação: Ministério Público forte, moderno e aparelhado para observância das modernas práticas administrativas é sinônimo de uma fundação ágil e capaz de enfrentar a dinâmica exigida pelo mercado.

Espera-se muito do terceiro setor e, dentro dele, do setor fundacional como um dos pilares de sustentação da distribuição de renda e minimização dos efeitos das desigualdades que ferem a sociedade brasileira. O fortalecimento das fundações com regras jurídicas claras e bem definidas caracteriza elemento de segurança jurídica garantidora de previsibilidade para atuação dessas entidades. Sendo assim, a doutrina continua com a sua missão transformadora, criativa e construtiva de um sistema interpretativo que garanta às fundações a continuidade de suas respectivas atuações.

Notas

¹ Art. 72. Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.

² Disposição semelhante, vinculando ao bem comum, mas sem enumeração de hipóteses, encontramos na Argentina, que possui legislação específica de regulamentação da fundação, consubstanciada na Lei nº 19.836/1972, que no art. 1º dispõe: “Las fundaciones a que se refiere el artículo 33 del Código Civil son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines. Para actuar como tales deberán requerir la autorización prevista en el artículo 45 del citado Código”. Mais rigoroso é o art. 188 do Código Civil português, que dispõe que “não será reconhecida a fundação cujo fim não for considerado de interesse social pela entidade competente”.

³ Critica-se o parágrafo único do art. 62 do CC/2002, porque enclausurou hipóteses de fins sociais, sem contemplar escopos eminentemente associados ao bem-estar comum e evidentemente ligados à essência do setor fundacional, exemplo da prote-

ção do meio ambiente, capacitação profissional, dedicação aos índios, entre outros. A solução é a ampliação interpretativa das quatro hipóteses (religiosas, morais, culturais e de assistência), de modo a inserir as atuações sociais que foram somente omitidas, mas não suprimidas pela nova lei. O dispositivo do art. 62 do CC/2002 também deve albergar as hipóteses do art. 3º da Lei nº 9.790/99 (OSCIP), que são essencialmente voltados para entidades com o perfil das fundações.

⁴ §54. (2) Constituem fins religiosos especialmente a construção, decoração e manutenção de templo e casas paroquiais, a celebração do culto religioso, a formação de clérigos e ministros, o ensino religioso, o sepultamento dos mortos e o culto de sua memória, bem como a administração do patrimônio da igreja, a remuneração dos clérigos e ministros, dos funcionários e auxiliares eclesiásticos, a instituição de fundos para o amparo à velhice e invalidez em favor dessas pessoas e de seguro social para as respectivas viúvas e órfãos.

⁵ Podem ser inseridos os objetivos da Lei nº 8.742/93, que organizou a assistência social no país.

⁶ §53. Desenvolve uma entidade fins beneficentes quando a sua atividade se orienta no sentido de amparar, desinteressadamente, pessoas

1. que, em razão de sua situação física, espiritual ou mental, dependem de auxílio de outrem, ou

2. cujos proventos não excedem o triplo do valor do benefício previsto no §22 da lei federal de assistência social; ou o quádruplo desse valor, quando se tratar de pessoas sem parentes ou de chefe de família. Não se aplica esta regra a pessoas cujo patrimônio é suficiente para assegurar permanentemente melhor padrão de vida e das quais se pode exigir que o apliquem para este fim (...).

⁷ §55. Considera-se filantrópica a atividade de estímulo e de assistência, se através dela não se perseguem preponderantemente fins econômicos – como, por exemplo, fins profissionais ou outros fins lucrativos – e desde que ocorram os pressupostos seguintes: 1. Os recursos da entidade só podem ser aplicados nos fins previstos no estatuto. Os membros ou associados (membros no sentido desta norma) não podem participar dos ganhos da entidade, nem dela receber, na qualidade de membros, quaisquer vantagens (...).

⁸ O §66 qualifica a entidade de assistência social a entidade de utilidade pública que assiste às pessoas enumeradas no §53.

⁹ Os hospitais têm a disciplina fiscal especificada no §67.

¹⁰ §68. Consideram-se especialmente entidades de utilidade pública:

1. a) albergues para velhos, asilos, casas de repouso, postos para serviço de refeições, quando

servirem de maneira especial às pessoas indicadas no §53;

b) jardins de infância, asilos para crianças, jovens e estudantes, granjas escolares e albergues para jovens;

2. a) estabelecimentos agrícolas e de horticultura, que servem para abastecer as próprias entidades, e assegurar, assim, adequada alimentação e abastecimento suficiente dos membros da organização;

b) outros estabelecimentos necessários para o abastecimento das próprias entidades, como carpintarias, serralherias, quando os fornecimentos e demais serviços prestados por esses estabelecimentos a terceiros não excederem o valor de 20% de todos os serviços executados, aí computadas as prestações feitas à entidade;

3. oficinas para incapazes, que, de acordo com a lei de estímulo ao trabalho, atinjam esse objetivo legal e ofereçam empregos a pessoas que, em razão da sua incapacidade, não podem participar do mercado geral de trabalho, assim como estabelecimentos para terapia de trabalho e ocupação que se destinem ao aproveitamento de incapazes;

4. estabelecimentos mantidos para assistência a cegos e a pessoas portadoras de defeitos físicos;

5. estabelecimentos para a assistência educacional do menor;

6. loterias e sorteios autorizados pelas autoridades competentes que uma entidade favorecida por incentivos fiscais organiza, no máximo duas vezes por ano, para fins exclusivamente de utilidade pública, beneficentes ou eclesiásticos;

7. a) estabelecimentos culturais, como museus, teatros e promoções culturais, como concertos e exposições de arte;

b) competições esportivas de uma associação de esportes que não promova jogos de futebol com jogadores seus inscritos segundo o regulamento da primeira divisão da Federação Alemã de Futebol;

c) promoções sociais de uma entidade favorecida com incentivos fiscais, quando o excesso da receita sobre os custos derivada das atividades econômicas indicadas nas letras a até c, na média dos últimos três anos, inclusive do ano do lançamento, atingir montante anual não superior a 12 mil marcos alemães e for aplicado em objetivos estatutários da entidade incentivada pelo imposto (...).

Bibliografia

BATALHA, Wilson Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRANDMÜLLER, Gerhard. *Gewerbliche Stiftungen*. Bielefeld: Erich Schmidt Verlag, 1998.

- DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRECO, Franco. *Le fundazioni non riconosciute*. Milão: Giuffrè Editore, 1980.
- HAURIUO, Maurice. *La teoría de la institucion y de la fundacion*. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- HENNERKES, Brun-Hagen; SCHIFFER, K. Jan. *Stiftungsrecht*. Frankfurt: Fischer – Heymanns, 1996.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de empresa no Código Civil de 2002: teoria geral do direito comercial de acordo com a Lei n. 10406, de 10.1.2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LEHMANN, Heinrich. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 7. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1952.
- LINARES ANDRÉS, Lucía. *Las fundaciones: personalidad, patrimonio, funcionamiento y actividades*. Valencia: Tirat lo Blach e Universidade de Valencia, 1998.
- LORENZO GARCIA, Rafael de. *El nuevo derecho de fundaciones*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1993.
- _____; CABRA DE LUNA, Miguel Angel (Coord.). *Las fundaciones y la sociedad civil*. Madrid: Civitas, 1992.
- MELLO FILHO, José Celso de. Notas sobre as fundações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 69, n. 537, p. 29-35, jul. 1980.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. Velamento das fundações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 49, n. 296, p. 43-70, jun. 1960.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Las fundaciones en la Constitución: presente y futuro de las fundaciones*. In: LORENZO GARCIA, Rafael de (Coord.). Madrid: Civitas, 1990. p. 21-31.
- NERY JÚNIOR, Nélon; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NIETO ALONSO, Antonia. *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*. La Coruña: Venus, 1996.
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- RAFAEL, Edson José. *Fundações e direito*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 2.
- ROMANELLI, Vincenzo Maria. *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*. Napoli: Jovene, 1935.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 1.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977.
- SCHATZ, Roland. (Coord.). *Unternehmen Stiftung: Eine Anleitung für die denkende Hand*. Bonn: Innovatio Verlag, 1992.
- SEIFART, Werner. *Handbuch des Stiftungsrechts*. 2. ed. München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.
- SENNA, Homero. Fundação de direito privado. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 39.
- SPRENGEL, Rainer. *Statistiken zum deutschen Stiftungswesen: Ein Forschungsbericht*. Berlin: Mäcenata Verlag, 2001.
- STRACHWITZ, Rupert Graf. *Stiftungen - nutzen, führen und errichten: ein Handbuch*. Frankfurt: Campus Verlag, 1994.
- VALERO AGUNDEZ, Urbano. *La fundacion como forma de empresa*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1969.
- ZOPPINI, Andrea. *Le fondazioni: dalla tipicità alle tipologie*. Napoli: Jovene, 1995.

