LEGISLAÇÃO

VELAR SEM "MATAR" AS FUNDAÇÕES PRIVADAS

MARCOS BIASIOLI

É vigorante, nos tempos modernos, o crescimento das iniciativas do homem na construção de obras que visam causas mais nobres do que o mero e reversível lucro aos seus bolsos. Tanto é verdade que as pesquisas apontam a existência de cerca de 10 milhões de organizações não governamentais no mundo. Para formalizar tal sinergia, o legislador pátrio regulou que as pessoas jurídicas são divididas, entre outras, em associações (união de pessoas para um determinado fim não lucrativo), organizações religiosas (destinadas a promoção de valores espirituais) e fundações, objeto deste estudo.

As fundações privadas derivam da iniciativa e da dotação de bens livres pelo seu instituidor, formalizada por meio de escritura pública ou testamento, visando à consecução de um dos seguintes objetivos: (i) promoção da assistência social; (ii) desenvolvimento da cultura; (iii) defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; (iv) educação; (v) saúde; (vi) segurança alimentar e nutricional; (vii) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; (viii) pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; (ix) promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e, (x) para a prática de atividades religiosas.

O instituidor fundacional, em especial os grandes filantropos, nem sempre está disposto a obrar na causa de sua iniciativa, geralmente — até mesmo — por falta de tempo, sendo que apenas transfere seu patrimônio para que ele se transforme nos fins de seus anseios. Para preservar a perenidade da vontade do instituidor, em especial quando provém de bens havidos por meio de testamento, ou seja, protraídos para os fins fundacionais, depois da morte dele, a legislação (art. 66 do Código Civil) impôs que cabe ao Ministério Público, que possui, segundo a Constituição Federal, o múnus da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, velar por ela, em especial na proteção do seu patrimônio, podendo, inclusive, manejar medidas administrativas e/ou

Marcos Biasioli é advogado, titular da M.Biasioli Advogados, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University/Lisboa e administrador de empresas pela Universidade Mackenzie. Conselheiro de Administração de Empresas pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), idealizador e membro do conselho editorial da Revista Filantropia, e idealizador e vice-presidente da Primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor do Brasil, por meio da OAB/SP.

judiciais como ferramentas do seu encargo para debelar eventuais malfazejos que desviam os seus fins.

Não há dúvida, então, de que o Ministério Público, ante sua independência do Poder Judiciário, vem exercendo com maestria a defesa dos direitos que lhe cabe preservar, não só das fundações, mas especialmente dos direitos difusos, destacando-se o combate à corrupção e aos corruptores, que estão sendo acachapados pela mão investigativa dos seus membros. Por meio delas, estão sendo esculpidas páginas inesquecíveis na história do Brasil, em pleno exercício do estado de direito, pois jamais se encarcerou tantos lesas-pátrias e recuperou-se milhares de milhões de recursos públicos desviados para o beneplácito de poucos em detrimento da grande fração empobrecida da população.

Muito embora os créditos que o Ministério Público ostenta, ante a sublime contribuição que vem fazendo ao Estado, nunca é demais debater, para a saga da sua excelência, um tema pouco doutrinado, qual seja, os "limites do velamento das Fundações de direito privado".

O vocábulo velar foi introduzido por Rui Barbosa,[1] pois, no projeto do Código Civil de 1916, de Clóvis Bevilacqua, havia o emprego de outro vocábulo — inspecionar — sendo que foi alterado antes de sua aprovação do Senado Federal, visando ao alargamento da ação ministerial. Por influência de tal mudança havida no texto final, o atual Código, reformado em 2002, o manteve: "Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas". No entanto, tal vocábulo tem sinônimo ambíguo: vigilar, tapar, ocultar, encubrirse.

Poderíamos, então, recorrer ao próprio diploma legal para tentar abstrair dele o sentido de tal velamento, mas o único estreito texto encontrado é aquele do mesmo Código:

Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação, é mister que a reforma:

[...] III – seja aprovada pelo órgão do Ministério Público no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual, ou no caso de o Ministério Público a denegar, poderá o juiz supri-la a requerimento do interessado.

Dada tamanha incipiência conceitual, arriscamo-nos a defender o seguinte conceito: o velamento do Ministério Público consiste na sua obrigação de aferir se a gestão da fundação está atendendo aos anseios do instituidor, dentro dos parâmetros da lei, zelando pelo uso adequado do patrimônio e dos seus frutos, incluindo aqueles gerados de sua operação, em prol das finalidades fundacionais, por meio da sua contribuição, fiscalização, intervenção e/ou liquidação.

Da quádrupla função, a fiscalização, sem sombras de dúvidas, é a mais importante, pois ela norteia se a fundação precisa de contribuição. A falta dela é que deriva a intervenção e até mesmo a liquidação. Não são poucos os casos que chegam ao judiciário, visando a destituição de dirigentes e/ou apuração de desvios e até mesmo pedido de liquidação.

O Ministério Público, não obstante a incipiência do conceito legal, observado anteriormente, possui o controle externo do funcionamento das fundações, ora operado por meio da regular prestação de contas a que se presta a fundação. No Estado de São Paulo e outros conveniados com a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe), as curadorias se utilizam do Sistema de Cadastro e Prestação de Contas (Sicap), adicionado da apresentação física do parecer do Conselho Fiscal e da auditoria independente.

A partir da referida prestação de contas, os membros do Ministério Público, ora delegados para serem curadores, passam a ter o histórico da fundação, o que fomenta subsídios para que eles identifiquem, até mesmo por meio de indicadores econômicos e patrimoniais, se os gestores estão a serviço dos seus fins.

Contudo, dada a exaustiva demanda que assola o Judiciário, muita vez o curador não atina com rigor no exame das contas da fundação e acaba sendo, indiretamente, complacente com a gestão, o que pode levar à sua derrocada, restando-lhe então o penúltimo ato, qual seja, a intervenção antes da liquidação.

Dentro deste contexto, o curador – muita vez, por ter agido de forma omissiva na fiscalização –, busca recompensar sua atitude com mão atroz, pedindo a intervenção judicial, com o supedâneo afastamento liminar dos dirigentes, sob a singular acusação de má-gestão, sem lhes ofertar ao menos o direito de defesa.

No entanto, erra o curador que se assanha apenas na busca do afastamento *in limine* dos dirigentes, como se tal ato representasse um troféu. Para evitar tal percalço, é necessário o emprego de duas velhas matizes da responsabilidade civil: o dolo e a culpa.

Identificando o curador por meio de suas ferramentas investigativas, a presença de dolo, ou seja, que os dirigentes estão levando a fundação à bancarrota, com o emprego de meios fraudulentos de desvio de bens, enriquecimento sem causa e vulneração do fim e do patrimônio da fundação, ele deve agir em cooperação com a polícia, pedindo o encarceramento dos algozes e retirando deles o que foi desviado. Nesse caso, não cabe apenas o afastamento dos dirigentes de suas funções, pois este ato lhes soará como um prêmio e não punição.

De outro lado, se o curador identificar que a ruína financeira da fundação está ocorrendo por culpa dos dirigentes, isto é, não existe intenção de levar a fundação a pique, mas circunstâncias diversas alheias até mesma da própria vontade deles derivou o estado caótico, é necessária cautela, pois, mais do que nunca, reclama-se o velamento.

Alguns exemplos vivos concorrem com esta reflexão. Destacamos o caso de uma fundação de finalidade educacional radicada no interior de São Paulo. Para contribuir com seu ideal, os dirigentes criaram uma unidade de prestação de serviços técnicos, que possui duas finalidades, sendo uma delas contribuir com a geração de renda e outra para proporcionar formação técnica aos estudantes de engenharia. Tal unidade presta serviços para as municipalidades e para empresas

[1] FERREIRA COELHO. **Código Civil**. v. 5. Rio de Janeiro, 1928, p. 309.

privadas, em especial construtoras, consórcios rodoviários e aeroportuários. Em meio a crise, assomadas que muitas delas se envolveram com empresas maculadas na Operação Lava-Jato, as vendas estancaram. Como se não bastasse isto, veio o *impeachment* presidencial, o atraso no pagamento do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) e a evasão e a inadimplência de alunos. Tudo junto decorreu em uma queda de mais de R$ 10 milhões da receita.

Aos gestores não coube outra alternativa senão buscar caminhos menos ortodoxos para manter a fundação operando, como a busca de capital de giro a juros pouco convidativos junto aos bancos, cooperativas de créditos ou por meio de empresas captadoras de recursos, mediante comissões, dando inclusive o aval pessoal para facilitar o crédito. Trocaram a forma de pagar tributo, ou seja, ao invés de recolhê-los no prazo, escolheram os parcelamentos de longo prazo. Atrasaram, porém, mediante negociação, o pagamento de alguns fornecedores, além da folha de salários.

Não obstante a delicada situação econômica, não se desincumbiram de prestar contas ao Ministério Público, ora curador, o qual tinha insofismável conhecimento do que se avizinhava na gestão da fundação.

No entanto, por se tratar de um município pequeno, o curador foi sendo pressionado por meios de denúncias apócrifas, a pedir o afastamento judicial de forma sumária dos dirigentes. E assim o fez. O magistrado, refém dos fatos, não quis se acautelar de mais detalhes antes de decidir e logo determinou o afastamento liminar,[2] ou seja, sequer ouviu os requeridos.

A imprensa local se deliciou da mazela alheia e estampou na primeira página toda a celeuma judicial, escandalizando os dirigentes e espetacularizando os fatos.

O juiz logo nomeou um interventor judicial, de quase nenhuma experiência na gestão fundacional, e atualmente a fundação "namora" de perto com a insolvência, pois caiu na completa descredibilidade de toda a nação que se relacionava, do empregado ao banqueiro. O histórico acadêmico aponta que ela protraía cerca de três a quatro centenas de alunos por vestibular, sendo que, no último, parcos oitenta alunos foram admitidos. E, pior, não se identificou a subtração de nenhum vintém dela pelos dirigentes afastados. Puro caos!

Esta resenha aponta que faltou ao curador, neste caso, a exemplo de muitos outros que se alardeiam pelo país afora, o verdadeiro espírito de velamento, pois intervir é a parte mais fácil do processo, eis que entrega para outrem a obrigação que era sua, ou seja, de tentar contribuir com a perenidade fundacional.

Antes, então, da intervenção, o curador deve se envolver com a essência da crise experimentada pela fundação, ou seja, chega a vez da sua contribuição, que representa a prática – ao vivo e em cores – do velamento. Técnicas de estudos e entrevistas com gestores, executivos financeiros, contabilistas, auditores e advogados, bem como visitar o "chão da fábrica", como preleciona o velho adágio, são recomendáveis.

Após tal ciranda e identificação de que não existe intrínseca malversação de fins, tampouco de patrimônio, mas sim de nuances externas, como crise econômica, erro em políticas internas de gestão e até mesmo pouco comprometimento dos operadores, cabe ao curador buscar caminhos, primeiro com os envolvidos para mudar a rota da gestão fundacional, cercando-se de técnicos contratados às expensas da instituição, para que eles possam lhe entregar um eficaz diagnóstico progressivo. Isso é velar! O curador que pula essa fase falta com o seu múnus, pois a intervenção sem a contribuição traduz inspiradora falta de capacidade de velar, para não dizer uma assaz covardia.

Defendemos, então, que, sendo a intervenção o caminho, ela pode ocorrer de duas formas: administrativa e judicial. A administrativa parelha com a contribuição, pois o curador ingressa porta adentro com as suas ferramentas, em especial com uma auditoria, para o fim de acompanhar *in loco* a minudência da administração. É tirado de forma indireta, o governo isolado da entidade fundacional, pois ele acaba refém da reverência do Ministério Público.

É fato que essa forma administrativa é mais invasiva, mas é deveras eficaz, pois quando o polo diretivo não ostenta a qualidade almejada pelo instituidor, logo ele espana com tanto controle.

Já a intervenção judicial é atroz, culmina, via de regra, na liquidação da fundação, caso não seja bem aparelhada, pois se deve combater os malfazejos e não a fundação, como bem observado anteriormente. Ela depende do convencimento do juiz, por isso, na maioria das vezes, ela reclama um inquérito civil anterior, capaz de trazer incontestes fatos e atos que comprovem a nocividade da gestão.

Deferida a intervenção, a contrário de muito que tem se visto em processos em curso no judiciário, caberá novamente ao curador contribuir com o velamento, auxiliando e participando dos atos do interventor para o fim de identificar se ele está fazendo a rota da comezinha administração, grifada anteriormente, senão ele apenas trocará de problema, quiçá arrumando um ainda maior.

Enfim, o múnus maior do Ministério Público somente será exercido na sua plenitude se os seus atos ajudarem a manutenção da saúde da fundação, eliminando dela as bactérias nefastas. Do contrário, a ausência da fiscalização e, por óbvio da contribuição, desembocará na intervenção, fonte primária da preparação da liquidação, que traduz o sinônimo da omissão do *Parquet*, que deixou de **velar** para **matar** a fundação.

[2]Contrariando, inclusive, a pacífica jurisprudência dos Tribunais, que combatem o afastamento sumário sem o exercício mínimo do contraditório: "Agravo de instrumento. Declaratória. Indeferimento da tutela antecipada para **destituição dos agravados dos cargos de direção** do Sindicado dos Servidores Públicos de Barretos e declarados inelegíveis. Decisão mantida. **Tratando-se de fase inicial da demanda, em juízo de cognição sumária, não cabe antecipação da tutela, sobretudo porque as conclusões exigem análise e contraditório.** Mister aguardar a integração da lide, com eventual manifestação da agravada. Agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2059776-43.2013.8.26.0000; Relator: Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/02/2014; Data de Registro: 17/02/2014).