Promotoria de Justiça da Comarca de Feira de Santana

17ª Promotoria de Justiça de Feira de Santana

Procedimento: XxXxxX/2011

Interessado: xXxXxX

Assunto: Revisão do Estatuto

PARECER

A entidade em epígrafe, através do petitório subscrito Por Ludmilla Dias Pedra, representando a comissão nomeada por esta Promotoria, submete ao Ministério Público Estadual a apreciação e aprovação de Alteração do Estatuto Fundacional, cujo pleito é respaldado pelo ordenamento jurídico, com efeito no art. 1.203 do Código de Processo Civil e art. 67 do Código Civil, combinado com a Lei de Registro Públicos, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Saliente-se que o estatuto é um mandamento interno a comandar os atos dos órgãos diretivos das pessoas jurídicas, ou seja, um conjunto de regras a nortear a vida do ente social, consubstanciando-se na própria certidão de nascimento da Fundação, a partir de seu registro.

A Lei de Registros Públicos, em seu art. 120 estabelece disposições que deverão ser obrigatoriamente observadas, conforme será analisado a seguir.

Destarte, o **Ministério Público Estadual**, com fulcro no art. 1.203 do referido Diploma Legal, antes de emitir um parecer liquidante, e aproveitando o ensejo em que a fundação reformula o seu estatuto, com

a visão voltada à modernização das suas funções, estabelecemos determinadas considerações a serem sopesadas por seus membros, para a necessária adequação às disposições legais pertinentes, objetivando o cumprimento de formalidades legais que impediriam, desde já, a aprovação daquele por parte deste órgão ministerial.

O Constituinte, alcançando a acuidade do terceiro setor na vida dos cidadãos, nomeadamente, daquelas camadas sociais mais excluídas, ao longo da história, do processo econômico-social, reconhece a magnitude do Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, conferindo-lhe a grave missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

No âmbito infraconstitucional, temos o Código Civil (arts. 26 c/c 28, III, e 30 Parágrafo Único) e Instrumental (arts. 1.200 a 1.204) que observa a legitimidade do *parquet* **para velar pelas fundações, exercendo o controle prévio e finalístico. Prévio quando determina que o seu estatuto, obrigatoriamente, seja contemplado e aprovado por ele, sem o que a entidade não poderá existir validamente; finalístico quando vigia o cumprimento dos objetivos a que se propõe a entidade, preenchendo o controle externo das suas contas, podendo intervir para adequá-la aos fins propostos pelo instituidor, inclusive, agitar a sua extinção.** Já a fiscalização das demais entidades de interesse social só será realizada pelo Ministério Público através do controle finalístico.

Assim, da acurada apreciação do esboço do estatuto da Fundação Alfredo Costa e Almeida Pedra, constatou-se a omissão e imprecisão, bem como equívocos sistemáticos de pontos relevantes para a sua regular constituição, que necessitam ser incluídos e/ou reelaborados, conforme a especificidade de cada item, a seguir

listados:

Da Denominação, Natureza e Sede e afins:

Inicialmente verifica-se que houve modificação da denominação da fundação, que recebeu inicialmente o nome de Alfredo da Costa e Almeida Pedra, conforme estatuto registrado, ainda que de forma irregular, pois a devida aprovação do Ministério Público, mas que se encontra em vigor, em face da existência deste procedimento instaurado para a promoção da regularização deste e revisão do estatuto.

Relativamente a tal modificação não encontramos na legislação em vigor, óbices que a impeçam, havendo liberdade de adoção conforme a vontade dos órgãos competentes. Deve-se, entretanto, ser feita uma justificativa para a modificação pretendida, que deve estar de acordo com os fins da entidade. No caso em questão os membros manifestaram verbalmente perante esta promotoria pelo desejo atribuir nome histórico de forma a perpetuar os objetivos da entidade, qual seja, o do Casarão dos Olhos D'água, não havendo obstáculos à sua aprovação, em não havendo entidade com denominação idêntica a outra já registrada, não identificado nos arquivos desta Promotoria, mas que deverá ser objeto de análise pelo cartório de Registro Civil da Pessoa Jurídica, que não realizará o registro em ocorrendo tal hipótese.

Notamos que no capitulo I houve um equívoco deliberativo, ainda mais se tratando de fundações. Com o progresso de doutrinas de cunho liberal, evidenciou-se a importância de instituições que fossem destinadas, primordialmente, ao social, devendo ser também, ungido ao particular, deveres derivados de uma solidariedade social, revestindo um patrimônio, o qual seria seu o escopo primordial, a fim de alcançar os seus objetivos.

Denominaram tal seguimento de terceiro setor, existindo neste uma finalidade não distributiva. Com isso queremos dizer que, especificamente em relação às fundações, trata-se de um patrimônio juridicamente indissolúvel e personalizado, disjunto pelo seu instituidor ou instituidores públicos ou privados, para um ou mais desígnios peculiares, não distributivos, com relação a sua renda, que deve forçosamente ser reincorporada. **Não tem proprietário, nem sócio, nem titular, daí seu caráter não distributivo.**

Tais considerações urgem imprescindíveis para apontar os vícios dos arts. 2°; 3° e 4° do capítulo I – não se apresenta de acordo com o princípio fundacional que esta esteja vinculada a determinado grupo, família, oligarquia etc., de forma perpétua, como se seu patrimônio continuasse a pertencer às pessoas que a instituíram e seus fins fossem os objetivos particulares destes, ainda que tais fins possam se apresentar como nobres e legítimos. Enfim, uma fundação **ao nascer se desvincula do seu instituidor** e passa a integrar uma "finalidade social", devendo atentar a princípios democráticos e sociais. Assim, não é própria uma estipulação estatutária, como a que se vislumbra nos supracitados artigos, como a que estatui: que em caso de saída de instituidores poderia ser indicado outro para ocupara o lugar e *"desde que seja membro da família",* o que deve conservar-se acoplado ao instituidor é o objetivo da fundação, não os seus integrantes, devendo haver uma mudança de membros, de forma a promover o desenvolvimento das funções. Em verdade, não há que se falara em saída de instituidor, uma vez que esta qualidade não se exaure no tempo, o instituidor o será sempre, esteja ou não vinculado de fato à fundação, no exercício de alguma função.

No que concerne ao próprio exercício das atividades da entidade, através de seus membros, deve, sim, ser observada a renovação, oportunizando-se a entrada de novas pessoas.

No dizer de José Eduardo Sabo Paes, in Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social, 8ª edição, Ed. Forense, pág 393:

> "A regra é que todos os integrantes de todos os conselhos tenham o exercício de suas funções condicionado por um mandato, um período certo e definido para o início e término de suas atividades. Pode-se permitir a reeleição ou recondução a novo(s) período(s) no mesmo cargo, mas sempre com limites prefixados. A regra é a rotatividade, é a "oxigenação" da entidade com a integração de novas pessoas aos órgãos da fundação, visando a dar seguimento e aprimorar o trabalho desenvolvido."

Esta promotoria já se manifestou reiterada vezes a respeito da necessidade de que novos membros componham a direção e conselhos da entidade ademais daqueles que fazem parte da família, apenas emitindo concordância com a permanência dos familiares diante da veemente solicitação da fundação, sob o fundamento de que não haveria possibilidade atual de continuidade do funcionamento da entidade sem os seus membros atuais, todos da mesma família que a instituiu. A decisão emitida, fls. 43, considerava uma situação particular e transitória, para que não houvesse descontinuidade das atividades da entidade naquele momento, não podendo tal decisão alicerçar uma norma interna da entidade, de forma perene. Ademais, tais questões foram amplamente debatidas nas inúmeras reuniões e audiências realizadas com os membros.

Dos Princípios

Princípios são "grandes orientações", critérios formais de solução (e não materiais, como as normas), consistentes em prescrições extremamente abstratas, integrantes de uma categoria qualitativamente

diversa da regra, destinada a solucionar os casos não debelados por ela (as lacunas). Nas palavras mais elaboradas da doutrina, princípios "não determinam diretamente condutas, mas estabelecem critérios que permitem, mediante uma valoração, disciplinar as condutas". (ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 368).

Certo que podem ser expressos como aquilo "que vem antes, raiz, começo". Mas a terminologia guardada no vernáculo guarda uma plurissignificação muito mais abrangente, podendo ser entendida, também, como aquilo que "norteia, ilumina, orienta". Não existe um "livro próprio" no qual, petrificados estão aquilo devem ser denominados de princípios, exatamente porque beira ao absurdo imaginar que se possam enquadrar luminares em restritas linhas. Quem afirma o que são princípios, é o mesmo que se propõe a pautar sua conduta neles, de modo que suas concepções, no âmbito subjetivo, só ao conduzido comportam.

Não se nega que há no estatuto um elastério de princípios, todos adensados de forma muita compacta em incisos, o que proporciona um imbróglio na interpretação, que da causa a toda uma discussão principiológica. Tal confusão constitui mera falta de técnica. A titulo ilustrativo, o Ministério Público do Ceará oferece no artigo 7.º de seu modelo de estatuto, também princípios básicos do Direito para quem quiser instituir fundações, porém de modo mais sucinto[1].

Por isso, opina-se que o artigo 7.º do Estatuto deva ser objetivado, com viso a que não se proponham orientações elásticas demais em comparação com os fins da Fundação, porém, mais precisos e livres de prolixidade.

Do Patrimônio

Em relação ao capítulo da formação do patrimônio existe um equívoco sistemático, nele apresentam-se dois institutos diversos. O primeiro que acertadamente vem sendo chamado de patrimônio, relativo ao art. 11, incisos I e II. A parte do parágrafo único, do art. 11, e todas as suas alíneas não constitui o patrimônio da fundação e sim sua receita, devendo ter um capítulo adequado e exclusivo. O mesmo se diz do art. 12, também pertencente aos "rendimentos".

O Constituinte, alcançando a acuidade do terceiro setor na vida dos cidadãos, nomeadamente, daquelas camadas sociais mais excluídas, ao longo da história, do processo econômico-social, reconhece a magnitude do Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, conferindo-lhe a grave missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

No âmbito infraconstitucional, temos o Código Civil (arts. 26 c/c 28, III, e 30 Parágrafo Único) e Instrumental (arts. 1.200 a 1.204) que observa a legitimidade do *parquet* **para velar pelas fundações, exercendo o controle prévio e finalístico. Prévio quando determina que o seu estatuto, obrigatoriamente, seja contemplado e aprovado por ele, sem o que a entidade não poderá existir validamente; finalístico quando vigia o cumprimento dos objetivos a que se propõe a entidade, preenchendo o controle externo das suas contas, podendo intervir para adequá-la aos fins propostos pelo instituidor, inclusive, agitar a sua extinção.** Já a fiscalização das demais entidades de interesse social só será realizada pelo Ministério Público através do controle finalístico.

---

[1]http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:C60o9vTkpLUJ:www.mpce.mp.br/orgaos

Das Categorias dos Participantes

Cumpre destacar que há diferenças quanto aos órgãos de uma associação e de uma fundação. Naquela há sócios que se reúnem em uma assembleia para decidir os fins e destinos da entidade. Nesta, não há sócios, conforme nos ensina Fabio Paes, (ob. cit, pág. 391),podendo "haver simpatizantes ou, nas palavras de Marcello Caetano, "amigos da fundação", os quais não têm o poder de deliberar acerca dos destinos dela.

Quanto aos beneficiários argumenta o autor" "mesmo quando sejam facilmente determináveis (o que nem sempre sucede) são estranhos à gerência e governo da fundação. Neste particular a fundação fez consignar em seu estatuto, art. 14, a inexistência de direito de voto de seus participantes.

Do Conselho Curador

Como bem explanado pela fundação, através de seu estatuto, o Conselho Curador é a instância deliberativa máxima da Fundação. Assim, o estatuto fundacional deverá indicar **o número exato de membros, sendo no mínimo**, recomendando não se defina o número máximo com uma margem tão elástica como a definida no art. 22.

6 – Da Extinção da Fundação

"*A Fundação nasce de declaração de vontade do fundador, sendo efeito de negócio jurídico unilateral, pelo qual se determina o fim da*

Fundação e os meios com que pode contar inicialmente" (Pontes de Miranda, ob.cit. p. 453-4).

Os instituidores querem que, se por ventura , ocorrer a extinção da fundação, o patrimônio retorne ao patrimônio pessoal. Nesse ponto faremos uma alusão a validade dos negócios jurídicos, como apontado no parágrafo anterior.

O código civil de 2002, em seu art. 104, incisos I, II, III, traz a lume os requisitos de validade dos negócios jurídicos, que podem ser de *caráter geral* ou *específico*. Atendo-se aos de caráter geral, que são, a saber, 1) agente capaz, 2) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável, 3) Forma prescrita e não defesa em lei. Dentre esses, nota-se a presença do requisito objeto lícito, ontologicamente, ou seja, em seu objeto cognitivo, não existe diferença entre lícito civil e lícito penal, porém em relação ao critério de fixação uma natureza se impõe. Lícito no penal é tudo o que a lei não prevê como crime, essa regra deriva dos direitos e garantias individuais nascituras, no modernismo, do período iluminista, com tantas reflexões no âmbito das ciências, e como não podia ser diferente, com reflexões também à Ciência do Direito. Todavia, o lícito no civil não obedece essa regra de taxatividade estrita, assim, é também ilícito no civil aquele que não atenta contra a lei, entretanto, prática atos que ofendem sobremaneira a moral ou os bons costumes. Quando o objeto é imoral, os tribunais, por vezes, aplicam o *princípio de direito da não alegação da própria torpeza*.

Percebe-se que apesar da omissão legal em relação a (im)possibilidade do retorno do patrimônio ao instituidor, existiria aí uma restrição de ordem moral, essa advertência ao regresso do patrimônio ao Instituidor tem razão, porque os bens e serviços de uma fundação gozam ao longo de sua vivência de imunidades e isenções tributárias, concedidas como forma de incentivo estatal, para que possam melhor cumprir seus

desígnios sociais no interesse da coletividade. A reversão ao patrimônio do instituidor poderia, em tese, ensejar o enriquecimento ilícito deste, ilícito, pois amoral.

Indispensável salientar que a fundação recebeu vultosa verba publica, objetivo de restauração do imóvel histórico, que antes pertencia à família, não sendo possível jurídica e moralmente que depois o emprego de tal dispêndio, com dinheiro arrecadado dos cidadãos e após valorização e melhorias advindas da restauração do imóvel, que se encontrava em ruínas, possa a família reaver o bem, de forma definitiva, utilizando os poderes inerentes á propriedade, ainda que não de forma completa. Definitivamente, tais disposições foram e continuam sendo repetidamente repelidas por esta promotoria, de acordo com o entendimento da melhor doutrina.

Para José Sabo Paes, na obra já citada, pág. 427:

> "É de se argumentar, também, que os bens já separados da esfera de domínio dos seus proprietários – uma vez pertencentes a uma fundação- possam, depois de anos, ou décadas, se reverter à propriedade privada, após terem sidos administrados sob o regime administrativo e fiscal diferenciado e menos rigoroso – em razão justamente das finalidades sociais afetadas a esse patrimônio -, e possam, depois, em maior número e expressivo velar econômico, retornar aos seus primeiros proprietários ou herdeiros destes" (sic).

Ante o exposto, pugnamos pela adequação do estatuto ora submetido à análise deste órgão Ministerial, consoante o acima sublinhado, para posterior aprovação, estando esta Promotoria a disposição para eventuais esta Promotoria esclarecimentos que se façam necessários.

Deverá a entidade juntara aos autos documentação comprobatória do patrimônio mencionado no art. 11.

Deverão, ainda, ser juntadas, também, cópia do RG e CPF, antecedentes criminais, bem como o comprovante de residência de todos os membros da diretoria da fundação.

Salientamos que, tal modificação não é definitiva, pois é ressalvada a possibilidade de uma nova análise pelo *parquet* e, sendo necessárias, novas alterações serão solicitadas até que o estatuto esteja perfeitamente adequado, regra clara, haja vista a importância que o tema tem.

Deverá a fundação encaminhar a minuta do Estatuto da Fundação constando todas as modificações no prazo de 30 dias, comprovando-se a anuência de seus membros.

Após o cumprimento do quanto requerido retornem ao Ministério Público para nova apreciação.

Feira de Santana/BA, 29 de Outubro de 2013.

Luciana Machado dos Santos Maia
Promotora de Justiça