



**AS PROPOSTAS DE MUTAÇÃO NO REGIME DAS FUNDAÇÕES
PRIVADAS NO BRASIL: DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL E
VELAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO¹**

AS PROPOSTAS DE MUTAÇÃO NO REGIME DAS FUNDAÇÕES
PRIVADAS NO BRASIL: DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL E
VELAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Emerson Gabardo

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Econômico do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutorado em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law - N.Y. Doutor em Direito do Estado pela UFPR, com estágio de doutoramento na Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Direito do Estado também pela UFPR. E-mail: emerson@guilhermegoncalves.com.br

Marcia Carla Ribeiro

Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná.

Luciano Elias Reis Correio

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UniCuritiba. Coordenador da Especialização em Direito Municipal do CESULMunicipal do CESUL.

Resumo

O artigo tem como objetivo tratar do assunto fundações públicas. Estuda a história das fundações. Tem como foco a possibilidade de melhora do regime jurídico das fundações públicas no Brasil. São analisadas especificamente as propostas de reforma atualmente existentes. Ademais, o artigo reflete sobre o papel do Ministério Público

¹ Artigo elaborado como resultado do projeto de pesquisa intitulado *Eficiência jurídico-institucional das Fundações Privadas e Desenvolvimento Socioambiental*, realizado no Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com financiamento da FUNEF - Fundação de Estudos das Doenças do Fígado Koutoulas Ribeiro.

junto às fundações públicas. Finalmente, é indicada a necessidade de diferenciação entre as fundações que recebem recursos públicos daquelas que não recebem. Conclui que a sistemática atual é ineficiente, causando prejuízos em seu desenvolvimento institucional, razão pela qual se justifica a necessidade de uma alteração normativa relativa à matéria.

Palavras-chave: Fundação Pública, Desenvolvimento, Ministério Público, Terceiro Setor

Abstract

The article aims to treat the subject about public foundations. It studies the history of foundations and focuses on the possibility of improvement of the legal regime of public foundations in Brazil. Are reviewed specifically the currently existing reform proposals. Furthermore, the article reflects on the role of Prosecutors in the public foundations. Finally, it indicated the need for differentiation between the foundations which receive public funds from those who do not receive. Concludes that the current systematic is inefficient, causing losses in its institutional development, reason is justified the need for a regulatory change on the matter.

Keywords: Public Foundation, development, Prosecutors, third sector

1. INTRODUÇÃO - FUNDAMENTOS DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DAS FUNDAÇÕES

Recepcionados pelo Direito brasileiro por intermédio do Direito Português, as fundações são instituições muito antigas (BAPTISTA, 2006, p. 15 et seq.). Ademais, as mudanças históricas no regime jurídico destas instituições no Brasil são poucas e sem grande significância. Talvez o passo mais interessante no sentido de modificação do seu regime geral seja a possibilidade de distinção entre fundações públicas e fundações privadas (BACELLAR FILHO, 2008, et seq.). Todavia, o fato é que, na realidade, as fundações públicas não passam de autarquias, como bem explica Celso Antônio Bandeira de Mello – e, em assim sendo, manteve-se em certa medida intacto o regime das fundações privadas durante do século XX (MELLO, 2010, p. 186).

Ocorre que, apesar de sua antiguidade, as fundações privadas no Brasil são pouco desenvolvidas no seu aspecto institucional. Ao contrário de outros países, notadamente os europeus e os Estados Unidos, que possuem atividades fundacionais de alta relevância pública, o Brasil desconhece tal realidade. Poderia haver várias explicações de caráter sociológico e histórico para este fenômeno de desprestígio às fundações (HOLANDA, 1992; FAORO, 2001). Todavia, o foco ora debatido é a possibilidade de uma melhora do ponto de vista estritamente normativo do regime jurídico das fundações no Brasil.

Tal escopo implica adotar a premissa de que o incentivo à participação social na deliberação sobre a forma e os problemas inerentes às fundações é altamente relevante. E isso deve ser levado em conta sabendo-se que o Estado não deve oprimir o terceiro setor (no caso, representado pelas fundações) seja por meio de regulamentação excessiva, pois estaria subvertendo o escopo fundamental, que é restringir-se à atuação meramente indutora; seja em nível funcional, na medida em que deve o Estado sempre considerar que as atividades desenvolvidas pelas chamadas organizações não-governamentais jamais poderão substituir atividades típicas do

Estado (DI PIETRO, 2011, p. 500 et seq.). É preciso evitar a perda de autonomia das fundações, notadamente impedindo o desenvolvimento daquilo que já se convencionou chamar de “terceiro setor governamental” (GABARDO, 2003, p. 142 et seq.). O Estado regulador, nesta perspectiva, passa a ser, então, indispensável para o fomento da sociedade civil prestadora de serviços públicos não privativos do Estado – sem que isso implique intervenção desnecessária ou repasse privatizador de atividades públicas por natureza. O desenvolvimento institucional das fundações privadas passa pelo reconhecimento que elas não se submetem ao princípio constitucional da supremacia do interesse público (pois este princípio é justamente o elemento distintivo que se reporta às fundações públicas), mas sim ao interesse público como elemento valorativo de fundamentação – a partir, todavia, de um regime fundamentalmente privado (HACHEM, 2011).

Nestes termos é que devem ser conhecidas e analisadas as propostas de alterações normativas no Congresso Nacional, notadamente realizando-se uma descrição sobre os principais projetos apresentados no Congresso Nacional, Câmara de Deputados e Senado Federal, atinentes às principais mudanças na seara das fundações privadas. Para tanto, colaciona-se abaixo de forma descritiva os projetos e seus andamentos de acordo com a cronologia de suas proposituras.

2. AS MAIS RECENTES PROPOSTAS DE DESENVOLVIMENTO DO REGIME JURÍDICO DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS NO BRASIL

No dia 1º de junho de 2004, houve a apresentação do Projeto de Lei nº 3685 de autoria do Deputado Federal Gustavo Fruet, o qual tramitou perante a Câmara dos Deputados e foi aprovada por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e encaminhado para o Senado Federal que também a aprovou, porém com substitutivo. Desse modo, o projeto voltou para a Câmara dos Deputados e atualmente está na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. A proposta em voga altera o artigo 11 do Código Civil para que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade sejam intransmissíveis e irrenunciáveis, podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente ou geral. Além disso, visa modificar o parágrafo único do artigo 62 do Código Civil para disciplinar expressamente que não poderá ser instituída fundação com fins lucrativos (BRASIL, 2011a).

Em 16 de março de 2005, houve a proposição do Projeto de Lei nº 4912, de autoria do Deputado Federal Lobbe Neto, o qual tramitou pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Todavia no dia 31 de janeiro de 2007 foi devidamente arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados nos termos do artigo 105 do Regimento Interno: “Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem ele...”. A finalidade do projeto era delimitar o prazo do mandato dos gestores de associações e fundações em quatro anos, sendo permitida uma única recondução (BRASIL, 2011b).

Em 17 de junho de 2005, houve a proposição do projeto de Lei do Senado nº 228, de autoria do Senador José Sarney, sendo que esta proposta, após ser aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania com duas emendas do Senador

Almeida Lima e ter sido encaminhada para a Coordenação Legislativa do Senado, foi arquivada no dia 07 de janeiro de 2011 consoante determina o artigo 332 do Regime Interno: "Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado...". Inobstante, o Senador José Sarney requereu o desarquivamento do Projeto e teve seu pedido atendido, de forma que este se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, desde o dia 10 de fevereiro de 2011, aguardando a designação de relator para decisão terminativa.

O projeto em lume coteja a alteração dos artigos 62 a 69 e 2033 do Código Civil Brasileiro, mais precisamente para: (i) permitir a pluralidade de instituidores; (ii) disciplinar a obrigatoriedade de transferência da propriedade ou outro direito real sobre os bens dotados para a fundação; (iii) impor que aqueles incumbidos de aplicação do patrimônio deverão formular logo o seu estatuto; (iv) estatuir que o prazo para exercer a presidência será fixado pelo instituidor; (v) prescrever que a composição dos órgãos da fundação obedecerá ao estatuto; (vi) decretar que a alteração do estatuto da fundação será feita unicamente pela forma nele prevista; (vii) dispor que, quando os bens forem insuficientes para manter o funcionamento da fundação, serão, por vontade do seu instituidor, incorporados a outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante; (viii) estipular que, tornando-se impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, o seu instituidor, seu descendente, ou seu representante legal, promover-lhe-á a extinção, reincorporando o seu patrimônio, na forma prevista no estatuto e; (ix) estabelecer que, salvo o disposto em lei especial e nos artigos 68 a 69, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas preconizadas no artigo 44 do Código Civil, bem como sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, reger-se-ão desde logo pelo próprio Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2011c).

Em 21 de novembro de 2006, houve a proposição do projeto de Lei do Senado nº 310 de autoria do Senador Tasso Jereissati. Esta proposta tramitou perante o Senado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, na Comissão de Educação e na Comissão de Assuntos Econômicos, porém no dia 11 de janeiro de 2011 foi arquivada nos termos do artigo 332 do Regime Interno do Senado. O Senador Tasso Jereissati teve pedido de desarquivamento consentido e, após aprovação pela CCJ e pelo Plenário das emendas apresentadas, o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados, com o número 1336/2011, onde espera apreciação das Comissões Permanentes relacionadas à matéria.

O projeto de lei em questão, após as emendas apresentadas no Senado, objetiva: (i) alterar o artigo 62 do Código Civil, a fim de incluir atividades que poderiam ser desenvolvidas pelas fundações; (ii) alterar o parágrafo primeiro do artigo 66 para impor que a fiscalização das fundações que funcionem no Distrito Federal ou em Território caberá ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; (iii) modificar o inciso III do artigo 67 do Código Civil para que a aprovação do ato constitutivo seja realizada pelo Ministério Público no prazo máximo de quarenta e cinco dias, findo o qual, no caso de o Ministério Público rechaçar, poderá o juiz suprir a requerimento do interessado; (iv) modificar o artigo 12, § 2º, alínea "a", da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, para possibilitar que os dirigentes das fundações ou associações sem fins lucrativos possam ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação; (v) modificar o artigo 1º, alínea "c", da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, para possibilitar que os dirigentes das fundações ou associações sem fins lucrativos possam ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a

sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações e; (vi) alterar o artigo 29, inciso I, da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, para possibilitar que os dirigentes das fundações ou associações sem fins lucrativos possam ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações (BRASIL, 2011d).

Em 07 de julho de 2008 houve a proposição do projeto de Lei do Senado nº 272, de autoria do Senador Papaléo Paes que visava inserir o artigo 45-A no Código Civil, a fim de efetuar um maior controle na abertura de associações e fundações. O texto legislativo proposto determina ainda que as associações e fundações deveriam prestar informações, em até quinze dias, ao Poder Executivo Federal sempre que instadas mediante solicitação formal e desde que referentes às atividades desenvolvidas. No dia 10 de janeiro de 2011 o projeto foi arquivado conforme determina o artigo 332 do Regimento Interno do Senado e em 04 de fevereiro do corrente ano foi encaminhado à Secretaria de Arquivo (BRASIL, 2011e).

Em 02 de setembro de 2009 houve a proposição do projeto de Lei nº 510, de autoria do Deputado Federal Francisco Praciano, tendo, na sequência, passado pela Comissão de Finanças e pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Porém, no dia 31 de janeiro de 2011, foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em conformidade com o artigo 105 do Regimento Interno. O projeto foi desarquivado em 8 de fevereiro de 2011, atualmente aguardando na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Ele visa acrescentar o artigo 28-A na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) para vedar a transferência de recursos públicos para associações, fundações e organizações religiosas que sejam administradas e/ou controladas, formal ou informalmente, por pessoas exercentes de mandato eletivo; membro do Ministério Público; dirigente de órgão ou entidade da Administração Pública; cônjuges, companheiras ou companheiros de exercentes de mandatos eletivos, de membros do Ministério Público e de dirigentes de órgãos ou entidades da Administração Pública; parentes naturais, até o 4º grau, de exercentes de mandatos eletivos, de membros do Ministério Público e de dirigentes de órgãos ou entidades da Administração Pública e; parentes por afinidade até o segundo grau de exercentes de mandatos eletivos, de membros do Ministério Público e dirigentes de órgãos ou entidades da Administração Pública (BRASIL, 2011f).

Finalmente, em 16 de junho de 2011, foi protocolado um novo projeto de Lei, nº 1624, de autoria do Deputado Eduardo Sciarra. Este projeto tem como objetivo tornar mais eficiente o sistema de gestão das fundações privadas e foi elaborado a partir de estudos realizados pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, mais precisamente pelo projeto de pesquisa intitulado "Eficiência jurídico-institucional das fundações privadas e desenvolvimento socioambiental" (BRASIL, 2011g). Ou seja, pode ser inferido que o assunto está em pauta no Congresso Nacional já há muito tempo. Contudo, ainda não conseguiu obter o grau de consenso e atenção necessário para que efetivamente entrasse em pauta para votação.

3. A QUESTÃO DO “VELAMENTO” PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Lei nº 10.406/2002, Código Civil Brasileiro, preconizou em seu artigo 44 que as Fundações constituem-se como uma espécie de pessoa jurídica de Direito Privado, nos seguintes termos: “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos.”

As fundações diferenciam-se das associações, sociedades, organizações religiosas e partidos políticos, visto que são instituídas por intermédio de um patrimônio visando à persecução de um fim. Num conceito proposto por Gustavo Saad Diniz, fundação é “organização com patrimônio afetado por uma finalidade específica determinada pelo instituidor, com personalidade jurídica atribuída por lei” (DINIZ, 2006, p. 89). Salienta-se que o escopo da fundação privada é a sociedade em razão dos fins preceituados pelo artigo 62, parágrafo único, do Código Civil (PAES, 2004, p. 96-100). Inclusive, sobre este aspecto, o autor complementa que “a essência finalística das fundações é voltada para o interesse social, que é a conjugação de valores e fatos que beneficiam a sociedade em geral” (DINIZ, 2006, p. 107). A título complementar, lembra-se que, para José Eduardo Sabo Paes, não há necessidade de que as fundações cinjam-se às finalidades preceituadas no parágrafo único do artigo 62 do Código Civil. Para o referido jurista, basta que a fundação seja criada sem fins lucrativos e atenda a coletividade (PAES, 2001, p. 260-278).

Em que pese o desiderato social, o dia-a-dia das fundações privadas é marcado por intervenções estatais constantes em razão das regras vigentes que não permitem flexibilidade para a sua gestão. A gestão é prejudicada principalmente se comparada com outras espécies de pessoas jurídicas. A base para esta afirmação consubstancia-se na necessidade de uma intervenção às vezes “excessiva”, quando não tardia, por parte do Ministério Público. O respaldo para a contínua e reiterada intervenção do Ministério Público encontra guarida no Código Civil, mais precisamente o seu artigo 66, o qual preceitua que incumbe ao Ministério Público velar pelas fundações nos seguintes termos: “Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. § 1º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal. § 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, o respectivo Ministério Público.”

Geraldo Bonneville Braga Araújo ressalta que “velar não significa interferir na gestão da Fundação, mas sim, repita-se, garantir que o patrimônio seja destinado ao fim colimado pelo instituidor” (ARAÚJO, 2011). A título histórico, Tomás de Aquino Resende recorda que, quando o projeto de lei que instituiu o Código Civil de 1916 “foi enviado para o Congresso Nacional, constava de seu texto, no art. 26, em vez do termo ‘velar’, o termo ‘inspecionar’, tendo sido a modificação, após longa discussão, efetivada por sugestão de Rui Barbosa, o qual justificou sua proposta pelo fato de ‘velar’ ser muito mais abrangente que ‘inspecionar’.” (RESENDE, 1997, p. 94). Posteriormente, o autor comenta em sua obra da década de 1990, entretanto com comentários condizentes com a atual realidade, que “na verdade, ao que parece se deduz da legislação, já aceito pela jurisprudência e pela doutrina, referida expressão significa que, além de estar de sentinela (exercer vigilância), é também patrocinar e proteger. Uma função mais pedagógica e de parceria do que policesca ou punitiva” (RESENDE, 1997, p. 95).

Nesta toada, Gustavo Saad Diniz comenta que velar pelas fundações “significa exercer toda a atividade fiscalizadora, de modo efetivo, em ação contínua, para verificar se os bens são suficientes, se os seus órgãos dirigentes realizam proveitosa gerência

da fundação, alcançando, de forma mais completa, a vontade do instituidor. Além disso, velar as fundações, para o Ministério Público, significa uma 'guarda ativa', 'ação suficiente', 'vigia, proteção e patrocínio em Juízo', para utilizar a terminologia de Seabra Fagundes” (DINIZ, 2006, p. 322). De forma perspicaz, Edson Luis Peters interpreta adequadamente que “velar significa muito mais que fiscalizar, pois implica em manter acesa a chama funcional, em nunca abandonar a vigilância sobre as fundações e em zelar para que cumpram suas finalidades em prol da sociedade” (PETERS, 1998, p. 2). E sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal Federal já se manifestou no seguinte sentido: “Velar pelas fundações significa exercer toda atividade fiscalizadora, de modo efetivo e eficiente, em ação contínua e constante, a fim de verificar se realizam os seus órgãos dirigentes proveitosa gerência da fundação, de modo a alcançar, de forma a mais completa, a vontade do instituidor. O exercício das atribuições fiscalizadoras do Ministério Público que decorrem do sentido genérico da sua missão envolve a atuação de caráter meramente administrativo, que dispensa regulação nas leis processuais” (DINIZ, 2006, p. 320).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça na ementa de um aresto explana a imprescindibilidade de proporcionalidade na velação do Ministério Público: “8. A consecução dos objetivos finalísticos da Fundação é acompanhada pela Curadoria, a quem incumbe velar, na acepção mais ampla da palavra, qual seja, proteger, zelar e cuidar, a fim de que a fundação cumpra de forma eficiente os seus desígnios. 9. Conseqüentemente, a ampliação conceitual do vocábulo 'velar', inserto no art. 26 do Código Civil de 1916 e reproduzido no art. 66 do novel Código Civil de 2002, justifica-se pela proporcionalidade entre os encargos atribuídos e os meios postos à disposição para a consecução daqueles, sob pena de inocuidade do 'dever-poder' atribuído ao Ministério Público no exercício de tão importante mister.” (Superior Tribunal de Justiça, RESP 776549, 1ª Turma, DJ 31/05/2007, Min. Luiz Fux).

Airton Grazioli e Rafael Edson José descrevem que a veladura das fundações pelo Estado não é exclusividade do sistema normativo brasileiro, haja vista que, em qualquer “parte do mundo, a maioria das fundações é velada, desde o seu nascimento até sua eventual extinção, por uma autoridade pública. O velamento tem respaldo no ordenamento jurídico de cada país, de forma a evitar, se possível, qualquer eventual mudança estatutária na administração da entidade, mesmo depois da morte de seu instituidor, e garantir a proteção do patrimônio deixado para a consecução das finalidades.” Os autores ainda relatam que a “intervenção estatal se justifica pelo fato de que toda fundação se confunde com um patrimônio investido de personalidade jurídica, para a consecução de uma finalidade não-egoística a favor da coletividade e que, portanto, extrapola os interesses particulares de eventuais beneficiados, como também de seus dirigentes, passando a ser de interesse estritamente social” (GRAZZIOLI, 2009, p.167).

Sobre a escolha do Ministério Público para o múnus de velar as fundações e a imperiosidade de velamento, Tomáz de Aquino Resende resguarda tal escolha em cinco motivos, quais sejam: (i) a sociedade é “dona” do patrimônio que compõe a fundação; (ii) a fundação é decorrente da união de um patrimônio e de uma pessoa jurídica, sendo que esta “adquire caráter de indisponibilidade que perdura através dos tempos”; (iii) a fundação tem o condão de suprir a carência ou ausência do Estado em determinada área e é administrada “por uma vontade transcendente”; (iv) os cargos de administração ocupados temporariamente servem para tornar possível os objetivos estatuídos pelo instituidor da fundação “ao passo que os fins da pessoa fundacional são, na maioria dos casos, perenes, e sempre imutáveis na sua essência”, ou seja, o alvitre dos administradores não consubstanciam qualquer alteração estatutária e; (v)

em razão das aludidas entidades “suprirem ou cooperarem com a organização estatal no atendimento à coletividade, recebendo, por tal motivo, benefícios fiscais e/ou tributários do Estado”, fundamenta por si a relevância da atribuição do Ministério Público de velar pelas fundações (RESENDE, 1997, p. 91-93).

Ademais, Tomás de Aquino Resende continua a sua argumentação com fundamento no fato de que o Ministério Público é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme preconiza o artigo 127 da Constituição da República de 1988. Somado a este esboço normativo-constitucional, o autor pontua que as fundações são “(...) instituídas e mantidas por pessoas (físicas ou jurídicas) que professam as mais diversas religiões (todas as igrejas existentes são instituidoras ou participam de administrações de fundações), que adotam diferentes ideologias (temos instituidores e administradores de fundações de 'direita' ou 'esquerda', de 'centro, etc.) e que se vinculam ou defendem vários partidos políticos (todos os políticos, tanto no Poder Executivo quanto no Poder Legislativo, estão envolvidos, de uma forma ou de outra, com alguma fundação). Existem fundações direcionadas aos incontáveis interesses da sociedade – saúde, educação, previdência, meio ambiente, criança e adolescente, patrimônio público, etc” (RESENDE, 1997, p. 93).

Acerca da incumbência normativa do Ministério Público sobre as fundações, Gustavo Saad elenca quatro funções para a atuação do MP: (i) função consultiva, seja das fundações já constituídas ou daquelas não reconhecidas e de fato; (ii) função fiscalizadora, a qual exige a prestação de contas e proteção da finalidade, do patrimônio e do vínculo manifestado na vontade do instituidor; (iii) função substitutiva da administração, quando autorizada por ordem judicial, nos casos em que há impossibilidade ou deficiência nos órgãos administrativos da entidade e; (iv) função interventora, a qual se verifica pela aprovação dos estatutos, imposição de modificações estatutárias e em casos de irregularidades ou intervenções judiciais em que a fundação seja parte (DINIZ, 2006, p. 324).

Entretanto, apesar das justificativas e da relação do MP no velamento das fundações, ressalta-se que a existência do dispositivo em questão (artigo 66) gera praticamente a imobilização das fundações em alguns atos de gestão, o que por si resulta em enormes prejuízos à competitividade em analogia a outras pessoas jurídicas do mesmo ramo de atuação. Até porque a fiscalização e o controle do Ministério Público, em inúmeras Curadorias, obstam a dinâmica da gestão de uma pessoa jurídica como as fundações. Como dito pelo autor, “obviamente, não se quer suprimir a atuação do Ministério Público, reputada imprescindível neste setor, mas, sim, busca-se a compatibilização com a necessidade do exercício de atividades econômicas, cuja dinâmica exige a ausência de entraves imediatos para a sua concretização. No plano do imediatismo, entretanto, não se dispensa essa fiscalização, asseguradora da própria perpetuidade da fundação privada” (DINIZ, 2006, p. 598). Como dito por Airton Grazioli e Edson José Rafael, a fiscalização deve ser exercida “com parcimônia, com cautela e na medida do quanto necessário para resguardar os direitos sociais” (GRAZZIOLI; RAFAEL, p. 16). Neste contexto, Maria Teresa Carrancho Herrero critica veementemente a fiscalização exclusivamente punitiva e a não fiscalização analítica, porque:

ponen en peligro la subsistencia de las funciones, al impedirles actuar con agilidad, en el primer caso, y disponer de sus bienes, en el segundo, dadas las actuales características de la actividad económica, en la que

los bienes y valores están en constante movimiento para obtener la mayor rentabilidad posible. (...) A los valores mobiliários las fundaciones necesitan autorización de la Administración para proceder a su venta, compra o cambio, lo que implica una imposibilidad práctica de rentabilizar esos valores al no poder actuar con agilidad, nos encontramos con que se está negando la posibilidad real de obtener la máxima rentabilidad del patrimonio fundacional (HERRERO APUD DINIZ, 2006, p. 595-596).

Na mesma linha, Saad Diniz explica a necessidade de compatibilização entre um velamento razoável e proporcional do Ministério Público e a dinâmica das atividades econômicas perquiridas por muitas fundações. Ou seja, “para haver compatibilidade entre a atuação do Ministério Público e a dinâmica das atividades econômicas, é imprescindível que o MP se livre das amarras exclusivamente punitivas, para adquirir a consistência de fiscalizador, participativo e, sobretudo, consciente da realidade da fundação em que atua, centrando-se também sobre a atuação dos órgãos de empresa da entidade. Em outras palavras, o Ministério Público deve participar ativamente do que ocorre dentro da fundação, procurando dar o apoio dinâmico que a administração da entidade necessita (DINIZ, 2006, p. 596-597). E vale ainda destacar que existe um tratamento igual às fundações que recebem e são sustentadas por recursos públicos e àquelas que sobrevivem sem qualquer auxílio, contribuição, subvenção ou convênio com o Poder Público.

Não se pode conceber como iguais as fundações privadas e que sobrevivem sem o auxílio pecuniário direto do Estado e aquelas outras fundações que são subsidiadas ou amparadas por verbas públicas para a sua subsistência. Desse modo, mostra-se inconcebível colocar num mesmo patamar tais fundações privadas, o que em si culmina na necessidade de que haja diferenciação entre o velamento a ser dispensado pelo Ministério Público às fundações que recebem recursos públicos e àquelas que não.

4. A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE FUNDAÇÕES QUE RECEBEM RECURSOS PÚBLICOS E AS QUE NÃO RECEBEM

Não se pode assentir com uma fiscalização pormenorizada de todos os atos de administração para as fundações privadas que não recebem qualquer valor oriundo do tesouro público a título de subvenção, auxílio, contribuição ou outros por intermédio de alguma parceria ou convênio com o Poder Público, sob pena de uma elevada e equivocada burocratização despida de teleologia. Na mesma diretriz, a inserção do artigo 66-A no Código Civil objetiva a flexibilização de gestão das fundações privadas, principalmente para que sua gestão não venha a sofrer prejuízos concorrenciais com outras espécies de pessoas jurídicas (sociedades ou associações) - o que é deveras prejudicial para o desenvolvimento das atividades de interesse da coletividade que são executadas e perquiridas pelas fundações.

Quanto à diferenciação estipulada nesta proposição legislativa e o fundamento para esta distinção (fundações dependentes e as independentes de recursos públicos), não se pode olvidar dos inúmeros escândalos gerados por fundações privadas e associações, comumente denominadas de ONGs (organizações não governamentais), quanto à malversação de dinheiro público. Acerca das irregularidades, mormente às ONGs relacionadas à assistência social (inexiste uma categoria jurídica prevista em

norma jurídica brasileira que defina ONG ou qualifique uma determinada entidade como uma ONG. O Código Civil brasileiro não prevê a figura jurídica da ONG. Ou seja, as ONGs foram criadas a partir da usual denominação dada às entidades do Terceiro Setor que não possuem finalidade lucrativa). Fernando Borges Mânica acentua que: “de um lado, houve a desmoralização dos mecanismos de relação entre o Estado e as entidades prestadoras de serviços de interesse público. O termo 'pilarantropia' passou a ser utilizado para referir-se ao conjunto de entidades detentoras do título de utilidade pública e do certificado de fins filantrópicos, os quais passaram a ser o passaporte indispensável e suficiente para uma série de benefícios oferecidos pelo Poder Público” (MÂNICA, 2006, p. 30). O autor se reporta ao Conselho Nacional de Serviço Social, e assevera que tais irregularidades também se referem à emissão de certificados de fins filantrópicos e destinação das subvenções pela comissão de orçamento do Congresso Nacional. (MÂNICA, 2006, p. 30).

Atualmente, uma quantidade significativa de ONGs (fundações e associações) é formada com o intuito tão só de percepção de recursos públicos e manejo destes de forma, no mínimo, desorganizada, não se esquecendo daquelas entidades que utilizam com absoluta falta de critério e boa fé. Por este diapasão e por outras vertentes, Tarso Cabral Violin relata e critica que as “ONGs surgiram dos movimentos sociais, e tinham estratégias de enfrentamento, negação, demanda, pressão, questionamento, reivindicação contra ou dirigida ao Estado. Atualmente estão mais dóceis, supraclasse, subalternizadas, domesticadas, mais 'parceiras' do Estado com o objetivo de terem acesso aos fundos públicos, pautando-se mais na gestão de políticas do que na oposição política, mais gerenciais-empresariais e menos politizadas, com baixa capacidade contestatória e crítica, caso contrário não receberiam dinheiro público de governos não muito alinhados com os ideais combativos, criando um consenso aparente, e ao mesmo tempo uma apatia social” (VIOLIN, 2006, p. 206).

Posteriormente, o mesmo autor enaltece a necessidade de independência e autonomia estatal diante de interesses escusos de algumas ONGs, visto que, “em países periféricos, a preocupação é que o Estado seja tão fraco e as ONGs, principalmente as transnacionais, tão fortes, que estas sejam os grupos poderosos capazes de atuarem contrariamente ao interesse público nacional, em favor de interesses particulares. Por isso a importância de preservar-se a autonomia estatal” (VIOLIN, 2006, p. 206).

Especificamente sobre as ONGs latinoamericanas, Antônio Herman Benjamin comenta que tais “têm estrutura e dimensão muito variadas. Vão de organismos meramente informais até as entidades formalmente constituídas. Apesar dessa heterogeneidade, algumas limitações mais ou menos comuns a todas elas podem ser apontadas: a) não são profissionalizadas; b) ressentem-se da falta de quadro pessoal fixo, capacitado tecnicamente e remunerado; c) têm poucos filiados; d) desconhecem a legislação ambiental básica, raramente utilizando os mecanismos judiciais disponíveis, mesmos os mais simples; e) são transitórias (surgem e desaparecem com facilidade); f) dependem de favores governamentais, diretos ou indiretos; g) não são especializadas, tendo uma tendência a 'atirar em todas as direções'.” (BENJAMIN, 1995, p. 100).

Além do aspecto do velamento, as fundações privadas têm se defrontando com enormes dificuldades para encontrar administradores dedicados e responsáveis. Tal assertiva não significa asseverar que os administradores das fundações hodiernamente não são dedicados e responsáveis, mas sim que, diante das inúmeras obrigações de um dirigente de fundação e suas incontáveis conseqüências jurídicas, pessoas imbuídas de boas intenções que desejariam participar da administração de fundações são alijadas de tais intentos. Ou seja, analisando proficuamente a possível

atuação, a responsabilidade e as conseqüências passíveis em razão de alguma obrigação inadimplida na gestão das fundações, as pessoas ficam convencidas de não se inserirem.

Para corroborar com esta análise, prepondera ainda a questão da impossibilidade de remuneração dos dirigentes pelas fundações privadas, precipuamente por aquelas fundações que pleiteiam ou possuem título de utilidade pública federal, certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS) ou qualificação para requerer a quota patronal do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS). “A obtenção do Cebas, que confere à entidade habilitação para executar os programas assistenciais do governo federal, exige que as entidades tenham por objetivos: proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; amparar as crianças e os adolescentes carentes; promover a integração no mercado de trabalho; habilitar e reabilitar as pessoas portadoras de deficiência; e promover a assistência educacional ou de saúde, gratuitas” (SILVA, 2008, p. 53). Sobre a obtenção do título e requisitos para tanto, vide Lei Orgânica de Assistência Social (Lei Federal n. 8.742/93) e os Decretos Federais n. 2.536/98, n. 3.504/00 e n. 4.499/02.

Não é vedada pela lei a remuneração de dirigentes de entidades sem fins lucrativos no Brasil como constantemente se propaga, porém a fundação que remunera seus dirigentes possui restrições e limitações que afastam possíveis benefícios tributários e fiscais - criando-se, assim, uma impossibilidade não jurídica, mas econômica para as fundações remunerarem seus dirigentes, pois tais benefícios são essenciais ao pleno desenvolvimento institucional fundacional. Infelizmente, esta situação é lamentável, pois gera a falta de profissionalização das fundações para a consecução de suas atividades, bem como dificuldades para competir com outras pessoas jurídicas do mesmo ramo de atuação.

Como bem dito pelo promotor Tomáz de Aquino Resende, a possibilidade de remunerar os dirigentes das fundações, associações ou sociedades sem fins lucrativos não só é permitida, como é desejável. Ele descreve que impedir a percepção de remuneração incursiona uma hipocrisia coletiva, “vez que afirmam não poder existir remuneração, mas admitem, por exemplo, que: o diretor da 'mantenedora' - não remunerado - seja contratado pela mantida (médico, professor, consultor etc.); que o diretor não pode receber salário, mas a empresa (especialmente cooperativa) da qual ele faça parte possa contratar com a entidade. Além de inúmeros subterfúgios que geram renda mensal para o dirigente não remunerado” (RESENDE, 2011).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo este panorama acarreta enormes prejuízos à eficiência jurídico-institucional das Fundações Privadas na realidade brasileira, o que repercute em prejuízos ao desenvolvimento socioambiental face aos desejos coletivos perseguidos por estas pessoas jurídicas. O desenvolvimento socioambiental resta prejudicado a partir do fato de as fundações serem relevantes ferramentas de inserção e aprimoramento de soluções sociais e ambientais à sociedade brasileira. Contudo, são tratadas na atual conjuntura normativa com freios e amarras que impedem a sua evolução.

Além de originar a objeção ao desenvolvimento, vale frisar que a sustentabilidade da própria fundação é comprometida. Aqui não se fala tão somente em sustentabilidade social, econômica ou ambiental, entretanto em todas estas facetas de sustentabilidade. Como dito por Jorge Gerdau, “uma entidade social tem que ter,

indiscutivelmente, a sustentabilidade ambiental, dar prioridade à sustentabilidade social, mas terá que ter a sustentabilidade econômica porque, senão, ela desaparece e uma entidade social que desaparece não está preenchendo seu papel” (GERDAU, 2004, p. 46-52).

Por tais justificativas, a proposição legislativa nº 1624/2011 também visa alterar o artigo 65 do Código Civil para acrescentar os parágrafos primeiro, segundo e terceiro, permitindo que os dirigentes da gestão executiva das fundações possam ser remunerados, desde que os valores sejam compatíveis com o mercado e o Ministério Público seja devidamente informado, incumbindo-lhe analisar a congruência da fixação. Nesta mesma esteira, almeja-se:

a) a alteração da alínea 'c' do artigo 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, com a redação da Lei nº 6.639/79, para possibilitar que, embora os cargos de diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos ali mencionados não sejam remunerados como requisito para ser declarada como de utilidade pública, seja excetuado o caso de fundações ou associações assistenciais sem fins lucrativos, cujos dirigentes das fundações poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva e respeitados os valores médios praticados no mercado na região correspondente à sua área de atuação;

b) a modificação do inciso I do artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, para alterar, entre os requisitos para isenção do pagamento das contribuições de que tratam os artigos 22 e 23 da Lei nº 8.212, a necessidade de que os diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores não recebam qualquer remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos - criando-se também uma previsão especial para as fundações ou associações assistenciais sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva e respeitados os valores médios praticados no mercado na região correspondente à sua área de atuação e;

c) a alteração da alínea 'a' do § 2º do artigo 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, para possibilitar que os dirigentes das fundações ou associações assistenciais sem fins lucrativos possam ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva e respeitados os valores médios praticados no mercado na região correspondente à sua área de atuação, e se enquadrando como imunes no tocante ao aspecto tributário estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea 'a', da Constituição Federal de 1988.

Tais modificações suscitadas, explicitamente apostas mediante as proposições legislativas referidas, mostram-se necessárias, pois de nada adiantaria a mudança (acréscimo) dos dispositivos normativos do Código Civil sem a alteração de outros

textos legais que influenciam tais pessoas jurídicas. Destarte, as alterações legislativas comentadas almejam a eliminação de óbices ou entraves normativos para a profissionalização das fundações privadas, principalmente daquelas que não dependem ativamente do Estado (não recebem transferências de recursos públicos) para a sua subsistência.

6. BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Geraldo Bonneville Braga. A responsabilidade social da empresa e as fundações privadas. Revista de Direito do Terceiro Setor _ RDTs, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=39448>>. Acesso em: 9 ago. 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BAPTISTA, Cristina Paula Casal. As fundações no Direito português. Coimbra: Almedina, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 510/2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=448143>>. Acesso em: 9 ago. 2011f.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1336/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=501948>>. Acesso em: 9 ago. 2011d.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1624/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509531>>. Acesso em: 9 ago. 2011g.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 228/2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=74235>. Acesso em: 9 ago. 2011c.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 272/2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=86443>. Acesso em: 9 ago. 2011e.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3685/2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=256138>>. Acesso em: 9 ago. 2011a.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4912/2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=278646>>. Acesso em: 9 ago. 2011b.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Gustavo Saad. Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas. 3. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade. São Paulo: Manole, 2003.

GERDAU, Jorge. Gestão do Terceiro Setor na ótica de um empresário. In: Anais do V Encontro Internacional de Fundações Terceiro Setor e VI Encontro de Fundações do MERCOSUL. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão; PUC-RS, 2004.

GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. Fundações Privadas. São Paulo: Atlas, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HERRERO, Maria Teresa Carrancho. Apud. DINIZ, Gustavo Saad. Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas. 3. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 24 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. Legislação no Terceiro Setor: Segurança e Fortalecimento ou Desconhecimento e Desagregação? As Associações e as Fundações no Novo Código Civil. In: Anais do V Encontro Internacional de Fundações Terceiro Setor e VI Encontro de Fundações do MERCOSUL. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão; PUC-RS, 2004.

PAES, José Eduardo Sabo; et al. O Ministério Público brasileiro e sua integração com as fundações e Entidades de Interesse Social. In: Anais do IV Encontro Internacional de Fundações Terceiro Setor. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão; PUC-RS, 2001.

PETERS, Edson Luis. O velamento das fundações pelo Ministério Público. Cartilha do Seminário Regional de Fundações Privadas do Paraná. Curitiba, setembro de 1998.

RESENDE, Tomás de Aquino. Novo Manual de Fundações. Belo Horizonte: Inédita, 1997.

RESENDE, Tomás de Aquino. Remuneração de dirigentes de entidades sem fins lucrativos. Disponível em: <<http://fundata.org.br/Artigos%20-%20Cefeis/13%20-%20REMUNERACAO%20DE%20DIRIGENTES%20DE%20EN>>

SILVA, Ana Maria Viegas da; BIGAL, Maria das Graças Barbosa. Terceiro Setor: Gestão das Entidades Sociais (ONG - Oscip - OS). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 776549, 1ª Turma, DJ 31/05/2007, Min. Luiz Fux. TIDADES%20SEM%20FINS%20LUCRATIVOS.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2011

VIOLIN, Tarso Cabral. O 'terceiro setor' e as cooperativas sociais. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Coord.). Direito do Terceiro Setor: Atualidades e Perspectivas. Curitiba: OAB-PR, 2006.

Recebido em 26/09/2013
Aprovado em 18/10/2013