

# Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição

José Marinho Paulo Junior\*

Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto\*\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Fundações Testamentárias e Partilha. 3. Fundações em comum no âmbito do inventário: possibilidade de aplicação analógica dos artigos 986 a 990 do Código Civil. 4. Conclusões.

## Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, o termo a partir do qual a fundação instituída por testamento deve ser constituída. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Bevilacqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de aptidão de estatuto fundacional projetado. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de inventário judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de aprovação de estatuto e criação do ente fundacional no Direito brasileiro, a par de equacionar a responsabilidade por custos da atividade altruísta (coincidente com a da fundação projetada), iniciada ou não pelo instituidor ainda em vida. Conclui que a lógica sistemática impõe seja aguardada a partilha para, somente após, ser criada a fundação e iniciada sua atividade, hábil a partir dali a arcar com os custos operacionais, sem risco a herdeiros ou titulares de dívidas do espólio.

## Abstract

*This article aims to assess through bibliographic review the moment from which the foundation instituted by a will might be actually created. Clovis Bevilacqua's foundation-as-a-group-of-rights theory as a scientific reference, the research does not try to establish any criteria to a statute of this kind of entity. The study is justified by the need of comprehension of the enforceability of the approval of the statute (specially in a judicial procedure) and the*

\* Doutorando em Direito (UNESA). Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Mediação e Negociação pelo *Justice Institute of British Columbia* (Canadá). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

\*\* Especialista em Defesa do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

*creation of the foundation according to Brazilian Law, as well as assigning responsibility for the costs of the altruistic activity (identical to the one of the projected foundation), performed or not by the institutor in life. The article concludes that, on account of systematic logic, the creation of the foundation must wait the partition and that only afterwards the new entity starts its activities, paying for its costs without putting others (neither heirs nor creditors) at risk of insolvability.*

**Palavras-chave:** Fundação de direito privado. Testamento. Constituição. Partilha. Marco temporal.

**Keywords:** Foundations. Will. Constitution. Partition. Time frame.

## 1. Introdução

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, o termo a partir do qual a fundação instituída por testamento deve ser constituída. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Bevilácqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de aptidão de estatuto fundacional projetado. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de inventário judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de aprovação de estatuto e criação do ente fundacional no Direito brasileiro, a par de equacionar a responsabilidade por custos da atividade altruísta (coincidente com a da fundação projetada), iniciada ou não pelo instituidor ainda em vida.

## 2. Fundações Testamentárias e Partilha

*Prima facie*, constata-se o tratamento sucinto (e algo precário) dado pelo Código Civil à matéria fundacional<sup>1</sup>. É, pois, singela e lacunosa a base normativa a partir da qual se tece a presente análise<sup>2</sup>.

De toda sorte, tal diploma normativo, embora com enormes vazios legais, claramente divisa “*instituição*” de “*constituição*” da fundação, aquela precedente a esta. Tal diferenciação, em se tratando de fundação por ato de vontade *post mortem*, ganha significativa relevância, na medida em que, mesmo cumprido o testamento, não está ainda formada a fundação, faltando-lhe meios financeiros para perseguir seus fins sociais. A constituição da fundação ocorrerá apenas (ressalvada a excepcional hipótese de autorização judicial incidental, *ex vi* do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil<sup>3</sup>) com a inscrição do estatuto junto ao Registro Civil de Pessoas

<sup>1</sup> Art. 62 Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: I – assistência social; II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – educação; IV – saúde; V – segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX – atividades religiosas; e X – (VETADO). Art. 63 Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante. Art. 64 Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial. Art. 65 Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz. Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público. 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 do Distrito Federal e Territórios. § 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público. Art. 67 Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma: I – seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação; II – não contrarie ou desvirtue o fim desta; 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. Art. 68 Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, 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. Art. 69 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.

<sup>2</sup> Disto não se extrai que não haja uma vasta e errática normatização do direito fundacional privado, Vide por todos *Vade Mecum de Direito Fundacional Privado* das Provedorias de Fundações da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (PAULO JUNIOR, José Marinho et al (org), 1ª edição, Rio de Janeiro: Câmara Brasileira do Livro, 2021, p. 1617, ISBN 978-65-00-28547-5, disponível em plataforma Kindle).

<sup>3</sup> Assim dispõe o Código de Processo Civil: “Art. 647 Cumprido o disposto no art. 642, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, formulem o pedido de quinhão e, em seguida, preferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário. Parágrafo único. O juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos”.

Jurídicas<sup>4-5-6</sup> o que, por sua vez, dar-se-á quando da partilha<sup>7-8</sup>, enfim aquinhoado o ente até ali tão apenas “projetado”.

Relembre-se aqui a lição de Masagão (1945)<sup>9</sup> de que “a instituição da fundação [...] visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar esses bens e, pessoa jurídica, atribuindo-lhes fim especial a que, como pessoa, ficarão jungidos”, escorada nos ensinamentos de Clóvis Beviláqua de que a fundação é uma universalidade de bens personalizada em atenção ao fim que lhe dá unidade.

Dallari (1995)<sup>10</sup>, em igual sentido, anota que fundação é a vinculação de um patrimônio a determinado fim, dando-lhe personalidade jurídica, isto é, um patrimônio personalizado – o que significa que “o patrimônio adquire a condição de pessoa, passando a ser sujeito de direitos, ao mesmo tempo em que pode assumir obrigações jurídicas”.

E uma pergunta angular: se não há bens, poderá haver fundação? Evidentemente que não. A fundação, enquanto universalidade de bens, tem nestes a sua essência e não pode nunca existir sem estes. Não por outra, Guasque (2008, p. 65) bem entrevê

<sup>4</sup> Assim estabelece o Código Civil: “Art. 45 Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

<sup>5</sup> Neste sentido, Grazzoli et al: “Resta evidente que o testamento não constitui a fundação; ele delibera, por um desejo do testador em ver constituída a entidade fundacional após a sua morte, destinando o patrimônio para tanto. A fundação é criada, em verdade, não obstante a disposição testamentária, no momento do registro da escritura pública no cartório de Registro de Pessoas Jurídicas. Nessa oportunidade, efetivamente, ela nasce para o mundo jurídico” (GRAZZIOLI, Airton et al. *Organizações da Sociedade Civil: Associações e Fundações – Constituição, funcionamento e remuneração de dirigentes*. São Paulo: EDUC, 2016, p. 76).

<sup>6</sup> Sem se pretender aqui adentrar na análise de sistemas de reconhecimento de pessoas jurídicas, tenha-se por todos Ennecerus, Kipp e Wolff (1943, p. 457), para quem há três destes: o primeiro, da livre constituição corporativa, no qual o mero ato de associação é o suficiente para a criação da pessoa jurídica; o segundo, de autorização absoluta estatal, onde só existiriam juridicamente as pessoas jurídicas com e a partir do ato de autorização do Estado; por fim, incorporado em nosso ordenamento pátrio, o sistema de previsões legais, no qual, preenchidos critérios legais, estaria constituída a pessoa jurídica, sendo o registro um elemento do sistema de reconhecimento, cuja orientação precípua é a tutela dos interesses de terceiros e aparência da sociedade, conferindo não só a eficácia externa e vinculabilidade autônoma da pessoa jurídica, mas também a publicidade e informação necessárias à identificação do plano interno. (ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil: parte general*. Barcelona: Bosch casa editorial, 1943. v. 1.)

<sup>7</sup> Assim dispõe o Código Civil: “Art. 2.015 Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz. [...] Art. 2.023 Julgada a partilha, fica o direito de cada um dos herdeiros circunscritos aos bens do seu quinhão”.

<sup>8</sup> O Diploma Adjetivo é claro ao fixar a partilha, judicial ou extrajudicial, como marco essencial para translação dos bens: “Art. 654 Pago o imposto de transmissão a título de morte e juntada aos autos certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha. Parágrafo único. A existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido. Art. 655 Transitada em julgado a sentença mencionada no art. 654, receberá o herdeiro os bens que lhe tocarem e um formal de partilha, [...] Art. 657 A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966”.

<sup>9</sup> MASAGÃO, Mário (1945). Fundações criadas por testamento. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 40, 70-76. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66040>. Consulta em: 17 ago. 2021.

<sup>10</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. Fundações Públicas e Suas Limitações. *Revista Adusp*. São Paulo: jul. 1995, p. 16.

a fundação como “um fundo em ação”<sup>11</sup>. E daí porque uma fundação sem bens deve ser extinta, na forma do artigo 69 do Código Civil.<sup>12</sup>

Tal *vexata quaestio* leva a fundamental premissa de criação de fundações por testamento: esta, se possível, somente ocorrerá diante da efetiva partilha e não antes (ao menos, como vista acima, em regra, ressalvada autorização judicial incidental, *ex vi* do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil<sup>13</sup>).

Nas palavras de Azevedo<sup>14</sup>, para se criar uma fundação não bastam “direitos eventuais” – o que justamente é, afinal, a previsão de sua dotação até que seja ultimada: um direito em potencial e nada mais, a despeito da redação ditada pelo artigo 1.923 do Código Civil<sup>15-16</sup>, que, em verdade, apenas se aplica a legatários, do que se distingue a fundação instituída – que não é legatária, nem herdeira, mas uma dotação (MASAGÃO, 1945)<sup>17</sup>.

Fosse diferente, haveria o absurdo de instituidor insolvente pretender formar uma fundação sem lhe garantir bens, sendo suficiente o desejo quiçá egoísta e mesquinho de ter para si mesmo algum legado pessoal. Tampouco se admite que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários<sup>18</sup>, uma vez que, em interpretação sistêmica do Diploma Material e à luz do primado de vedação ao enriquecimento sem causa, não se pode tolerar isto.

<sup>11</sup> GUASQUE, Luiz Fabião. *Manual das ONGs e das Fundações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 141.

<sup>12</sup> Art. 69 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.

<sup>13</sup> Já acima transcrito.

<sup>14</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>15</sup> Art. 1.923 Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. § 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria. § 2º O legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial.

<sup>16</sup> Rodrigues (2003) expõe: “[...] faz-se preciso recorrer à distinção entre posse direta e indireta. O legatário, no momento da morte do testador, adquire o domínio da coisa certa legada, bem como a posse indireta dela (CC, art. 1.923). A posse direta, entretanto, só será por ele adquirida no momento em que o herdeiro lhe entregar o objeto do legado (CC, art. 1.923, § 1º). Até esse momento, cabe-lhe o direito de reclamar a entrega daquilo que se tornou seu por força do testamento, e cuja propriedade resultou da morte do testador (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, v.7: Direito das Sucessões*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. RODRIGUES, 2003).

<sup>17</sup> Neste mesmo sentido, Sergio De Andréa Ferreira in *As Fundações De Direito Privado Instituídas Pelo Poder Público No Brasil* (Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758650/Sergio\\_De\\_Andrea\\_Ferreira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf). Consultado em: 05 out. 2021), para quem “[é] uma liberalidade, mas constitui categoria jurídica específica, diversa que é da doação, a cujo regime e restrições não está sujeita. Fala-se, aliás, no particular, em dotação ou atribuição de bens e não, em doação (217). O ato de instituição é formal, podendo ser *inter vivos* ou *mortis causa*. Exige o art. 24 do Código Civil que ele se exteriorize por escritura pública ou testamento. Pelo mesmo ato deve ser feita dotação especial de bens livres, especificando-se, obrigatoriamente, o fim a que se destina a fundação e, facultativamente, a maneira de administrá-la. Neste primeiro momento, temos o que SADY CARDOSO DE GUSMÃO (218) chama de fundação instituída ou imperfeita.” (p. 112).

<sup>18</sup> Assim dispõe o Código Civil: “Art. 1.967 As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as

Noutras palavras, parece razoável interpretar-se o Código Civil no sentido de que a fundação instituída por testamento – e a é tão logo este é cumprido – somente vem a se formar SE E QUANDO, da partilha, houver bens suficientes para concretizar aquela última vontade. Tal exegese clareia, aliás, o sentido do artigo 63 do diploma na medida em que não se exige ali seja antes extinta a fundação (o que, estivesse criada, o disposto no artigo 69 seria de observância obrigatória).

Nestes termos, em hipóteses de instituição de fundação via testamentária, com o escopo de dirimir as eventuais dúvidas sobre os bens destinados à dotação patrimonial, salutar adotar a partilha em vida, em sua modalidade partilha-testamento, nos moldes delineados pelo artigo 2018<sup>19</sup>, preservados, por óbvio, a legítima dos herdeiros necessários<sup>20</sup>, nos moldes determinados pelo Código Civil.

De igual forma, muito embora a aprovação pelo Ministério Público de estatuto da fundação projetada possa se dar a partir do cumprimento do testamento e mesmo lhe cumpra exigir judicialmente seja um lavrado (artigo 65), o dispositivo só ganha sentido diante de entidade a que se garanta patrimônio mínimo – o que se pontuará com a efetiva partilha, quando eventuais disposições testamentárias que excedam a legítima poderão ser expurgadas, conforme artigo 1.967<sup>21</sup>.

São inócuos os esforços ministerial e judicial de se estabelecer estatuto antes de tal etapa, eis que a fundação sequer poderá vir a ser formada. Daí porque o prazo ditado pelo parágrafo único de tal artigo somente passa a fluir a partir de tal marco. Caso o instituidor assine prazo precedente a este termo, padecerá de ineficácia sua vontade, que dependeria de anuência de todos os herdeiros e credores, com a chancela judicial, para ver antecipada a própria formação do ente projetado.

Fosse também aqui diferente, impor-se-ia injusto ônus ao espólio e, pior, aos titulares de créditos insolvidos por este último, havendo de custear lavratura de escritura e registro de estatuto – o que seria inadmissível. Bem pior, quem arcaria com os custos de manutenção gerencial ordinária ou de atividade deficitária fundacional até o final do inventário (ou, ao menos, até a partilha)? Como dito acima, não admite

---

disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente. [...] Art. 2.018 É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.”

<sup>19</sup> Art. 2.018 É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

<sup>20</sup> Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. §1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

<sup>21</sup> Art. 1.967 As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

o ordenamento jurídico pátrio que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários.

Tampouco se diga que o estatuto de fundação ainda sem patrimônio seria uma salvaguarda da vontade do instituidor para a hipótese singular de existência, mas também de insuficiência de bens. Para tanto, o Legislador cunhou o artigo 63, desde logo garantindo que, se de outra forma não dispuser o instituidor, serão incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante. Não há necessidade alguma de estatuto fundacional para tal fim.

Sobre a atuação parquetiana, assinale-se que não há necessidade, portanto, de procedimento administrativo ministerial para acompanhar a formação e a dotação da fundação testamentária em paralelo ao feito judicial ou extrajudicial.

Em havendo inventário judicial em curso, já cumprido o testamento, intervindo naquele a Curadoria de Sucessões e/ou a Provedoria de Fundações, a efetiva formação da fundação projetada será ali acompanhada, sendo certo que, ao se lhe garantir patrimônio mínimo, novo procedimento administrativo ministerial poderá ser instaurado para a nova etapa (de aprovação de estatuto, de dotação efetiva e de inscrição junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, com início de sua atividade). Lado outro, afora a duplicidade, é certo que a nova etapa alvitrada poderá levar DÉCADAS para ocorrer. Imagine-se, por exemplo, inventário suspenso por ação de investigação de paternidade *post mortem*. Não são incomuns feitos longevos. Aliás, em verdade, sequer poderá vir a ser formada a fundação instituída, caso não haja bens de que se lhe possa realmente dotar. Nada justifica dormite o presente em paralelo ao feito judicial em que já atua o *Parquet*, sem prejuízo, claro, de se acompanhar o feito por meio de pasta-espelho e de sua também inclusão em procedimento de acervo judicial.

Em se tratando de inventário extrajudicial, diante da brevidade da partilha, o procedimento administrativo a ser instaurado pela Provedoria será o de aprovação de estatuto, de dotação efetiva e de inscrição junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, com início de sua atividade.

Observe-se que a pessoa que exerce a inventariança pode ser nominada como presidente da fundação projetada. Disto, todavia, não se extrai o nascimento prematuro da fundação ainda em formação. Tal ocorrência excepcional, aliás, pode colocar tais papéis em conflito de interesse, devendo o inventariante manter estraneidade necessária em relação à fundação para lhe cobrar desvios e conter gastos desnecessários.

Aliás, a fiscalização da licitude de atos de inventariança, ainda quando espelhados em vontade de autor da herança em instituir e constituir uma fundação, compete, em regra e a princípio, à Curadoria de Órfãos e Sucessões (ou quem lhe faça as vezes em Comarca que não conte com órgão de execução especializado em tal matéria). Há,

todavia, em cada unidade do Ministério Público, descer-se à resolução estadual ou distrital que disponha sobre a matéria para bem se definir a Promotoria com atribuição<sup>22</sup>.

Da mesma forma, a projetada contrapartida em favor da presidente da fundação apenas e tão somente lhe será devida quando a fundação instituída vier a ser criada. A remuneração prevista em estatuto ou outro direito qualquer (como o de moradia em imóvel da fundação) somente será devida a esta a partir da constituição do ente fundacional. antes, jamais – o que, por óbvio, não impede que o espólio livremente convençione igual benesse em favor da inventariante para manutenção da atividade altruística até que tal ocorra. São, entretanto, situações jurídicas absolutamente distintas entre si.

### 3. Fundações em comum<sup>23</sup> no âmbito do inventário: possibilidade de aplicação analógica dos artigos 986 a 990 do Código Civil

Nos termos do artigo 114 da Lei de Registros Públicos<sup>24</sup> e assim como ocorre com as demais pessoas jurídicas de direito privado, é sabido que a existência legal da fundação se materializa com a inscrição de seus atos constitutivos no competente no Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Entretanto, em circunstâncias eventuais, o inventariante poderá, às custas do espólio (ainda que posteriormente equacionadas<sup>25</sup>, mas sempre sob seu risco), pretender desempenhar de plano a atividade fundacional – o que dependerá de anuência (mesmo tácita) de herdeiros e credores, a par da chancela judicial, porquanto

<sup>22</sup> De acordo com a Lei Complementar Estadual nº 106/2003, “Art. 19 - Compete ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça: I – aprovar: [...] c) proposta do Procurador-Geral de Justiça de criação ou extinção de órgãos de execução, bem como as de modificações da estruturação destes ou de suas atribuições; d) por maioria absoluta, proposta do Procurador-Geral de Justiça de exclusão, inclusão ou outra alteração nas atribuições das Promotorias de Justiça e Procuradorias de Justiça ou dos cargos que as integrem”. Noutros termos, a resolução editada pelo Órgão Especial definirá (ou acrescerá) a atribuição de cada órgão de execução. Poderá o colegiado, neste sentido, confiar à Curadoria de Sucessões ou à Provedoria de Fundações o múnus de atuar em processos judiciais em que se trate de fundações testamentárias. Não há, por assim dizer, necessariamente, vinculação automática da matéria a uma ou outra promotoria de justiça.

<sup>23</sup> Sem pretender esgotar as discussões doutrinárias sobre a identidade dos conceitos de sociedades “em comum”, “de fato” e “irregulares”, basta aqui relembrar, em apertada síntese, que as sociedades em comum seriam aquelas que possuem contrato escrito e que estão realizando atos preparatórios para o seu registro em órgão competente, ao passo que a sociedade de fato é aquela sem contrato escrito, que já exerce normalmente suas atividades e que não apresenta indícios de diligências para obtenção de seu registro. Ao fim e ao cabo, tais diferenciações não acarretam maiores efeitos práticos nas disposições previstas no Código Civil.

<sup>24</sup> Art. 114 No Registro Civil de Pessoas Jurídicas serão inscritos: I – os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública” (grifamos).

<sup>25</sup> Há fundas dúvidas sobre a responsabilidade de a fundação posteriormente criada arcar com tais gastos, feitos sob gestão de terceiros, ainda quando coincidentes as pessoas envolvidas e seus desideratos. Poder-se-ia registar extensivamente, nesta hipótese, o disposto pelo artigo 943 do Código Civil, que dispõe que o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança: a fundação regularmente constituída, ao perceber bens por testamento para sua constituição, responderia como se herdeiro fosse por dívidas (da fundação de fato) do espólio – mas na força da herança e não ilimitadamente. Por exemplo, se após constituída, obtivesse lucro formidável, mesmo assim não poderia ser responsabilizada por dívidas contraídas naquele tempo anterior para além da força dos bens a si destinados pelo testamento.

despesas haverão de ser arcadas e não (ao menos, por ora) pela fundação, que ainda não possui bem algum, nada garantindo que algum dia venha a ter ou que admita pagar por tais pretéritos custos.

Há situações (e não são incomuns) em que o inventariante continua a desempenhar a atividade caridosa que o instituidor em vida cumpria. Entretanto, não se trata, em verdade, de atividade fundacional, mas um simulacro de fundação pelo próprio espólio, que deve arcar com custos da empreitada. Bem pior, os herdeiros poderão ter seus patrimônios pessoais atingidos, na forma do artigo 990 do Código Civil<sup>26,27</sup>, por interpretação analógica.

Nesses casos, advém uma questão digna de reflexão: a preterição da solenidade de registro da entidade fundacional afastaria seu dever de assumir responsabilidades pelos atos praticados em seu nome? Caso a resposta seja negativa, seria pertinente a aplicação analógica das disposições contidas nos artigos 986 a 990 do Código Civil, que dispõem acerca das sociedades não personificadas às fundações?

Não se pode olvidar que, há ali, *mutatis mutandis*, uma “fundação em comum”<sup>28</sup>, para aqui se valer das lições já sólidas acerca de “sociedades em comum”, com as correlatas consequências de defeitos e incompletudes. Sem estranheza, Sacco (1995, p. 62)<sup>29</sup> identifica a sociedade de fato como fruto do caos.

No ponto que aqui mais interessa e consoante Santos-Pinto (2018)<sup>30</sup>, o problema da imputação do vínculo societário (e condição de sócio) a pessoas que não explicitamente participam da sociedade foi suprido pela delimitação própria do problema e a aplicação dos instrumentos da teoria da aparência e da simulação.

Adrede, desde a decisão mais antiga da Excelsa Corte sobre sociedades de fato em 1956<sup>31</sup>, evoluiu a jurisprudência de seu estágio inicial, quando se negava a atribuição do vínculo societário a partes que não o expressamente desejassem, ao atual, em que se atribuem efeitos típicos das sociedades a sócios que não formalizaram sua união, como no Recurso Especial nº 43.070/1994 do Superior Tribunal de Justiça<sup>32</sup>, que afirma capacidade processual de sócio para requerer em seu nome bem em poder de outro sócio, sem que a sociedade em questão tenha se personificado.

<sup>26</sup> Art. 990 Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

<sup>27</sup> Ressalve-se entendimento divergente da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgado em que se afirmou que, mesmo que os herdeiros houvessem dado continuidade aos negócios do falecido, eles não poderiam ser responsabilizados pelas dívidas do *de cujus*, considerando a ausência de bens herdados. (Processo n.º 1003629-05.2019.8.26.0032 – Relator Desembargador Correa Lima).

<sup>28</sup> A possibilidade de reconhecimento de existência de fundações em comum, nas hipóteses acima destacadas, preserva a vontade do testador e valoriza a sua autonomia privada.

<sup>29</sup> SACCO, Rodolfo. Sulla società di fatto. *Rivista di diritto civile*, Pádova, v. XLI, n. 1, p. 59-70, jan./fev., 1995.

<sup>30</sup> SANTOS-PINTO, Rafael dos. Sociedade de fato e os defeitos e incompletudes do contrato societário. *De Facto Society And Incompleteness*. In: *Social Contracts. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2018, vol. 10, n. 18, jan.-jun. p. 233 - 254.

<sup>31</sup> BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL DE FEDERAL (STF) Recurso Extraordinário (RE) nº 31.402, 1956.

<sup>32</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial (REsp) nº 43.070, 1994.

Ainda neste diapasão e voltando-se os olhos ao artigo 987 do Código Civil (que permite a terceiros provarem de qualquer modo a sociedade em comum, mas aos sócios só pela forma escrita), pareceria bastante, para fins de caracterização de fundação testamentária de fato o próprio testamento, ainda que manifestações seguintes do inventariante, com prestações de contas, por exemplo, excedam tal requisito legal para reconhecer em desfavor dos herdeiros atos “fundacionais” (de fato), com ônus deles decorrentes.

Importante mencionar um princípio basilar em direito societário que poderia ser transposto, com os devidos ajustes, para o tema em estudo: o princípio da preservação da empresa<sup>33-34</sup>, a intuitivamente inspirar o “princípio da preservação das fundações”. Nestes termos, admitir a existência de fundações em comum, ainda que em caráter excepcional, privilegia a preservação das atividades fundacionais e a consecução de seus objetivos, em reconhecimento de sua relevância intrínseca para a sociedade.

E nas fundações despersonalizadas, como nas sociedades despersonalizadas, “todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais” (na letra do artigo 990 do Código Civil), sendo certo que os credores destas sociedades podem atacar diretamente o patrimônio do sócio que contratou em nome desta, respeitado o caráter subsidiário da responsabilidade dos demais sócios. Não é por acaso que Maria Helena Diniz (2003) afirma que:

Há, na sociedade em comum, responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais [...] Isto é assim porque os credores da sociedade são credores dos sócios [...], podendo acionar qualquer deles pelo débito todo.<sup>35</sup>

Daí porque, quando se trata de “fundação em comum” em sede de inventário judicial, as indicações para “cargos fundacionais”, se teoricamente irregulares, mas feitas prematuramente, somente encontrarão oposição da Provedoria em momento FUTURO, quando a fundação já constituída iniciar verdadeiramente sua atividade e estiver,

<sup>33</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *In: Curso de direito comercial: direito de empresa*, São Paulo, Saraiva: 2014, p. 79. Assim conceitua o princípio da preservação da empresa: “O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, ‘empresa’ é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (‘empresário’) nem com o lugar em que explorada (‘estabelecimento empresarial’). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento. E complementa: “O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito”.

<sup>34</sup> Inclusive, o Enunciado 615 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao dispor sobre a possibilidade das associações civis poderem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão, representa a adoção do princípio da preservação da pessoa jurídica, conferindo a viabilidade de sua manutenção, ainda que com roupagem distinta. (Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Consultado em: 06 out. 2021).

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

pois, submetida a vedações normativas. Se, por exemplo, parentes consanguíneos de até terceiro grau do inventariante integrarem “cargos” (irreais, fictícios) do ente ainda inexistente e que algum dia talvez se transforme em fundação, nada pode opor a Curadoria de Fundações.

Se não há dívida que não venha a ser honrada pelo espólio e se ninguém a isto se opõe (o que, enquanto herdeiro necessário, seria legítimo para defesa da integralidade de seu quinhão), é louvável. Em caso contrário, a remoção do inventariante é medida que se alvitra ou minimamente, para ressalva de responsabilização, seja impugnado o funcionamento da fundação em comum, na forma dos artigos 642 e 643 do Código de Processo Civil<sup>36</sup>.

Relembre-se que, consoante ali disposto, antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis, que, se não impugnadas pelas partes, implicarão a separação de bens suficientes para o pagamento. Se, todavia, não houver a concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será o pedido remetido às vias ordinárias, com reserva, em poder do inventariante, de bens suficientes para pagar o credor, quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação. É dizer: na hipótese de silêncio complacente dos herdeiros e demais legatários sobre dívidas contraídas pela fundação de fato, habilita-se crédito em desfavor daquele que contraiu a dívida e, subsidiariamente, em relação aos demais herdeiros<sup>37</sup>.

Não por outra, assente na jurisprudência pátria que quedam responsáveis o espólio e os sucessores do executado pelas dívidas fiscais contraídas após o falecimento do autor da titular do negócio a que se deu continuidade<sup>38</sup>. E o mesmo haverá de

<sup>36</sup> Art. 642 Antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis. § 1º A petição, acompanhada de prova literal da dívida, será distribuída por dependência e atuada em apenso aos autos do processo de inventário. § 2º Concordando as partes com o pedido, o juiz, ao declarar habilitado o credor, mandará que se faça a separação de dinheiro ou, em sua falta, de bens suficientes para o pagamento. § 3º Separados os bens, tantos quantos forem necessários para o pagamento dos credores habilitados, o juiz mandará aliená-los, observando-se as disposições deste Código relativas à expropriação. § 4º Se o credor requerer que, em vez de dinheiro, lhe sejam adjudicados, para o seu pagamento, os bens já reservados, o juiz deferir-lhe-á o pedido, concordando todas as partes. § 5º Os donatários serão chamados a pronunciar-se sobre a aprovação das dívidas, sempre que haja possibilidade de resultar delas a redução das liberalidades. Art. 643 Não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será o pedido remetido às vias ordinárias. Parágrafo único. O juiz mandará, porém, reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para pagar o credor quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação.

<sup>37</sup> Emprego, por analogia, do artigo 990, já transcrito.

<sup>38</sup> Vide por todos o seguinte precedente: “AC 0025674-16.2014.404.9999 RS 0025674-16.2014.404.9999. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Julgamento 24 de Março de 2015 - D.E. 06/04/2015. Relator: CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA INDIVIDUAL. AJUIZAMENTO CONTRA DEVEDOR JÁ FALECIDO. CONTINUIDADE DOS NEGÓCIOS DA EMPRESA APÓS O FALECIMENTO DO TITULAR. EMPRESA DE FATO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INVENTÁRIO. AUSÊNCIA. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO. ART. 1.797 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Se, a época do ajuizamento da ação, o executado já havia falecido, a ação de execução deve ser proposta contra o espólio ou, nas hipóteses de ausência de abertura de inventário ou de encerramento deste, diretamente contra os sucessores do executado. 2. Ainda que ausente notícia de abertura de inventário, deve ser incluído no

se dar em relação às dívidas de outras naturezas contraídas pelo espólio por sua fundação de fato.

#### **4. Conclusões**

Em apertada síntese, conclui-se, portanto, que:

- A fundação instituída por testamento não é criada imediatamente após o cumprimento do testamento, mas apenas quando da partilha, após a qual a viabilidade financeira poderá ser realmente analisada;
- Nos casos de fundação instituída por testamento, a adoção da partilha testamentária, com fulcro no artigo 2.018, CC, respalda a afetação de bens livres por meio de dotação patrimonial pelo testador, eis que pressupõe o respeito à legítima dos herdeiros necessários;
- A fundação testamentária projetada não é legatária nem herdeira e, portanto, não se lhe garante posse (indireta ou direta, respectivamente) de bens legados ou herdados, quando do falecimento do testador, mas somente depois de efetivamente criada;
- É possível ser judicialmente autorizada, na forma do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil, a criação antecipada da fundação, cuja constituição dependerá ainda de ser levada a registro junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas seu estatuto, desde que previamente aprovado pelo MP;

Em não havendo expressa autorização judicial e mantida (ou iniciada precocemente) a atividade altruísta, em espelho ao da fundação projetada, cuidar-se-á de fundação em comum contra a qual deverão os herdeiros se opor expressamente, sob pena de seu patrimônio pessoal responder por dívidas contraídas para além da força da herança.

Em out. 2021

---

polo passivo, desde logo, o espólio do devedor, cuja representação recairá numa das pessoas elencadas no artigo 1.797 do Código Civil. 3. Os fatos geradores do crédito tributário são do período de 2009 a 2010, sendo que o falecimento do titular da firma individual ocorreu em 2008, portanto há fortes indícios que a empresa continuou em funcionamento. 4. Neste caso específico, com o falecimento do titular da firma individual e continuidade dos negócios da empresa, temos uma “empresa de fato”, assim, também deve ser incluído no polo passivo do feito executivo quem de “fato” está gerindo os negócios, devendo responder pelos débitos oriundos após o falecimento do titular da empresa. 5. Sentença reformada para normal prosseguimento do feito executivo.”