

Dissolução, liquidação e extinção de Fundações de direito privado e a obrigatoriedade de (sempre) se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta

José Marinho Paulo Junior*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundações e bens: um binômio desde a gênese da entidade. 3. Extinção fundacional judicial em fases: da dissolução e da liquidação à efetiva extinção. 3.1. Das etapas prévias à efetiva extinção fundacional judicial. 3.1.1. Da dissolução. 3.1.2. Da liquidação: rito, nomeação de liquidante e destinação de bens. 3.1.3. Da extinção. 4. A plena utilidade da indicação de destinatária de bens remanescentes. 5. Conclusão.

Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a obrigatoriedade ou não de se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta, ainda quando, ao tempo de seu encerramento, nada houver. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Bevilácqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de escolha da beneficiária. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de extinção judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de indicação de receptora de direitos até então titularizados, ainda que potenciais, futuros ou litigados, pela entidade extinta. Conclui que, nesta hipótese, a lógica sistemática impõe seja indicada beneficiária, mesmo quando inexistentes ou desconhecidos bens fundacionais.

Abstract

This article aims to assess through bibliographic review if should be assigned a right recipient of the dissolved foundation even when the latter has no known possession. Under the light of Clovis Bevilacqua's foundation-as-a-group-of-rights theory as a scientific reference, the research does not try to establish any criteria to define the former. The study is justified by the need of comprehension of the enforceability of the Brazilian Law, as well as defining if must be assigned the recipient potential or under litigation rights held by

* Promotor de Justiça Titular da 1ª Provedoria de Fundações da Capital/RJ. Pós-Doutorando (IVIG-COPPE/UFRJ). Doutor em Direito (UNESA). Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Mediação e Negociação pelo *Justice Institute of British Columbia* (Canadá).

the dissolved foundation. The article concludes that, on account of systematic logic, a recipient should always be assigned in this case.

Palavras-chave: Fundação de direito privado. Extinção. Destinatária de bens remanescentes.

Keywords: Foundations. Dissolution. Recipient of possessions.

1. Introdução

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a obrigatoriedade ou não de se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta, ainda quando, ao tempo de seu encerramento, nada houver. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Beviláccqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de escolha da beneficiária. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de extinção judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de indicação de receptora de direitos antes titularizados, ainda que potencialmente ou litigados, pela entidade extinta.

2. Fundações e bens: um binômio desde a gênese da entidade

Prima facie, constata-se o tratamento sucinto (e algo precário) dado pelo Código Civil à matéria fundacional.¹ É, pois, singela e lacunosa a base normativa a partir da

¹ 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. Velar 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

qual se tece a presente análise.²

De toda sorte, relembre-se aqui a lição de Masagão (1945)³ de que “a instituição da fundação [...] visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar esses bens em 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),⁴ 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 a fundação como “um fundo em ação.”⁵ E daí porque uma fundação sem bens deve ser extinta, na forma do artigo 69 do Código Civil.⁶

Tal *vexata quaestio* leva à 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).⁷

Nas palavras de Azevedo,⁸ 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

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.

² 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).

³ MASAGÃO, Mário. Fundações criadas por testamento. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, p. 40, 70-76. Recuperado de: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66040>. Consulta em: 17 ago. 2021.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. Fundações Públicas e suas limitações. *Revista Adusp*. São Paulo, jul. 1995, p. 16.

⁵ GUASQUE, Luiz Fabião. *Manual das ONGs e das Fundações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 141.

⁶ 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.

⁷ Já acima transcrito.

⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

artigo 1923 do Código Civil⁹⁻¹⁰, 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)¹¹

Fosse diferente, haveria o absurdo de instituidor insolvente pretender formar uma fundação sem lhe garantir bens, sendo suficiente o desejo quicá 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,¹² 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.

Noutras palavras, parece razoável interpretar-se o Código Civil no sentido de que a fundação instituída por testamento¹³ – 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,

⁹ 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.

¹⁰ 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).

¹¹ 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. 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 éle 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).

¹² 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 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.”

¹³ Sobre tal, aliás, vide: *Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição* (coautoria com Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto – *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 82 – out./nov. 2021).

nos moldes delineados pelo artigo 2018,¹⁴ preservados, por óbvio, a legítima dos herdeiros necessários,¹⁵ nos moldes determinados pelo Código Civil.

3. Extinção fundacional judicial em fases: da dissolução e da liquidação à efetiva extinção

O artigo 69, do Código Civil, prevê que se a finalidade a que visa o ente fundacional tornar-se “ilícita, impossível ou inútil” ou se o prazo da existência dessa instituição estiver vencido, o órgão do Ministério Público promoverá a respectiva extinção. Reitera o artigo 1204 do Código de Processo Civil que o Ministério Público irá promover a extinção da fundação quando se tornar o seu objeto, for impossível a sua manutenção ou se vencer o prazo de sua existência.

Nesse sentido, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Resolução GPGJ n.º 68/1979 disciplina a atuação da Promotoria de Justiça de Fundações, cabendo a esta a fiscalização e velamento das Fundações Privadas, requerendo as providências administrativas ou judiciais que entender pertinentes. Notadamente sobre a extinção fundacional, seu artigo 69 expressamente estabelece:

Art. 69 - Sendo dever dos administradores de fundações empregar seu esforço, capacidade e diligência na gestão das mesmas, de modo a obter a consecução dos fins da entidade, a extinção dessa só poderá ter lugar nos casos expressamente previstos em lei, a saber: I - tornar-se ilícito ou impossível o objeto da instituição; II - for nociva ou impossível sua manutenção; III - vencer-se o prazo de sua existência ou haver o implemento de condição resolutiva.

Posteriormente, foi publicada a Resolução GPGJ n.º 1.887/2013, cujo artigo 6º, IX, impõe o ajuizamento de ação de extinção da fundação sempre que a entidade estiver inativa e não puder ser reabilitada ou quando não estiver cumprindo suas finalidades, bem como nas demais hipóteses previstas em lei.

A drástica medida judicial busca salvaguardar direitos de terceiros e, bem mais, o próprio espírito altruísta com que foi instituída (eis que bens remanescentes são destinados a fundações congêneres), impedindo, outrossim, que, em desvirtuamento de sua própria natureza, seja utilizada indevidamente no manejo de verba pública ou na promoção política de indivíduos desvinculados de suas finalidades estatutárias. Enfim, preserva-se, em visão panorâmica, a imagem de todas as Fundações enquanto meios de consecução do interesse social.

¹⁴ Art. 2018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

¹⁵ Art. 1857. 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.

3.1. Das etapas prévias à efetiva extinção fundacional judicial

Vencida a configuração da possibilidade de extinção, é preciso considerar que a morte jurídica da entidade não se dá por ato único, mas sim, por etapas, sobretudo porque se faz mister garantir a destinação adequada de eventual patrimônio remanescente. Nesse aspecto, é possível sintetizar o procedimento em três fases sucessivas, quais sejam: dissolução, liquidação e, por fim, efetiva extinção.

3.1.1. Da dissolução

O processo de conhecimento para extinção de fundações de direito privado culmina em sentença usualmente denominada como “extintiva” (não de mérito, mas do ente fundacional) – o que põe em erro muitos operadores, eis que tal decisão cognitiva final, em verdade, apenas dissolve o ente fundacional, mas *ainda não* o extingue. A fundação alvejada pela sentença passa a se denominar, justamente por ainda não estar extinta, como “fundação em extinção”. Sua fatídica extinção somente ocorrerá após a liquidação, como adiante explicitado. Assim dispõe o Código Civil:

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução. § 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. § 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

Pelo interesse social envolvido na matéria, aliado à existência de inúmeros credores ainda não identificados, é preciso garantir por outros meios a publicidade do feito – o que se faz com a publicação de edital para ciência de terceiros interessados, para que, posteriormente e na fase de liquidação, possam habilitar seus créditos. De igual forma, a fim de evitar lesão aos credores, é importante que seja registrado no Cartório de Registro Civil, Títulos e Documentos e das Pessoas Jurídicas a averbação da dissolução/encerramentos das atividades da Fundação, nos termos do art. 51, § 1º, do Código Civil.

3.1.2. Da liquidação: rito, nomeação de liquidante e destinação de bens

A extinção da fundação é imperativa da supressão da personalidade jurídica, que a tornará insuscetível de contrair novos direitos e obrigações. Entrementes, remanesce, em muitos casos, seu patrimônio, carecedor de liquidação.

No tocante ao procedimento a ser adotado quando da liquidação do patrimônio, por força do citado art. 51 do Código Civil, em específico seu § 2º, devem-se seguir,

em regra, as orientações legais dispostas no art. 1.102¹⁶ e seguintes daquele texto legal, porquanto atinentes à liquidação da sociedade.

Ressalva-se, no entanto, a singular hipótese de condição de insolvência em que se encontrar o ente fundacional, quando mais apropriada a aplicação das normas atinentes à execução por quantia certa de devedor insolvente, do antigo Código de Processo Civil, previstas em seus arts. 748 e subsequentes, em sua forma combinada com o art. 1.052 do Novo Código de Processo Civil,¹⁷ que, por sua vez, dispõe serem aplicáveis as normativas do antigo código às execuções em curso ou que venham a ser propostas até a edição de lei específica.

Preciso considerar também que o art. 51, § 2º, do Código Civil possibilitaria a aplicação da Lei n. 11.101/05 e, conseqüentemente, o procedimento de falência. Malgrado a autorização legislativa, quer parecer que o processo executivo e, mais ainda, o concurso de credores civil,¹⁸ que se instaura a partir da declaração de insolvência, possuem um caráter mais adequado ao perfil desta *actio*, especialmente porque as fundações em nada se confundem com sociedades empresárias, mesmo sendo evidente que, conquanto não possam ser sujeitas à falência, certo é que poderão ser findadas por motivo de insolvência civil.

Não fosse isso o suficiente, haveria de se considerar que o regramento do Código de Processo Civil é de sobremodo mais simplificado e, por conseguinte, mais célere, condições que melhor atenderão ao delicado quadro da Fundação insolvente.

Contudo, há de se adotar uma cautela: caso no decorrer da liquidação entenda-se que há fato não abrangido pela lei civil ou por ela não bem contemplado, urgirá a aplicação subsidiária da Lei de Falências, a fim de minimizar prejuízos aos credores, mas, sobretudo, a fim de atender o interesse social incidente na causa. Coaduna-se com o entendimento a orientação de Grazioli e Rafael (2013),¹⁹ em casos tais, deverá ser formado quadro geral de credores:

[...] Os credores devem habilitar seus créditos na liquidação, visando à elaboração, pelo liquidante, do quadro geral de credores, dentro das respectivas ordens de preferência para pagamento. Ao final, nos limites do montante do patrimônio, receberão seus créditos, na íntegra ou parcialmente, quando inexistentes bens suficientes para suportar todo o débito.

¹⁶ Art. 1.102. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução.

¹⁷ Art. 1.052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

¹⁸ Art. 751. A declaração de insolvência do devedor produz: I - o vencimento antecipado das suas dívidas; II - a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os atuais, quer os adquiridos no curso do processo; III - a execução por concurso universal dos seus credores.

¹⁹ GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. *Fundações Privadas: doutrina e prática*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Importa notar que somente – e tão somente – se o liquidante nomeado a partir da dissolução verificar que a entidade é solvente, poder-se-á seguir apenas o rito dos arts. 1.102 e seguintes do Código Civil. Alternativa esta que, por cautela, somente deverá ser adotada mediante parecer favorável daquele profissional, após cumprimento de suas obrigações iniciais.

Adiante, nesta fase deve, em regra, ser nomeado liquidante, tanto sob a égide dos arts. 1.102 e seguintes do Código Civil, quanto do art. 763 do Código de Processo Civil de 1973. Exercerá suas atribuições com o respaldo do Juiz, deverá ser nomeado com observância à capacidade técnica de desempenhar as atividades de liquidação.

Nesse ponto, entende-se inaplicável a orientação do art. 761, inciso I, do antigo Código de Processo Civil.²⁰ A uma, porque, ao se determinar a dissolução, ainda não se terá ciência de todos os credores, verificação que caberá ao próprio liquidante. Depois, porque, por se tratar de entidade de interesse social, necessário que sua administração caiba à pessoa totalmente desvinculada de interesses pessoais que certamente incidiriam em caso de nomeação de um credor. Salutar seja nomeada pessoa que possua notório conhecimento jurídico e contábil, imprescindíveis no caso dos autos.

Por fim, é de se aduzir brevemente sobre a alienação dos bens.

Ao tratar da forma de instituição das fundações, dispõe o art. 62 do Código Civil que “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.” A sistemática estabelecida por lei para a estruturação de entidades desse tipo é reflexo da própria essência da fundação, entendida como um acervo de bens ao qual a lei atribui a faculdade de agir no mundo jurídico, para realização das finalidades visadas pelo instituidor, de cunho social. Com efeito, “[...] não é possível instituir uma fundação sem que haja um patrimônio para tanto, ainda que a ideia da pessoa que a queira instituir seja magnífica, de cunho verdadeiramente altruísta.” (GRAZZIOLI; RAFAEL, 2013, p. 89)²¹

Há, portanto, na essência das fundações, a ideia de se atribuir ao aspecto patrimonial relevância significativa, com regramento que confere ao seu acervo de bens maior proteção e a seus atos de gestão maior controle por órgão público por meio, entre outros, da subordinação de eventuais vendas imobiliárias ao crivo do Ministério Público e do Judiciário e da obrigação de periodicamente prestar contas. Como velador constitucional das fundações, o *Parquet* tem o dever diuturno de garantir a proteção desses bens, que são, em regra, inalienáveis.

Evidentemente, a inalienabilidade dos bens não é absoluta, porque, como ressalvam os citados autores, no decurso do tempo, com a alteração da realidade fática, pode se fazer necessária a venda dos bens, com o objetivo de remanejar ativos.

²⁰ Art. 761. Na sentença, que declarar a insolvência, o juiz: I - nomeará, dentre os maiores credores, um administrador da massa; [...].

²¹ GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. *Fundações Privadas: doutrina e prática*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A liquidação para extinção da Fundação e a clara necessidade de quitação dos débitos, ainda que parcial, é impositiva da necessidade de alienação de seus bens. Em condições ideais, a venda seria feita a partir de deliberação interna do instituto fundacional, mediante autorização judicial, com intervenção necessária do Ministério Público. Tais acompanhamentos serão necessariamente feitos, porquanto judicializada a liquidação. Nesse aspecto, quando se chegar à fase de venda dos bens, quer seja em alienação pelo liquidante, quer seja em procedimento de insolvência civil, importa que o negócio jurídico seja feito sob o crivo do Judiciário e do Ministério Público, garantindo-se que seja dada prioridade para aquisição dos bens por entidade, empresa ou semelhante, que tenha finalidade compatível com o interesse social da Fundação extinta. É que se falhou a Fundação, tendo se tornado impossível sua manutenção, deve-se, ainda que minimamente, tentar resguardar ou mesmo reavivar o interesse social que motivou seus instituidores a fazê-lo.

3.1.3. Da extinção

Encerrada a liquidação, quedará, enfim, extinta a fundação – o que, portanto, deverá ser comunicado ao pertinente Registro Nacional de Pessoas Jurídicas, para baixa definitiva, na forma do § 3º do artigo 51 do Código Civil. Extinta a fundação, já antes destinados seus bens remanescentes a outrem, findo estará o processo.

4. A plena utilidade da indicação de destinatária de bens remanescentes

Sofismática – mas não incomum – a assertiva de que não há utilidade de se explicitar a beneficiária de bens, quando inexistentes ou em litígio.

O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis Falimentares, de Liquidações Extrajudiciais, das Fundações e do Terceiro Setor do Ministério Público do Estado do Paraná, assim se manifestou no sentido de, em não havendo patrimônio remanescente, ser desnecessária a destinação de bens, relembrando consultas prévias na mesma direção:

Logo, compulsando os autos, verifica-se que o patrimônio da entidade é inexpressivo e tampouco foi integralizado na ocasião da dotação inicial, conforme expressamente alegado às fls. 03/04 e 54. Nesse passo, em não havendo patrimônio remanescente, torna-se sem efeito o disposto no artigo 24, do Estatuto da *Fundação*, considerando-se desnecessária a destinação. [...] (HOFFMANN, Eliane Maria Penteado de Carvalho. *Procedimento Administrativo n. MPPR-0046.12.006355-0*). [Destacou-se.] [...]

Igualmente, comprovou-se que o valor do empréstimo realizado em nome da *Fundação* referia-se a financiamento contraído junto à empresa SIEMENS e, por consequência, sua inadimplência ensejou a

retomada do bem através de ação judicial (fls. 55/57). Logo, em não havendo patrimônio remanescente, torna-se sem efeito o disposto nos artigos 54, parágrafo único e 55, do Estatuto da Fundação, considerando-se desnecessária a destinação. [...] (HOFFMANN, Eliane Maria Penteadó de Carvalho. *Procedimento Administrativo n. MPPR-0046.11.003799-4*). [Destacou-se.]²²

Tal entendimento, vale lembrar, encontra por vezes ressonância junto ao Poder Judiciário.²³ É, todavia, com todas as vênias, equivocado tal entendimento.

A uma, a simples indicação de beneficiária não translada evidentemente titularidade de qualquer bem – mas qualifica a indicada para que persiga, judicial ou extrajudicialmente, o direito que suponha ter. Tudo e apenas isto.

A duas, desconsidera que, afóra os bens conhecidos, há hipóteses de bens desconhecidos. Não é incomum a descoberta de bens fundacionais após a extinção da entidade e a baixa definitiva do processo em que isto se deu. Não é inusitado o reconhecimento de indébitos fiscais em favor de contribuintes (fundações, inclusive) anos após o encerramento do processo de extinção. Ninguém se surpreende quando uma ação qualquer em curso acaba, tempos depois, em garantir créditos em prol da fundação extinta. Não é sequer novidade uma fundação vir a ser agraciada por doações das mais diversas ou testamentos (evidentemente, se não caducos)²⁴ – o que, tantas e tantas vezes, se dão décadas após o instrumento respectivo ser lavrado.

²² Disponível em: <https://silo.tips/download/centro-de-apoio-operacional-das-promotorias-de-justia-civeis-falimentares-de-liq-7>. Consulta em: 06 dez. 2022.

²³ Consulte-se, *exempli gratia*, o processo n.º 0329068-21.2017.8.19.0001 em trâmite junto à 46ª Vara Cível da Comarca da Capital, quando a magistrada assim se manifestou: “Indica o Ministério Público a FUNDAÇÃO ORQUESTRA SINFÔNICA BRASILEIRA – FOSEB, CNPJ n.º 33.659.327/0001-29, situada na Avenida Rio Branco, n.º 135, salas 915 a 920, Rio de Janeiro/RJ, para receber como seu o imóvel situado na Rua Pereira da Silva n.º 322, antigo 100, em Laranjeiras, Rio de Janeiro/RJ (matrícula n.º 198.476). Ocorre que o referido imóvel encontra-se registrado junto ao 9º Ofício de Registro de Imóveis (fls. 854/862) em nome do Liceu Literário Português, conforme alienação realizada no dia 17 de agosto de 2011, através de contrato de compra e venda, pelo preço de R\$ 195.000,00. Alega o Ministério Público que, não só o preço pago foi vil, como a venda do bem imóvel da Fundação Portugal ao seu instituidor, realizada sem a prévia apreciação ministerial, violou o disposto no art. 34, XII, c, da Lei Complementar n.º 106/2003 e constitui, ao menos, flagrante vício de forma previsto no art. 166, IV e V, do Código Civil. Entende o Ministério Público ser perfeitamente viável o desfazimento do supracitado negócio jurídico, em razão dos diversos vícios apontados. Todavia, o registro do bem junto ao RGI faz certa a propriedade do imóvel. Destarte, o domínio do referido imóvel (Rua Pereira da Silva, 322, antigo 100, Laranjeiras, RJ) pertence ao Liceu Literário Português, enquanto não desfeito o negócio jurídico que lhe deu causa. De seu turno, o desfazimento do negócio jurídico que deu causa à aquisição de tal domínio deve ocorrer pela via jurisdicional própria, garantindo-se ao atual proprietário (Liceu Literário Português) a ampla defesa e o contraditório, não podendo ser analisada, nem julgada, em caráter incidental, na presente ação. Destarte, enquanto o referido bem permanecer na seara da propriedade de terceiros que não a Fundação Portugal, descabe ao Ministério Público indicar sua transferência a terceiros nestes autos. Providenciada, e porventura obtida, a anulação daquele negócio jurídico, fazendo retornar o bem à propriedade da Fundação Portugal, aí sim poderá o *Parquet* indicá-lo à instituição que julgar mais adequada a recebê-lo. Não havendo por ora bens da Fundação Portugal a indicar, dê-se baixa e arquite-se. Dê-se ciência a todos.” (IE 972). Disponível em: <http://tjrj.jus.br>. Consulta em: 07 dez. 2022.

²⁴ Vide SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ESPECIAL. *Herdeiros, sucessores e a legitimidade para discutir ações relacionadas ao falecido*. (Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalg/Paginas/Comunicacao/>

A três, a utilidade da destinação de bens remanescentes permite ao indicado litigar judicialmente na busca de direitos potencialmente titularizados. A legitimação ativa do beneficiário em perseguir judicialmente por si só já aconselharia garantir-se a indicação em testilha, retirando dos ombros do Estado o patrocínio de causas complexas, longevas e que, em última análise, reverteriam para cofres particulares (ainda que com fins sociais).

A quatro, em homenagem ao primado da eficiência, nada justifica se resista à indicação de beneficiária para, na hipótese de descoberta de bens, impor-se o desarquivamento dos autos para suprir a omissão. Mais eficiente, por evidente, de pronto indicar, descomplicando o rito em favor de todos os atores.

A cinco, a literalidade do artigo 69 do Código Civil, já acima transcrito, impõe ao juiz o dever de extinta a fundação, designar eventual beneficiária (se silente o estatuto), não facultando ao magistrado optar se e quando fazê-lo.

Por fim, recorde-se precedente da Provedoria de Fundações da capital fluminense, quando, em sede de extinção administrativa (extrajudicial, portanto), exigiu, ainda quando desconhecidos bens ou alegadamente inexistente patrimônio, fosse sempre indicada, na falta de previsão estatutária, a destinatária de eventuais bens fundacionais. Consulte-se procedimento administrativo MPRJ n.º 2018.00958458, referente à extinção da Fundação George Zinovetz)²⁵ – o que, em deferência judicial à atividade reguladora especializada performada pelo MP, merece ser encampado pelo Poder Judiciário.²⁶

Adrede, deferência judicial não deve ser simplesmente uma cortesia interinstitucional, mas sim consequência natural de atuação especializada. Argueles e Leal (2011)²⁷ aduzem que as capacidades institucionais se referem às habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico. Nesse sentido, a interpretação da instituição que possui mais expertise sobre o tema é qualitativamente superior a outras e deve encontrar deferência por estas.²⁸

Em *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC*, a Suprema Corte americana cunhou histórica fórmula de autorrestrrição judicial para os casos de controle de interpretações por autoridades administrativas. Em uma abordagem analítica, em um primeiro passo, deve ser a disposição legislativa clara sobre o assunto; no segundo passo, em caso de

Noticias/21112021-Herdeiros--sucessores-e-a-legitimidade-para-discutir-acoes-relacionadas-ao-falecido.aspx. Consulta em: 06 dez. 2022).

²⁵ Disponível para consulta no acervo físico das Provedorias de Fundações da capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

²⁶ Neste diapasão, tenha-se, aliás, tese de doutoramento em que se sustentou ser o Ministério Público também uma agência reguladora quando no velamento de fundações de direito privado e que, na esteira da doutrina *Skidmore*, deve receber deferência judicial. PAULO JUNIOR, José Marinho. *Do Ministério Público enquanto Meta (Agência) Reguladora Reflexiva Fundacional*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2021.

²⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 40, jan./jun. 2011.

²⁸ VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ambiguidade ou lacuna, deve ser examinada a razoabilidade da linha interpretativa adotada pela Administração, enfatizada a natureza política de suas decisões. É mesmo aceitável mudança de entendimento administrativo, desde que fornecida explicação adequadamente fundamentada e não ocorra durante um litígio judicial. A Doutrina Chevron foi o teste binário posto à prova no caso *Mead (United States v. Mead Corporation, 533 US 213,232 - 2001)*, quando não se esclareceu adequadamente como resolver a identificação da intenção legislativa, quando tal emento volitivo haveria de ser extraído de uma Casa composta por 535 membros. Em casos tais, cunhou-se a deferência *Skidmore*: observa-se o entendimento das autoridades administrativas com experiência no assunto.²⁹ Entendeu ainda a *Supreme Court* estadunidense que a deferência Chevron não teria aplicabilidade em casos de interpretação de leis criminais (*Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149-58 – 10 Cir, 2016*). Em suma, tal qual sustenta Juan Carlos Benalcázar Guerrón,³⁰ em consonância com os parâmetros das Doutrinas Chevron e Skidmore, observa-se o entendimento escudado na experiência institucional consolidada no assunto.

5. Conclusão

Em apertada síntese, conclui-se, portanto, que a lógica sistemática impõe seja sempre indicada beneficiária de fundação extinta, mesmo quando inexistentes ou desconhecidos bens fundacionais.

Em jan. 2023

²⁹ BINICHESCKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

³⁰ GUERRÓN, Juan Carlos Benalcázar. El derecho de participación ciudadana en la administración pública. In *Derecho administrativo*. (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo) / Diego Valadés, coordinador general; Daniel Márquez Gómez, coordinador. Primera edición. México: El Colegio Nacional: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.