

O exercício de atividades econômicas pelas fundações de direito privado e a aplicação do instituto da falência a estas entidades.

*Kátia Maria Araújo de Oliveira**

Sumário: 1 Introdução 2 Fundação e o exercício de atividade econômica 3 Falência, conceito 4 Aplicação do instituto da falência a fundação de direito privado 5 Legitimidade do Ministério Público para requerer a falência de entidade fundacional 6 Conclusão. Referências.

Resumo: As fundações, no mundo jurídico, constituem-se em entidades de direito privado, que se caracterizam por constituírem um patrimônio voltado para a realização de atividades sociais. O maior credor das fundações é a própria sociedade a quem o patrimônio fundacional pertence. A falência, por outro lado, é requerida pelos credores das entidades que praticam atividades econômicas, e como o Ministério Público é o representante da sociedade, defende-se a legitimidade do Ministério Público para requerer a falência de fundações de direito privado, provada a prática de atividades econômicas, com objetivo de lucro, por estas entidades.

Palavras-chave: Fundações, Falência, Sociedade, Ministério Público

1 Introdução

Após longo estudo do instituto da falência, bem como das fundações de direito privado, observa-se que existem elos a ligar os dois institutos. As fundações são instituídas com o objetivo de realizar atividades no setor da saúde, da educação, da pesquisa, assistencial de um modo geral, substituindo o Estado que, muitas vezes, apresenta-se lento e burocrata demais, incapaz de acompanhar a evolução científica, tecnológica e até mesmo social do dias atuais.

* Promotora de Justiça titular da Promotoria de Fundações e Massas Falidas. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, e em Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas.

As fundações de direito privado prestam uma serviço a sociedade. E esta sociedade constitui-se em uma das, senão a maior, credora das entidades fundacionais.

A falência, por seu lado, foi instituto criado para proteger os credores da empresa que se encontra em estado de insolvência, incapaz de honrar com seus compromissos, é instituto criado, inclusive, para proteger o sistema econômico de toda uma sociedade que pode ser abalado com a falência de empresas de grande porte, o que ocorreu com a crise econômica que hoje o mundo enfrenta.

O que se procura demonstrar neste estudo é que, se uma fundação de direito privado exerce atividade econômica como seu objetivo maior, enfrenta os riscos desta atividade, podendo ser requerida sua falência, e como a sociedade, representada pelo Ministério Público é uma das credoras da entidade fundacional estaria o órgão ministerial legitimado a requerer a falência da fundação insolvente.

2 Fundação e o exercício da atividade econômica

Como já amplamente estudado, fundação constitui-se em um patrimônio direcionado para um fim, porém este patrimônio não pode permanecer “inerte” durante a existência da entidade. Foge aos fundamentos da sociedade moderna uma fundação que sobreviva de donativos (em especial no Brasil, onde os possuidores de grandes fortunas são aversos a atividades filantrópicas), ou de subvenções públicas. O patrimônio necessita ser capitalizado para reverter em benefício da entidade e no cumprimento de seus objetivos.

A visão de fundação dos séculos passados, como uma entidade que serve apenas para atividades voltadas para a caridade, sobrevivendo de donativos, é ultrapassada. As entidades do Terceiro Setor dos dias atuais devem exercer suas

atividades de uma forma profissional, ou seja, administradas e gerenciadas por pessoas com capacidade e qualificação para assim agir. Elas atuam em uma sociedade que é marcada pela economia de mercado, onde a competição pelos recursos é agressiva.

As fundações privadas surgiram do espírito caritativo dos seus instituidores, e substituem o Estado, procurando garantir os direitos fundamentais do cidadão. Porém estas entidades têm que se adaptar a uma nova sociedade, não podem continuar isoladas, com seu patrimônio estagnado, enquanto as forças de mercado agem com rapidez cada vez maior.

Assim, não se vislumbra qualquer impedimento ao exercício de atividade econômica por uma fundação, e esta atividade econômica aqui mencionada pode ser conceituada como

ato de produção de bens, mercadorias e serviços para satisfação de necessidades materiais da sociedade. Pode ser verificada a realização econômica no setor agrícola, industrial, comercial, pesqueiro, prestação de serviços (médicos, advogados, professores) e demais atividades que tenham por essência a produção.¹

A atividade econômica no entanto, deve ser um meio para alcançar um fim, que é a finalidade da entidade, estabelecida no seu estatuto social e na escritura pública de instituição. A respeito veja-se a manifestação de Gustavo Saad

o que se verifica como quadro sintomático, entretanto, é a existência de fundações com finalidades garantidas pela dinâmica do próprio patrimônio e dos estatutos, que lhes permitem trabalhar o pecúlio e reverter o produto desse trabalho para os fins a que se propõem. Há fundações, ao revés, que têm suas atividades auxiliadas economicamente por meros participantes pessoa físicas

¹ DINIZ, Gustavo Saad. Direito das fundações privadas - teoria geral e exercício de atividades econômicas. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006, p.512.

ou jurídicas que contribuem com donativos. Fundações outras sobrevivem através de subvenções públicas, que necessariamente se revertem ao cumprimento da finalidade. Em todas elas se verifica que o patrimônio, estático, não seria capaz de alcançar os escopos previstos pelo instituidor. Os fins não lucrativos, inerentes às fundações, não afastam a possibilidade de que a entidade preste serviços remunerados, desde que sirvam para trabalhar economicamente o patrimônio e se reverter ao cumprimento dos escopos sociais determinados, sem descaracterizar a fundação.²

3 Falência - Conceito

Falência representa a situação judicial de um empresário que não paga, no vencimento, obrigação líquida constante de título executivo, ou que pratica um dos chamados “atos de falência”.

O instituto da falência é instituto de ordem pública, o direito falimentar, por suas regras específicas, procura assegurar igualdade entre os credores da mesma classe, já que o patrimônio do devedor é a garantia geral dos credores. Por outro lado, o direito falimentar objetiva, concretamente, a eliminação das empresas inviáveis, já que podem causar perturbações no mercado, perturbações que refletem em vários setores da sociedade.

Para o mestre Rubens Requião, falência é *solução judicial da situação jurídica do devedor-comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida* ³Segundo Jorge Lobo, derivada do verbo *fallere*, que significava faltar ou enganar, a falência vem a ser

um instituto, comumente de natureza processual, que tem por escopo a realização de um processo coletivo de liquidação forçada, com apreensão e venda de bens do

2 DINIZ, op. cit., p. 519-520.

3 REQUIÃO, Rubens, Curso de direito falimentar, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

falido, para repartir seu produto, proporcionalmente,
em benefício de todos os credores⁴

Três são os principais sistemas falimentares, ensina Silva Pacheco: o latino, o alemão e o inglês. O latino despontou nas cidades italianas da Idade Média, passando á França nos séculos XVII e XVIII. Adotado, inicialmente, pelos comerciantes de Lyon, deu origem ao Código Napoleônico e Comercial de 1807. Traduzia-se em um processo coletivo de execução, que além das cidades italianas de Florença, Veneza, Milão e Gênova, foi de enorme influência no direito francês, face o intenso comércio que cidades francesas mantinham com os pólos mercantis italianos.

O alemão caracteriza-se pela influência, no século XVIII de Francisco Salgado de Somoza, com a obra *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem comunem*, que admitia tanto a falência de comerciantes como de não comerciantes. Até 1º de janeiro de 1999, vigoravam na Alemanha duas legislações distintas de direito falimentar: o Regulamento Falimentar de 1877 (*Konkursordnung*), aplicado na antiga Alemanha e o *Gesamtvollstreckungsordnung*, vigente nos novos Estados da Alemanha. Atualmente, existe uma legislação nova em todo o território alemão, a Lei de Introdução ao Regulamento de Insolvência.

O inglês, vem desde o Estatuto de Henrique VIII sobre devedores em fraude e, de início, não fazia distinção entre comerciantes e não comerciantes. Disciplinado atualmente no *Insolvency Act*, que entrou em vigor em 1986, o direito inglês estabelece procedimentos separados para pessoas físicas (*bankruptcy for natural persons*) e pessoas jurídicas (*winding-up for companies*).

O sistema brasileiro, a princípio, seguiu o modelo latino, porém com a chamado globalização, para acompanhar as demais legislações, passou a alcançar o devedor civil (Novo Código Civil,

⁴ LOBO, Jorge, Da recuperação da empresa no direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992.

artigo 966), e com base nesta nova sociedade, surgiu a novel legislação falimentar, a Lei 11.101/05.

A Lei 11.101, no artigo 2º estabelece que seus institutos não serão aplicados a empresas públicas, ou sociedades de economia mista, a instituição financeira pública ou privada, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência á saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas as anteriores.

Assim é possível verificar que nem todo exercente de atividade econômica empresarial encontra-se sujeito a novel legislação falimentar. Também é possível verificar que as fundações não estão inseridas no rol das entidades a que não se aplica a lei de falência. Portanto, resta a indagação: se uma fundação de direito privado exerce atividade econômica, será atingida pelo disposto na Lei 11.101/05?

4 Aplicação do instituto da falência a fundação de direito privado

A nova lei falimentar encontra-se fundamentada na Teoria de Empresa, onde considera-se sujeito das normas de direito empresarial, ou seja, empresário, todo aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços (CC. Art. 966).

Assim, a caracterização do empresário se dá em razão da forma pela qual ele explora a sua atividade. Se a pessoa física ou jurídica atuar visando o lucro e organizando os fatores de produção, será considerado empresário.

Ulhoa em sua obra entende que para

sujeitar-se à falência é necessário explorar atividade econômica de forma empresarial. Disso resulta que não se submetem à execução concursal, de um lado,

quem não explora atividade econômica nenhuma e, de outro, quem o faz sem empresarialidade. Quem não produz nem faz circular bens ou serviços, nunca terá sua falência decretada, nem poderá beneficiar-se de qualquer tipo de recuperação judicial ou extrajudicial. É o caso, por exemplo, da associação, da fundação, etc.⁵

No magistério do mesmo autor, a atividade empresarial é econômica pois busca gerar lucro para quem a explora, porém este lucro pode ser objeto-fim da atividade, ou apenas um meio de alcançar outros fins, justamente onde se enquadram as fundações que exercem atividade econômica, utilizando o resultado para o alcance de seu objetivo maior.

O mesmo doutrinador ensina que existem quatro atividades econômicas, porém com características não-empresariais, cujos exercentes não podem ser conceituados com empresários e, portanto, não podem falir. São elas:

A primeira atividade econômica não-empresarial a considerar é a explorada por quem não se enquadra no conceito legal de empresário. Se alguém presta serviço diretamente, mas não organiza uma empresa, mesmo que o faça profissionalmente, ele não é empresário e o seu regime não será o de Direito Comercial.

(...)

Quanto aos exercentes de profissão intelectual, importa destacar que eles não se consideram empresários por força do disposto no parágrafo único do artigo 966 do CC.

(...)

Os profissionais intelectuais exploram, portanto, atividades econômicas não sujeita ao Direito Comercial. Entre eles se encontram os profissionais liberais (advogado, médico, dentista, arquiteto, etc) cujo serviço é intrinsecamente ligado à própria pessoa do prestador e independe de estrutura organizada para dar-lhe suporte.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 196-197.

(...)

Já o empresário rural, se o exercente requerer a inscrição na Junta Comercial, será considerado empresário, e submeter-se-á as normas de Direito Comercial. É o agronegócio. Caso, porém, o exercente de atividade econômica rural não requeira a inscrição nor registro do comércio, não será considerado empresário e seu regime será o do Direito Civil.

(...)

Finalmente, em relação as cooperativas, elas são consideradas sociedade simples, e não se submetem ao Direito Comercial⁶.

Observe-se que nesta relação não aparecem as entidades fundacionais que exercem atividades econômicas como fim em si mesmo.

Já outros doutrinadores, em especial Dario Peixoto citado por Sabo Paes, classificam as associações e fundações em autônomas ou dependentes e independentes e assim fundamentam sua classificação:

As associações civis e fundações que chamo de dependentes são em maior número e, geralmente, são constituídas para serem, por toda a sua vida, dependentes de recursos que elas mesmas não geram. O esforço inicial de constituição via de regra se resume, no caso das associações civis, à escolha de um local que sirva de sede social e, em casos extremos (mas nem tanto incomuns), à compra de uma pasta ou classificador, na livraria mais próxima, para servir de abrigo ao estatuto, após o registro constitutivo. E, no caso das fundações, à destinação de um patrimônio que, por si só, representa apenas uma fonte potencial, mais não concreta, de recursos. Normalmente, não desenvolvem atividades econômicas em caráter permanente, e sobrevivem de raras subvenções advindas de emendas parlamentares aos orçamentos públicos, de doações de particulares (em desuso desde o século passado) ou mesmo de convênios celebrados com a Administração

⁶ COELHO, op. cit. p. 14-18.

Direta, esses, quase sempre derivados de programas de iniciativa pública e não delas próprias, e que apenas a usam como ponte entre a ação do Estado e o benefício final ao cidadão comum.

Já as associações civis e fundações que denomino de economicamente autônomas, ao contrário, se revestem, desde o início de suas atividades, de forças econômicas suficientes a si mesmas. Sejam pequenas ou grandes essas forças econômicas geralmente bastam para o sustento e crescimento de suas atividades.⁷

Logo, segundo os citados juristas, face o princípio da liberdade de associação, da liberdade de empresa, da livre iniciativa, é possível o exercício de atividade econômica por fundação, ou associação, porém revertido o lucro obtido para o devido fim. Traduzindo, seria aplicação do princípio da reversão dos lucros da atividade econômica para a realização dos fins fundacionais.

No entanto, provado o desvio de finalidade, ou seja, provado que o lucro não retorna para a entidade, cabe a constituição do estado falimentar, se presentes os demais requisitos da novel legislação.

5 Legitimidade do Ministério Público para requerer falência de entidade fundacional

A nova lei falimentar prevê quem pode requerer a falência do devedor, e, entre eles, qualquer credor. Aliás, o credor é o maior interessado no pedido de quebra, pois busca receber o que lhe é devido.

Se o credor não for empresário e estiver domiciliado no Brasil, ele possui legitimidade ativa para o pedido de falência, sem maiores documentações. Entre as exigências para a decretação da quebra estão os atos de falência, tais como a

⁷ Dário Peixoto apud José Eduardo Sabo Paes. Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 137-138.

liquidação precipitada, negócio simulado, alienação irregular de estabelecimento, abandono de estabelecimento empresarial, entre outros.

Portanto, em síntese, os maiores interessados na decretação da falência são os credores, e sabe-se que as fundações são constituídas para prestar serviços a sociedade, sendo esta sociedade um dos credores, senão o maior, da entidade.

Estando esta entidade fundacional em situação de insolvência, e caracterizado o exercício de atividade econômica como fim em si mesmo, encontra-se o Ministério Público legitimado a requerer a falência desta fundação, por ser o representante da sociedade, credora da entidade, bem como a esta entidade deverão ser aplicados os princípios da lei falimentar.

Na dicção de Sabo Paes

Conclui-se, assim, que, primeiro, por não haver vedação legal expressa no texto da lei para que as associações e fundações sejam abrangidas pela nova lei de falência e, segundo, por realizarem essas entidades atividade social-empresarial que faz uso dos mesmos meios econômicos que são comuns às empresas, terceiro, apesar de não realizarem exploração de atividade econômica empresarial em sentido estrito realizam atividades econômicas de maior importância social, é perfeitamente compatível ampliar-se o âmbito de incidência da nova lei de falências para permitir-se sua aplicação às associações civis e fundações de direito privado que atuam autonomamente.⁸

Acompanhando o posicionamento acima, no magistério de Saad

A exceção á regra é a admissão da declaração-constituição do estado falimentar em caso de desvio de finalidade, com utilização da pessoa jurídica fundacional

8 PAES, op. cit., p. 439-440.

para servir de anteparo para a atividade econômica, transformada de meio para fim. Aplicar-se-ia, então, o mesmo tratamento de sociedade de fato (RTJ 62/194 e TTJ 65/226). dependendo do caso e comprovada a fraude, os administradores poderão sofrer os efeitos e impedimentos prescritos pela legislação falimentar.⁹

Portanto, em determinadas circunstâncias o Ministério Público constitui-se em parte legítima para requerer a falência de fundações de direito privado.

6 Conclusão

Assim, existindo a possibilidade de falência de fundação de direito privado, provado que a entidade exerce atividade econômica não como meio para alcançar um fim, mais como fim em si mesmo, o que caracterizaria desvio de finalidade. E, por outro lado, constituindo-se em parte legítima para requerer falência os credores e sendo a sociedade, representada pelo Ministério Público, um dos credores, senão o maior, das fundações de direito privado, legitimado a requerimento de falência de fundação de direito privado pelo membro do Ministério Público com atribuição para fiscalizar e zelar pelas entidades fundacionais.

Abstract: The non-profit organizations, in the legal world, are known as private Law entities that constitutes a heritage with the goal of social activities. The largest creditor of the foundations is the society itself, to whom the foundation assets belongs. The bankruptcy, moreover, is required by creditors of the entities that practice economic activities and as the prosecutor represents the society, the article defends the legitimacy of the prosecutors to file for the bankruptcy of these private law entities.

Keywords: Foundations, Bankruptcy, Society, Prosecutor

⁹ DINIZ, Gustavo Saad. Direito das Fundações Privadas – teoria geral e exercício de atividades econômicas. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006

Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 2. ed. Rev. - São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das Fundações Privadas – teoria geral e exercício de atividades econômicas*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

LOBO, Jorge. *Da recuperação da Empresa no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.