

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Iviã A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Editorial: Karla Capelas

Produção Editorial

Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Assistentes Documentais: Beatriz Biella Martins e Karen de Almeida Carneiro

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativa: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Leonardo, Rodrigo Xavier

Associações sem fins econômicos / Rodrigo Xavier Leonardo. – São Paulo :
Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ISBN 978-85-203-5568-8

1. Associações sem fins lucrativos 2. Direito tributário 3. Isenção tributária 4.
Terceiro setor I. Título.

14-09470

CDU-34:336.2

Índices para catálogo sistemático: 1. Associações sem fins econômicos : Direito tributário
34:336.2)

ASSOCIAÇÕES
SEM FINS
ECONÔMICOS

RODRIGO XAVIER LEONARDO

ASSOCIAÇÕES SEM FINS ECONÔMICOS

- As associações no Código Civil: existência, validade e eficácia;
- O novo marco regulatório das Ongs (Lei 13.019/2014), as Organizações sociais e as OSCIPS; e
- A tributação das associações e o direito fundamental de associação.

THOMSON REUTERS
**REVISTA DO
TRIBUNALIS™**

Ocorre que, com tamanha amplitude de poderes para que se decida registrar ou não os atos constitutivos de uma associação por um oficial registral, caso a existência da entidade ficasse dependente deste ato estatal, o resultado seria, de um lado, a vedação à constituição de muitas associações, segundo critérios aplicados por um funcionário do Poder Executivo e, de outro, a destinação a um *limbo jurídico* para as entidades que ousassem funcionar sem o registro.

Sobre o assunto, cite-se o caso reproduzido em ensaio doutrinário pelo Juiz Décio Antônio Arpen, no qual a Associação de defesa dos direitos e pró-anistia dos atingidos por atos institucionais teve recusada a inscrição de seus atos constitutivos em razão da consideração, feita pelo oficial do cartório do registro especial de Porto Alegre, que os fins políticos declarados não seriam compatíveis com a estrutura associativa, numa evidente censura política à associação.¹⁰¹

Uma leitura conforme a Constituição Federal e, além disso, compatível com o contexto da terceira passagem, permite sustentar a inconstitucionalidade do art. 115 da Lei 6.015/1973.

Para além da inconstitucionalidade do art. 115 da Lei 6.015/1973, é importante frisar uma correta interpretação ao art. 45 do CC brasileiro: o registro dos estatutos não confere *existência* à associação sem fins econômicos. O registro dos estatutos amplia a *eficácia* das associações sem fins econômicos, atribuindo-lhe os efeitos próprios às pessoas jurídicas.

Considerando a opção dogmática do legislador em fazer depender a personificação das associações ao prévio registro dos seus estatutos, para que a liberdade de associação não seja violada, pelo menos tal como plasmada na Constituição Federal, mostra-se necessário esvaziar o ato do oficial de registros públicos de qualquer controle substancial sobre a entidade que se pretende criar.

Melhor seria reconhecer, dentro da pluralidade de organizações aptas a agregar a eficácia da personificação, diversos níveis de controle pelo Estado, verificando-se no polo das associações sem fins econômicos, necessariamente, uma maior abrangência da liberdade.

101. ERPEN, Décio Antonio. Do registro das associações com fins políticos. *Ajuris*, ano VII, vol. 18, p. 38-42, mar. 1980.

CAPÍTULO VII

A ESTRUTURA DA ASSOCIAÇÃO SEM FINS ECONÔMICOS E O DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE ASSOCIATIVA

Neste capítulo procuraremos desenvolver a associação sem fins econômicos em perspectiva, ou seja, abordar estas entidades nas diversas dimensões de seu desenvolvimento, desde a constituição até a sua eventual extinção.

Abordaremos, também, os mecanismos para atuação das associações na vida em sociedade, algumas das mais importantes qualificações que elas podem receber e o regime jurídico de responsabilidade aplicável aos seus dirigentes, inclusive no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica.

7.1 A constituição das associações: a assembleia de constituição

A assembleia de constituição é a solenidade na qual os primeiros associados se reúnem para discutir, deliberar e decidir a constituição da associação, sua estruturação original e a eleição de sua direção e seus representantes.¹

Pela complexidade das decisões que devem ser tomadas nessa oportunidade, é usual que os associados promotores realizem debates prévios a respeito de cada um desses temas para guardar o momento da assembleia apenas para a formalização de tais decisões.

Obviamente esse procedimento diz respeito às associações que formalizam sua constituição por um ato escrito. Conforme defendido no Capítulo VI, ainda que isso não seja comum, não há qualquer vedação à constituição verbal de uma associação (quando o negócio jurídico associativo se dá independentemente da formalização em instrumento).²

1. Retratando o modo mais comum para a constituição de associações em sentido estrito, Manuel Vilar de Macedo explica: "Para que uma associação possa ser constituída, é necessário que haja um acordo de vontades entre as pessoas singulares que a pretendem constituir; esse acordo, obtido em assembleia geral de constituição, na presença dos constituintes, deve ser consubstanciado numa acta lavrada no respectivo livro: é o chamado *acto constitutivo*" (MACEDO, Manuel Vilar de. *As associações no direito civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 41).
2. A respeito da possibilidade de constituição verbal de associações, já decidiu o Tribunal de Palermo, na Itália: "L'atto costitutivo di una associazione non riconosciuta può

Cabe lembrar, também, que o ato constitutivo das associações não se confunde com a aprovação dos estatutos, ainda que usualmente ambos sejam realizados simultaneamente.

Ressalte-se que nos casos de negócios jurídicos associativos verbais haverá dificuldades probatórias da constituição da associação e o insuperável impedimento de registro e personificação da entidade.

No ato constitutivo, após a abertura da solenidade, deve ser nomeado um presidente, que deverá dirigir e encaminhar todos os trabalhos, e um secretário que deverá reduzir a termo as decisões nela tomadas.

Os itens abaixo indicados, que reproduzem o que usualmente se passa em uma assembleia dessa espécie, devem constar da respectiva ata da solenidade:

- a) a data e a hora de abertura dos trabalhos;
- b) a indicação e a eleição de um presidente para a assembleia e um secretário, com a qualificação de ambos (nome completo, profissão, inscrição no Registro Geral (RG), inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e endereço;
- c) a lista de presença dos associados, com sua qualificação (nome completo, profissão, inscrição no Registro Geral (RG), inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou Jurídicas, conforme o caso (CPF ou CNPJ) e endereço. No caso das pessoas jurídicas, os representantes ou representantes que se manifestarão na assembleia também devem ser devidamente qualificados;
- d) a identificação do objetivo da assembleia (a constituição da associação sem fins econômicos, a deliberação e a aprovação dos estatutos, a nomeação da diretoria etc.);
- e) a decisão dos associados sobre a constituição da associação;
- f) a discussão e a deliberação sobre os estatutos;
- g) a nomeação das pessoas que integrarão os órgãos previstos nos estatutos;
- h) a indicação da(s) pessoa(s) que serão competentes para ultimar as providências para atuar junto aos registros públicos e junto aos órgãos da receita para a obtenção do CNPJ.
- i) a assinatura de todos que participaram da realização do ato. Os estatutos podem ser reproduzidos no texto da ata da assembleia de constituição da associação ou podem ser juntados em anexo.

essere concluso anche oralmente, bastando che più soggetti manifestino la volontà di svolgere in forma stabile un'attività di comune interesse e di dotarsi a questo fine di un ordinamento interno, di una organizzazione e di mezzi patrimoniali" (Trib. Palermo, 01.02.1985 *Apud* GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, I Comitati*. 2. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 172).

7.2 Os estatutos

O conjunto de regras e princípios fundamentais para a estruturação, a organização e a disciplina de uma associação usualmente é fixado nos "estatutos".

Os estatutos, portanto, organizam as decisões associativas mais importantes sobre o estabelecimento e o funcionamento da associação e, numa analogia à organização política estatal, representariam a "Constituição" de uma associação.

O estatuto integra o usual processo para a constituição de uma associação sem fins econômicos. Uma vez que os associados originários decidem constituir a associação, mostra-se necessário fixar os componentes indispensáveis para a estruturação da entidade – em especial mediante a definição dos órgãos de deliberação, administração, fiscalização e apresentação –, além da fixação de regras básicas ao funcionamento da entidade, tais como o estabelecimento de sua sede, dos critérios de adesão e exclusão dos associados etc.

Os estatutos normalmente são concluídos durante a assembleia constitutiva de que tratamos no item anterior. A decisão assemblear de constituição da associação e adoção dos estatutos compõe o negócio jurídico organizativo, de que tratamos em perspectiva teórica no Capítulo IV.

Pelos aportes de direito comparado,³ pode-se afirmar que normalmente a disciplina dos estatutos se dá por um conjunto de disposições preceptivas, ou seja, que obrigatoriamente devem ser observadas na constituição de uma associação, ao lado de um vasto conteúdo facultativo, mediante o qual se desenham as particularidades e se estabelece a identidade da associação a ser constituída.

Nos próximos itens serão apresentados os conteúdos de observação cogente na redação dos estatutos das associações, segundo disciplina do Código Civil, e algum conteúdo facultativo que, por ser socialmente típico, já permite uma exposição organizada neste livro.

7.2.1 A disciplina dos estatutos no Código Civil brasileiro

O art. 54 do CC/2002 apresenta um rol mínimo de disposições que os estatutos devem conter, sob pena de nulidade deste instrumento: a) a denominação, os fins e a sede da associação (inc. I); b) os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados (inc. II); c) os direitos e os deveres dos associados (inc. III); d) as fontes de recursos para sua manutenção (inc. IV); e) o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos (inc. V); f) as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução (inc. VI); g) a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas (inc. VII).

3. Nesse sentido, seguimos CROVI, Luis Daniel. *Fundaciones: régimen jurídico y actuación empresarial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 111.

Trataremos, adiante, de cada um destes pontos:

a) a denominação da associação (art. 54, I, CC)

Como sujeito de direito apto a ser qualificado como *pessoa jurídica*, toda a associação deve ter uma denominação, um nome pelo qual possa se identificar e ser identificada.

O termo denominação associativa, em correspondência ao termo *denominação social*, que é utilizado para as sociedades, indica a possibilidade de utilização de um signo de identificação da entidade independente do nome dos associados originários, inclusive pela adoção de elementos de fantasia.⁴

Há um direito subjetivo dos associados promotores de fixar o nome da associação, que deve ser exercido com a observação de alguns princípios:

i) o princípio da veracidade: o nome da associação deve guardar pertinência com a estrutura e a função da entidade.

Não seria possível, por exemplo, que uma associação sem fins econômicos utilizasse em sua denominação termos que digam respeito a outras figuras, tais como uma *fundação* ou uma sociedade limitada. A prática, no entanto, tem permitido a utilização dos substantivos “instituto” e “organização não governamental (ONG)”.

É comum que associações se utilizem da denominação instituto, como, por exemplo, o “Instituto Fernando Henrique Cardoso”, destinado à reserva da memória daquele ex-presidente ou o “Instituto José Richa”, voltado para a memória daquele ex-governador do Estado do Paraná. Não obstante a utilização do termo “instituto”, trata-se de entidades organizadas como associações sem fins econômicos.

Ainda em atendimento ao princípio da veracidade, se o nome indicar a finalidade da associação, deve-se guardar estrita pertinência com os fins para ela indicados nos estatutos. Não seria possível, por exemplo, que uma Associação nominada para proteção da terceira idade tivesse como finalidade o incentivo ao esporte de crianças.

ii) o princípio da incolumidade do nome alheio: o direito subjetivo de escolha do nome de uma associação não poderá violar o direito ao nome de outra pessoa.

Se a associação pretender utilizar o nome de um particular, por exemplo, é absolutamente indispensável a sua prévia autorização.⁵ Do mesmo modo, não se admite a adoção de nomes de associação idênticos ao de outras entidades que se

4. GRAU-KUNTZ, Karin. *Do nome das pessoas jurídicas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 32.

5. TAMBURRINO, op. cit., p. 190.

6. RODRIGUEZ, Karine. *Le droit des associations: les règles générales*. Paris: L'Harmattan, 2004. p. 38.

destinem ao mesmo fim. Alguns autores denominam esta diretiva de princípio da novidade.⁷

Nas sociedades empresárias, para se evitar a coincidências de nomes empresariais, sugere-se, antes da constituição de uma sociedade empresária, a consulta à Junta Comercial em que o contrato social será registrado, a consulta ao INPI (para avaliação de marcas, no site www.inpi.gov.br) e a pesquisa pelo uso de domínio na internet, no sítio do Registro de Domínios para Internet no Brasil (registro.br, sem digitação antecedente do www).

A disciplina da denominação da associação, no entanto, não se confunde com a disciplina do nome comercial, em especial pela faceta da proteção concorrencial que esta última ostenta. Conforme sustenta Karin Grau-Kuntz, em críticas a decisões judiciais que demonstram a confusão entre a denominação de associações e o nome comercial: “as fundações e as associações tem seus nomes protegidos em caráter exclusivo pelo simples fato destes sinais reportarem a suas identidades”.⁸

Uma vez que o nome seja atribuído à associação, esta passa a titularizar todas as posições jurídicas decorrentes deste direito de personalidade, reconhecido às pessoas jurídicas em moldes análogos ao ser humano (art. 52, CC), tanto em sua vertente patrimonial quanto em sua vertente extrapatrimonial.

b) Os fins da associação

Os estatutos devem esclarecer as finalidades para as quais a associação foi constituída. Trata-se de cláusula de suma importância, pois a delimitação das finalidades servirá como sustentáculo para inúmeras possíveis atividades associativas como, por exemplo, a legitimidade para a propositura de ações coletivas, a possibilidade de qualificação como OSCIPS, como entidades de utilidade pública etc.

Conforme antes ressaltado, ao contrário do que se sucede com as sociedades, que se identificam por seu *objeto*, as associações se configuram a partir das finalidades, do seu escopo.

A identificação dessas finalidades, ainda, servirá para eventual avaliação da conduta dos órgãos da associação, inclusive no aspecto patológico de eventual atuação com excesso de poder ou em *ultra vires*.

As associações apenas podem perseguir finalidades não econômicas, o que não impede a associação de eventualmente desenvolver atividades lucrativas. Pede-se

7. “(...) a denominação de uma associação deve ser nova, não sendo de admitir coincidência com outra denominação previamente existente (...)” (MACEDO, Manuel Vilar de. *As associações no direito civil*. Coimbra Ed., 2007. p. 41).

8. GRAU-KUNTZ, op. cit., p. 32.

permissão para remeter o leitor ao Capítulo VI, oportunidade na qual o assunto já foi tratado com minudência (item VI.II.I.III).

c) *A sede da associação (art. 54, I, CC)*

A determinação de uma sede da associação, ou seja, de um endereço, de um lugar fixo em que a entidade se estabeleça e possa ser encontrada é indispensável para que se possa constituir um autêntico sujeito de direito.

Trata-se de uma consequência, em direito brasileiro, do chamado *principio da cogência do domicílio*,⁹ ainda que o termo domicílio não seja apropriado para as pessoas jurídicas, vez que sua origem etimológica remete à noção de *domus*.

Nada impede que além da sede principal da associação, tal como indicado nos estatutos, sejam abertas outras sedes para o desenvolvimento das atividades associativas.

A determinação da sede da associação tem reflexos práticos importantes, em especial para o cumprimento de obrigações, fixação de eventuais deveres tributários e o recebimento de intimações e citações judiciais.

Sobre a sede da pessoa jurídica merece atenção o texto da Súm. 363 do STF: "pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência, ou estabelecimento, em que se praticou o ato".

d) *Os requisitos para a admissão e exclusão dos associados:*

O negócio jurídico plurilateral permite a adesão de novos participantes ao longo de sua execução. Uma vez que a associação sem fins econômicos é uma entidade de *direito privado*, verifica-se um amplo campo de liberdade para que se moldem diferentes mecanismos de adesão de novos associados e exclusão de membros (desde que observados os princípios da legalidade e do devido processo legal, dentre outros). Essas regras, por sua vez, projetarão a característica mais aberta ou mais fechada da associação, inclusive no que diz respeito à transmissibilidade da posição de associado, nos termos do art. 56 do CC: "A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário".

A fixação de regras claras e precisas a respeito da admissão e exclusão dos associados é capaz de evitar um enorme número de conflitos que podem surgir ao longo do desenvolvimento de uma associação.

9. Sobre o princípio da cogência do domicílio, segundo o qual todos têm domicílio, ainda o que leva vida errante, o que não tem nem mesmo residência, nem morada (art. 73 do CC). cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado* cit., t. I, p. 255-259. Há um interessante caso a respeito de um circo itinerante, que o então Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo decidiu pela citação no local em que foi encontrado (1.º TAC-SP, 7.ª Câm., Ag 552.776-4. Rel. Juiz Carlos Renato, j. 06.02.1996. Apud. NERY JUNIOR, ANDRADE NERY. *Código civil anotado* cit., p. 261).

Se uma associação admite automaticamente como associado o cônjuge, a mesma regra será aplicável aos companheiros? Numa associação de Mestres em Engenharia, profissionais titulados em outros países cujo o diploma não é reconhecido no Brasil podem ser admitidos?

Esses são singelos exemplos que demonstram a necessidade de um extremo cuidado nas cláusulas de admissão e exclusão de associados.

Ainda que, em geral, não exista um direito subjetivo de terceiros para ingressar na associação (afirmação obviamente dependente do modelo associativo em concreto), as decisões de rejeição podem ensejar demandas judiciais indesejáveis.¹⁰

Nesse sentido, cabe esclarecer que "o direito fundamental de livre associação, em consonância com a natureza e a serventia dos agrupamentos formados para a realização de fins ideais, não econômicos, compreende não só o direito de auto-organização e autogoverno, como também o direito de adotar as providências necessárias ao asseguramento de sua própria existência, entre elas, a recusa de ingresso a quem a associação reputa não identificado com os fins do conglomerado ou inadequado às atividades tendentes à realização desses objetivos. Ou seja, o direito de associação supõe a admissão dos iguais e a recusa dos desiguais, em relação ao objeto da entidade".¹¹

A rejeição ao pedido de ingresso na associação não precisa ser motivada. São conhecidas as práticas dalgumas associações em que o voto de apenas um associado, por questões que podem ser até mesmo frívolas, já se mostram suficientes para se decidir pela interdição do acesso de um novo associado.

Sobre a exclusão dos associados, deve-se diferenciar as situações em que o próprio associado pede o desligamento e a exclusão em situações de expulsão pela associação.

O pedido de desligamento de um associado não guarda espaço para maiores discussões. Trata-se do exercício da liberdade de associação na perspectiva do poder de não permanecer associado a uma entidade que não mais lhe interessa.

Situação diversa se dá nas hipóteses de expulsão de um associado. Nesses casos, necessariamente deve-se observar o princípio do devido processo legal em sentido material. O esclarecimento dos critérios para imposição de sanções aos associados e, dentre elas, a medida de exclusão, é de singular importância.

Cabe ressaltar a determinação do art. 57 do CC de que "A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto".

10. GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute*. Bologna: Zanichelli, 1976. p. 156-157.

11. MONTEIRO, Raphael de Barros Filho et alli. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. t. I, p. 917.

O assunto foi desenvolvido no Capítulo V, item 5.3.2, razão pela qual remetemos o leitor às explicações ali desenvolvidas.

e) Os direitos e os deveres dos associados:

A relação que se estabelece entre a associação e o associado é de *pertinência*. O associado é investido num papel, numa situação jurídica peculiar que lhe confere direitos e lhe impõe deveres. Mais uma vez, tomando por base o pressuposto de que as associações sem fins econômicos ostentam natureza jurídica de direito privado, verifica-se um amplo espaço para modulação dos direitos e deveres pertinentes aos associados.

A disciplina estatutária a esse respeito confere aos associados autênticos direitos subjetivos, uma vez que, nos termos do art. 58 do CC: “Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto”.

f) As fontes de recurso para manutenção:

Para buscar as finalidades associativas, inevitavelmente, a associação terá despesas. Exige-se transparência dos associados ao constituir uma associação mediante a expressa indicação das prováveis fontes de recursos. Esta indicação, no entanto, pode ser meramente exemplificativa e de conteúdo bastante amplo (por exemplo, doações, prestações associativas etc.).

Nada impede, no entanto, que na cláusula a respeito das origens dos recursos para a manutenção de uma associação sejam esclarecidas algumas fontes de recursos que, por decisão dos associados promotores, sejam vedadas.

É absolutamente possível, por exemplo, uma associação de alunos que vede o recebimento de recursos provenientes de professores da instituição.

g) O modo de constituição e de funcionamento dos órgãos:

As associações não são dotadas de uma estrutura biopsíquica para tomar decisões. As decisões provêm de deliberações que são tomadas pelas pessoas humanas que integram os órgãos da associação.

Toda a associação, no mínimo, deve ter órgãos deliberativos, mediante os quais as decisões associativas são tomadas, e órgãos executivos, por meio dos quais as decisões são implementadas.

Em regra, os órgãos deliberativos são colegiais e têm sua formação dependente de convocações que necessitam observar requisitos formais e substanciais. As disposições a respeito do modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos permitirão critérios para se averiguar a formação de decisões associativas que, por consequência, servirão para diferenciar os atos associativos dos atos dos associados.

h) O modo de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas:

Costumam-se diferenciar os órgãos deliberativos, dotados de poder para a constituição das decisões da entidade, dos órgãos executivos, titulares da competência para agir externamente *presentando* a associação.

O poder para expor posições em nome da associação, o poder para a prática de atos jurídicos cotidianos à vida associativa, ao lado do poder para a prática de atos jurídicos extraordinários, e tantas outras previsões a respeito da atuação externa da associação (ou seja, perante a sociedade) devem ser objeto das cláusulas de gestão administrativa.

De igual modo, o art. 54 do CC/2002 aponta para a necessidade de um órgão fiscalizador das contas da associação. É fundamental, no entanto, que o órgão fiscalizador seja diverso do órgão executivo da entidade. Nada impede que a aprovação das respectivas contas, no entanto, se dê pelo órgão deliberativo, por exemplo.

i) Os critérios para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução:

A associação sem fins econômicos é um subtipo associativo que permite uma grande maleabilidade em sua estrutura. Mostra-se fundamental, no entanto, que os critérios para a alteração dos estatutos sejam pormenorizados.

Ao se versar sobre a alteração das disposições estatutárias mostra-se possível o estabelecimento de determinadas cláusulas que não poderão ser alteradas, sob pena de desconfiguração da associação, bem como cláusulas que fixem um quórum especial para tomada dessas decisões, mecanismos extraordinários para convocação dos associados, tudo isso para além do que foi estabelecido no art. 59.

De importância equivalente, ainda, são as cláusulas sobre a dissolução da associação. A desconstituição de uma associação é um momento delicado, uma vez que seu desenrolar pode confirmar ou infirmar a ausência de finalidades econômicas.

Mecanismos indiretos de distribuição do patrimônio aos associados, por exemplo, podem significar a distribuição de lucros. Para se evitar isso, o art. 61 do CC estabelece que o remanescente do patrimônio líquido da associação deve ser destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto e, na ausência desta determinação, mediante deliberação dos associados, a destinação deve se dar para instituição municipal, estadual ou federal de fins idênticos ou semelhantes. Este assunto será retomado ao final do capítulo.

7.2.2 As cláusulas socialmente típicas estatutárias

Conforme afirmado anteriormente, as disposições descritas no art. 54 do CC apresentam um conteúdo mínimo para a redação dos estatutos. A análise cotidiana de estatutos de associações, no entanto, permite dizer que existem inúmeras

cláusulas socialmente típicas nesses instrumentos, de grande importância para tais entidades.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, apresentam-se, adiante, algumas importantes cláusulas para estatutos de associações:

a) Cláusula de foro

Os estatutos podem designar o foro que irá apreciar os conflitos surgidos entre os associados que não encontrarem solução adequada pelos mecanismos internos à associação.

O estabelecimento de uma cláusula de foro nos estatutos, além de se fundamentar na autonomia privada que sustenta a própria constituição da entidade, encontra sustentação no art. 78 do CC e art. 111 do CPC.

b) Cláusula compromissória

A utilização da mediação e da arbitragem para tratar de conflitos que versam sobre direitos disponíveis é crescente no Brasil, sobretudo após a edição da Lei 9.307/1996, cuja constitucionalidade foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

A submissão de conflitos à arbitragem se dá mediante a chamada “convenção de arbitragem” que, por sua vez, pode se estabelecer por meio de cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral, nos termos do art. 3.º da Lei 9.307/1996: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendidos a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.¹²

Nas sociedades empresárias de evidente suporte contratual e, em especial, nas sociedades de responsabilidade limitada por cotas (arts. 1.052 a 1.086), a estipulação de cláusulas compromissórias nos contratos sociais já é dotada de tipicidade social por sua ampla utilização.

12. Pela cláusula compromissória, as partes se obrigam a submeter à arbitragem eventuais discordâncias e conflitos a respeito do contrato entre elas celebrado, nos termos do art. 4.º da Lei 9.307/1996: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. No compromisso arbitral, por sua vez, independentemente da existência de prévia cláusula compromissória, as partes se obrigam a submeter determinado litígio específico à arbitragem. Neste caso, mesmo matérias não contratuais, desde que de direito disponível, podem ser julgadas por arbitragem, nos termos do art. 9.º da Lei antes citada: “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

Ainda restam dúvidas sobre as possibilidades da utilização de cláusulas compromissórias em sociedades anônimas de capital aberto, em virtude da ampla circulação de ações e das peculiaridades para o ingresso nessas sociedades.

Nas associações sem fins econômicos é absolutamente possível a estipulação de cláusula compromissória nos estatutos e, por meio dela, a submissão à arbitragem dos conflitos havidos entre os associados.¹³

Os associados promotores, pela participação no momento da constituição da associação, e os subsequentes associados que vierem a ingressar nos quadros da entidade, por exercício da autonomia que lhes é garantia, podem aceitar submeter os conflitos decorrentes das relações associativas à arbitragem e à mediação.

No momento do ingresso de novos associados, conforme tratado no (Capítulo VI), deve-se solicitar uma expressa aceitação ao conteúdo do estatuto e do regimento interno em vigor. Essa aceitação englobará a submissão à cláusula compromissória.

Obviamente, caso a caso, deve-se averiguar a natureza dispositiva dos direitos envolvidos no conflito, pois apenas estes podem ser solucionados mediante os meios alternativos de solução de litígios aqui tratados.

c) A pluralidade de categorias de associados

Conforme ressaltado noutras oportunidades (Capítulo VI), o Código Civil de 2002 em sua redação original tratava das associações com um inadequado intervencionismo que, inclusive, suscitava dúvidas quanto à constitucionalidade de diversas regras.

Essa situação foi amenizada com o advento da Lei 11.127/2005 que promoveu inúmeras alterações na disciplina das associações, reduzindo as estipulações cogentes quanto à organização dessas entidades.

Não obstante isto, restou incólume o art. 55 do CC que impõe uma igualdade de direitos entre os associados “Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais”.

13. Cite-se, a esse respeito, WALD, Arnold. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 1, vol. II, p. 31-59, maio-ago. 2004; WALD, Arnold. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 4, vol. XII, jan.-mar. 2007. p. 12; MAKANT, Barbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, vol. IV, jan.-mar. 2005. p. 65; BATISTA MARTINS, Pedro. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil*, ano XLI, n. 126, p. 58-74, abr.-jun. 2002; PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil*, ano XLI, n. 126, p. 130-140, abr.-jun. 2002.

Não há nada que justifique esse dispositivo. As associações sem fins econômicos devem se organizar segundo o modelo escolhido pelos associados e sua estrutura não necessariamente será igualitária e democrática.

A igualdade e as práticas democráticas são adjetivos que podem ser atribuídos às associações ou não. Ao contrário de outras subespécies associativas em que a igualdade entre os integrantes é de sua essência, como no caso das cooperativas, dever-se-ia resguardar às associações o maior campo de liberdade possível para a sua configuração.

Ao estabelecer a igualdade de direitos entre os associados, o art. 54 do CC apresenta uma aparente contradição que pode ser a chave para uma hermenêutica adequada e conforme à constituição.

É que, ao final do dispositivo, a despeito de se exigir a igualdade entre os associados, possibilita-se ao estatuto “instituir categorias com vantagens especiais”.

Essas vantagens especiais não seriam direitos, ainda que tomado o termo em sentido amplíssimo?

Permite-se o estabelecimento de diversas categorias de associados nos estatutos, como, por exemplo, dos associados *fundadores*, dos associados *beneméritos*, dos associados *consultores* etc. Apenas internamente a cada uma das possíveis categorias de associados é que deve haver igualdade de direitos e de deveres. Parece-nos que é, nesse estreito sentido, que se encaminha a interpretação do art. 54 do CC.

Explica-se. Numa associação em que se diferenciam as categorias de associados *fundadores* e associados *aderentes*, é perfeitamente possível o estabelecimento de direitos e deveres desiguais entre estas duas categorias.

Seguindo o exemplo proposto, internamente à categoria dos associados *aderentes*, não se aceitaria a desigualdade de direitos e de deveres entre os associados.

Registre-se, por fim, que a possibilidade de classes de associados com prerrogativas não equivalentes foi um dos objetos de uma sequência de pareceres a respeito do Instituto Mackenzie.

No rol de pareceristas, emitidos em meados da década de 1960, figuram Pontes de Miranda, Miguel Reale, José Frederico Marques, Caio Mário da Silva Pereira, Orosimbo Nonato.¹⁴

14. REALE, Miguel; PONTES DE MIRANDA, F.C.; FREDERICO MARQUES, José; PEREIRA, Caio Mário da Silva; NONATO, Orosimbo. Associação civil. Direitos especiais de determinado associado. Direito de nomear e destituir a diretoria. Validade. Contratação dos diretores por órgão associativo. Faculdade deste de recusar nomeação pelo associado privilegiado. RT, vol. 61, n. 445, p. 12-59, nov. 1972.

Tal construção teórica, desenvolvida a partir de um problema prático envolvendo uma associação, nitidamente influenciou o dispositivo do Código Civil de 2002 sob comento.

d) O estabelecimento de cotas para associados

O parágrafo único ao art. 56 do CC, ao tratar da intransmissibilidade da posição de associado, menciona, em seu parágrafo único, a possibilidade de o associado ser titular de cota ou fração ideal do patrimônio da associação, nos seguintes termos: “se o associado for titular de cota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou a herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto”.

Em uma leitura mais imediata, a regra distingue a *posição patrimonial*, que uma pessoa pode titularizar perante uma associação, da *posição de membro* da associação. A distinção se dá justamente para fixar que a transmissibilidade daquela não enseja a transmissibilidade desta.

De qualquer modo, comunica-se a possibilidade de um associado, ao lado da posição de membro da associação, titularizar uma cota que represente algo do patrimônio da pessoa jurídica.

Isso, no entanto, não permite equivaler a noção de “cota” tal como ocorre nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada.

Pretende-se tratar das situações em que há cotização entre os associados para fazer frente a alguma despesa, investimento ou aquisição pela associação.

Conforme explica Barros Monteiro: “se a formação desse patrimônio ocorrer por essa forma, o estatuto deverá obrigatoriamente disciplinar a matéria. Com esse intuito, fará referência ao montante do patrimônio resultante da cotização, ao número de cotas ou frações, ao modo de identificação de seus titulares, à possibilidade de sua transferência, à possibilidade de sua restituição em momento anterior ao da dissolução do grupo, e a outros aspectos que, caso a caso, reclamem regulamentação”.¹⁵

O termo cota a que faz menção o art. 56 do CC, portanto, não pode equivaler à cota das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, tal como já explicado no Capítulo VI.

Nas cotas patrimoniais de associações não há medida de responsabilidade, nem tampouco, a partir delas, fixa-se a proporção do poder de decisão assemblear, conforme atenta Paulo Lôbo.¹⁶

15. BARROS MONTEIRO, op. cit., p. 998.

16. LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189.

Por meio dessas cotas, ainda, não se fixa o regime geral para desconstituição da associação, até mesmo porque elas podem dizer respeito apenas a aquisição deste o daquele bem destinado à associação.

A característica da ausência de fins econômicos, conforme tantas vezes ressaltado, deve prevalecer inclusive no momento da desconstituição da associação.

e) Cláusula de interpretação dos estatutos e dos casos omissos

O texto dos estatutos de uma associação, tal como qualquer o texto de um negócio jurídico assim expresso, é sujeito à interpretação. Aplicam-se, nesse aspecto, as regras do Código Civil a esse respeito (em especial os arts. 112 e 113).¹⁷

Também é comum verificar em estatutos uma cláusula para interpretação e também para integração em eventuais casos omissos. Tal cláusula pode, inclusive, conferir o poder para a interpretação e integração a determinado órgão da associação, a um conjunto de associados etc.

Cabe destacar que o caráter dinâmico, que é próprio às associações, não permite uma rigidez extrema entre o texto estatutário, que é uma fotografia do momento de constituição, e os inúmeros atos associativos que se sucedem no tempo.

Há que se observar a construção de uma progressiva interpretação do negócio jurídico associativo que surge das condutas cotidianas da associação e de seus associados.

Erasmus Valladão Azevedo e Novaes França, em parecer a respeito do tema, destaca a importância da reiterada conduta dos associados para a interpretação dos estatutos. Nas palavras do autor, “a regra segundo a qual a conduta das partes, no decorrer do relacionamento associativo, é um ‘guia infalível’ se aplica tanto à exegese de cláusulas contratuais quanto também de cláusulas estatutárias, cuja interpretação normalmente deve ser feita de forma objetiva”.¹⁸

Com efeito, a boa-fé objetiva, como critério para a interpretação e integração dos negócios jurídicos, nos termos do art. 113 do CC, representa uma importante válvula para que se tome em consideração a conduta dos associados para uma renovada compreensão dos estatutos: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Nesse sentido, Karsten Schmidt, citada por Novaes França, assevera: “O estatuto da entidade (*Verbandsverfassung*) mantém o seu conteúdo objetivo. Todos os

17. Sobre o assunto, conferir MARINO, Francisco Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

18. NOVAES FRANÇA, Erasmus Valladão Azevedo e. A conduta dos associados como regra de interpretação dos estatutos. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa* cit., p. 182.

membros (sócios), entretanto, devem se ater a um comportamento (ou costume) consentido (*einverständlich Übung*) e não podem, de acordo com a boa-fé, sem limites dele se afastar. (...) De ser estabelecido, porém, que a interpretação objetiva (‘normativa’) dos contratos sociais e estatutos não pode conduzir a uma rígida orientação da relação interna [entre os sócios] somente à letra do contrato ou estatuto”.¹⁹

A boa-fé objetiva e, a partir dela, a vedação ao comportamento contraditório, a *supressio*, a *surrectio* e outras figuras parcelares que são extraídas pela doutrina e pela jurisprudência dessa cláusula geral tem perfeita aplicação na interpretação e integração dos estatutos.²⁰

f) As cláusulas especiais das organizações da sociedade civil (Lei 13.019/2014)

Por meio da Lei 13.019/2014 foi apresentada uma específica definição das “organizações da sociedade civil”, assim consideradas determinadas pessoas jurídicas de direito privado que ostentariam características que lhe facultariam a celebração, com pessoas jurídicas de direito público, de contratos de fomento e de colaboração.

Segundo o regime jurídico apresentado por essa Lei, tratado com maior minúcia no item 7.11, essas pessoas jurídicas celebrariam contratos de parceria com o Poder Público em um regime diverso daquele conhecido na Lei de Licitações, na legislação dos convênios e, até mesmo, na legislação que trata das organizações sociais e das Oscips.

Na Lei 13.019/2014, um dos mecanismos de controle prévio à celebração dos contratos de colaboração e de fomento reside, justamente, em determinadas estipulações estatutárias foram consideradas indispensáveis para que a administração pública pudesse celebrar esses contratos.

Os requisitos estatutários, exigidos pela Lei 13.019/2014, encontram-se no art. 33, adiante exposto:

“Art. 33. Para poder celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por estatutos cujas normas disponham, expressamente, sobre:

I – objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;

19. SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. Apud NOVAES FRANÇA. Idem, p. 184.

20. Há farta bibliografia a respeito da boa-fé e das figuras parcelares que dela se extraem. Cite-se, v.g., MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. *Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011; TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 7. ed. São Paulo: Método; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado*, n. 27, p. 252-277. São Paulo: Ed. RT, 2006.

II – a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de atribuição para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas;

III – a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta;

IV – normas de prestação de contas sociais a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade, por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e demonstrações financeiras da entidade, incluídas as certidões negativas de débitos com a Previdência Social e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão.

Parágrafo único. Serão dispensados do atendimento ao disposto no inc. III do *caput* os serviços sociais autônomos destinatários de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários”.

7.3 O regimento interno

O regimento interno é uma disciplina normativa que as associações sem fins econômicos podem adotar para abordar questões mais específicas a respeito do cotidiano da entidade.

Trata-se, portanto, de regimento subordinado ao estatuto da associação que buscar descer às minúcias das atividades associativas, tal como, por exemplo, o horário de funcionamento da sede, comportamentos permitidos e vedados aos associados, os meios para o exercício dos direitos de associado etc.

Numa analogia às figuras legislativas, pode-se dizer que o regimento interno ocuparia papel similar às *resoluções* ante as Leis.

O poder para elaborar e modificar o regimento interno é definido nos estatutos, normalmente reservando-se tal prerrogativa à assembleia geral, com um quórum especial para a aprovação.

Justamente por tratar de aspectos mais particulares e naturalmente mutáveis, os critérios para a constituição, modificação ou extinção do regimento interno às associações deve ser mais flexível do que os critérios adotados, para os mesmos fins, em relação aos estatutos.

Uma disciplina demasiadamente rígida para a alteração do regimento interno pode dificultar adaptações que se mostrem necessárias e urgentes ao desenvolvimento da vida associativa.

7.4 As regras de transição no Código Civil de 2002: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do conflito de leis no tempo e as associações sem fins econômicos

A prática associativa antecede o Código Civil de 2002, ainda que, até então, inexistisse o desenho legislativo desse subtipo associativo.

Tal fato justifica um cuidado nas questões de direito intertemporal, em especial, no possível conflito ou incongruência entre associações constituídas anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002 e a disciplina imposta pela legislação superveniente.

O Código Civil de 2002 trata do assunto em suas disposições finais e transitórias, mais precisamente no art. 2.031, com a seguinte redação: “Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às organizações religiosas nem aos partidos políticos”.

Trata-se de regra que ostenta grande ambiguidade e imprecisão, explorada por dezenas de estudos que conduzem conclusões muito divergentes²¹ e, não raras

21. ALMEIDA, José Gabriel Assis de. É preciso adaptar as sociedades e as associações ao novo código civil? *Doutrina ADCOAS*, São Paulo, n. 8, p. 156, 2004.; ARONE, Ricardo. *Código civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.; BINENBOJM, Gustavo. As associações e o novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 23, p. 207-229, jul.-set. 2005.; BOLMANN, Vilian. O direito intertemporal e a aplicabilidade do novo Código Civil. *Revista Forense*. vol. 364, p. 281-297. Rio de Janeiro: Forense, nov.-dez. 2002.; CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti. et all. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.; CRUZ, José Raimundo Gomes da. As disposições finais e transitórias do novo Código Civil (Lei 10.406 de 10.01.2002). *Revista Forense*. vol. 364, p. 195-210. Rio de Janeiro: Forense, nov.-dez. 2002.; DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.; DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal: breves considerações sobre as disposições finais e transitórias do novo código civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; FIGUEREDO ALVES, Jones (coords.). *Questões controversas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2008. vol. 1; DINIZ, Maria Helena; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 22; GARBRICH, Frederico de Andrade. A inconstitucionalidade do art. 2.031 do código civil. In: Beraldo, Leandro de Faria (org.). *Direito societário na atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; GARCIA, Gilberto. As associações no código civil. In: DELGADO, Mário Luiz; FIGUEREDO ALVES, Jones (coords.). *Questões controversas no novo código civil cit.* vol. 6.; GONÇALVES, Oksandro e FLEURY, Bráulio Cesco. A sociedade entre cônjuges e o novo código civil. *Revista de Direito Empresarial*. vol. 2, p. 57-63. Curitiba: Juruá, jul.-dez. 2004.; NALINI, José Renato; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. XXII; OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2010; PEREIRA, Antonio Raimundo Neto. As sociedades de fato ou irregulares brasileiras numa análise com o direito comparado argentino. *Revista de Direito Privado*. vol. 46, p. 367-377. São Paulo: Ed. RT,

vezes, se apartam da construção jurisprudencial consolidada no Supremo Tribunal Federal a esse respeito.

Justamente por isso, ao se reconhecer as inúmeras possíveis abordagens do tema, decidiu-se enfrentá-lo sob o viés da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

A leitura constitucional nesse assunto é indispensável, até mesmo pela peculiaridade, que é histórica ao direito brasileiro, de tratar da proteção ao ato jurídico perfeito na Constituição Federal.

Conforme explica Gilmar Ferreira Mendes, em diálogo constante com a história jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal: “fica evidente que a natureza constitucional do princípio não permite a admissão da eventual retroatividade das leis de ordem pública, muito comum em países nos quais o princípio da não retroatividade é mera cláusula legal”.²²

O pressuposto indica a inconstitucionalidade de disposições transitórias do Código Civil de 2002 e a precariedade de orientações doutrinárias fundamentadas em autores estrangeiros que escreveram a partir de suportes normativos muito diversos daqueles encontrados em solo nacional.²³

Para Gilmar Ferreira Mendes, “essa orientação parece em flagrante conflito com o disposto no Código Civil de 2002, especialmente no art. 2.035, *caput* (...)”.

abr.-jun. 2011; REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 1; ROCHA, João Luiz Coelho da. Registro do comércio e os limites de suas exigências. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. vol. 129, p. 69-72. São Paulo: Malheiros, jan.-mar. 2003; SANTOS, Antônio Jeová. *Direito intertemporal e o novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

22. FERREIRA MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 400.

23. O Min. Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento do Recurso 226.855/RS, de relatoria do Min. Moreira Alves, discorre justamente sobre essa particularidade do direito brasileiro, desde o julgamento da ADIn 493: “vimos, aqui, na ADIn 493 – e creio que o acompanhamos, por unanimidade – o voto antológico do Ministro Moreira Alves a sustentar que, precisamente porque – ao contrário dos ordenamentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram Gabba e Roubier e tantos outros – a nossa garantia do direito adquirido – V. Exa, Sr. Presidente também, em obras doutrinárias e em acórdãos, tem insistido nisso – não é uma construção teórica de direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito: é uma garantia constitucional, irremovível, pois, pelo legislador ordinário. E, por isso, naquele acórdão, unânime no ponto, asseverou-se que o tratar-se de lei de ordem pública pode não afetar, no Brasil, a proteção do direito adquirido, exatamente, porque – ao contrário do que sucedia, na França, onde escreveu Roubier ou na Itália, onde escreveu Gabba –, entre nós, se trata de garantia constitucional e não de uma regra doutrinária de solução de questões intertemporais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 226.855/RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 13.10.2000. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 13.05.2012).

A invocação de preceitos de ordem pública para afastar a incidência de cláusulas contratuais sob a vigência da lei nova afigura-se em manifesta contradição com a orientação amplamente dominante da doutrina e jurisprudências brasileiras”.²⁴

Ainda que a proteção ao ato jurídico perfeito também seja objeto do art. 6.º jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE 226.855/RS, relatado pelo Min. Moreira Alves, que as questões atinentes à proteção do ato jurídico perfeito são constitucionais e, portanto, passíveis de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.²⁵

Fixado o pressuposto constitucional, dentre as dificuldades de hermenêutica e de aplicação do art. 2.031 do CC, parece importante desde logo sublinhar que a norma trata indistintamente espécies associativas (como as sociedades e associações) e figuras não associativas (como a fundação e o empresário). Ali se confunde, no mesmo balaio e com igual regime jurídico, associações, sociedades, fundações e empresários.

Não fosse isso o bastante, há uma indefinição sobre a sanção aplicável na hipótese da não observação do dever de adaptação que a regra jurídica encaminha. Noutras palavras, o art. 2.031 do CC cria um dever de adaptação de sociedades, associações, fundações e empresários à nova legislação sem, contudo, fixar uma sanção para eventual descumprimento desse dever.

24. FERREIRA MENDES-BRANCO, idem, p. 400-401. O dispositivo do Código Civil citado é “Art. 2.035. A validade dos negócios jurídicos e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido previsto pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

25. O julgamento do RE 226.855/RS retrata o entendimento predominante na Suprema Corte de que seriam eminentemente constitucionais as questões referentes ao ato jurídico perfeito ou ao direito adquirido ante a legislação que inova o ordenamento jurídico. Colhe-se do voto do Min. Moreira Alves que “(...) quando há alegação de direito adquirido, a questão é puramente constitucional, pois não se pode interpretar a Constituição com base na lei, sendo certo que o art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil nada mais faz do que explicitar conceitos que são os da Constituição, dado que o nosso sistema de vedação da retroatividade é de cunho constitucional. E para se aferir se há, ou não, direito adquirido violado pela Lei nova é preciso verificar se a aquisição dele se deu sob a vigência da lei antiga, não podendo, pois, ser ele prejudicado por aquela. A não ser que se faça esse confronto, jamais termos hipótese em que esta Corte possa fazer prevalecer a vedação constitucional da retroatividade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 226.855/RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 13.10.2000. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 13.05.2012).

Isto, no entanto, não basta. A associação surge para o desenvolvimento de uma *atividade associativa*, que ocorrerá mediante a prática de *atos associativos*. Daí ser importante enfrentar a questão: os atos associativos praticados em conformidade ao negócio jurídico associativo, porém em contrariedade à nova Lei, sob a vigência da nova Lei, seriam plenamente válidos e eficazes?

Caso a resposta seja simplesmente afirmativa, retira-se toda a eficácia ao art. 2.031 do CC. Caso a resposta seja simplesmente negativa, por sua vez, admite-se uma retroatividade, ainda que mínima, da nova Lei.

Considerando a disciplina das associações no Código Civil de 2002, tais situações podem hipoteticamente se suceder sobretudo em três campos: a) no caso de associações criadas sob a Lei anterior em que se verifique eventual descompasso entre a entidade e o que a Lei nova qualifica como associação; b) decisões associativas provenientes de convocação ou regras de quóruns deliberativos, previstos nos estatutos, porém desconformes à legislação superveniente; c) restrição ou ampliação às prerrogativas dos associados pela legislação superveniente em sentido divergente ao negócio jurídico associativo.

Na primeira hipótese, concernente às organizações criadas sob a Lei anterior com eventual qualificação diversa da Lei nova, como, v.g., no caso de uma hipotética organização denominada *associação* criada para perseguir finalidades econômicas, parece-me que a questão não diz respeito ao direito intertemporal.

Trata-se de interrogação própria à qualificação do negócio jurídico. O negócio jurídico plurilateral destinado à busca de finalidades econômicas não pode ser *qualificado* como de associação em sentido estrito porque se aparta por completo do subtipo das associações sem fins econômicos.³⁰

18.06.2012 e, da mesma Corte, Autos 01500200746502000. 8.ª T. Rel. Lillian Lygia Ortega Mazzeu. *DJe* 18.09.2008. Disponível em: [www.trtsp.jus.br]. Acesso: 18.06.2012. Esses dois julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região trazem o debate sobre a não adequação de associações que figuravam como parte, buscando-se, a partir dessa inadequação, aplicar a sanção de incapacidade para figurar como parte no processo. No primeiro julgado foi desconsiderada a incapacidade de fato e de direito da associação corré por esta não estar adequada às normas do Código Civil. O Tribunal afastou a apreciação da regularidade formal da associação, alegando sua especialidade (para questões laborais) e a superveniência de outros regramentos pertinentes à formatação da associação. Já no segundo julgado alegou-se a ilegitimidade de uma fundação para figurar como parte por falta de adequação constitutiva, ocasionada pela não adequação ao Código Civil de 2002. Nesse caso constatou-se a adequação dos estatutos em um momento anterior ao início do processo judicial, sendo assim julgada regular a capacidade para ser parte. Ambos os julgados se assemelham na medida em que retratam a tentativa de utilizar o não cumprimento da regra do art. 2.031 do CC como argumento para sustentar a incapacidade para ser parte.

30. Não fosse um problema de qualificação do negócio jurídico, ainda assim inexistiria qualquer direito adquirido ou ato jurídico perfeito que preservasse a uma associação

Na hipótese de decisões associativas provenientes de convocação ou de regras de quóruns deliberativos, previstos nos estatutos, porém desconformes à legislação superveniente, parece-me que deve prevalecer os critérios estabelecidos no negócio jurídico associativo, como ato jurídico perfeito, desde que conformes à Constituição Federal.

A esse respeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme ao rejeitar, em matéria contratual, até mesmo a chamada *retroeficácia mínima* da Lei posterior, destinada a colher os efeitos produzidos sob sua égide.³¹

com fins econômicos, assim criada à luz do Código Civil de 1916, a manutenção de um regime jurídico associativo. A esse respeito, cabe salientar a orientação do Supremo Tribunal Federal de inexistir *direito adquirido* a um determinado *regime jurídico*. Cite-se, nesse sentido: “Com este caso, está ocorrendo o que se deu com relação aos índices de correção de vencimentos referentes aos diferentes planos econômicos, em que o Tribunal, depois de se multiplicarem em avalanche os recursos extraordinários, entendeu inexistente direito adquirido porque, em matéria estatutária, não haveria direito adquirido a regime jurídico, o que, porém, não se aplicava aos “celetistas” por decorrer da relação de emprego deles de contrato, e, portanto, de ato jurídico perfeito. Aliás, por esse motivo a corte, com relação às cadernetas de poupança, em que se configuram contratos de adesão, não admitiu, em respeito ao ato jurídico perfeito e, portanto, ao direito adquirido, que a modificação de índice, para menor, no correr do mês para chegar ao aniversário dela, lhe fosse aplicada” (STJ. RE 226.855-7. Rel. Min. Moreira Alves. *DJ* 13.10.2000. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 18.06.2012).

31. Verifica-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no trato das questões de direito adquirido em conflito intertemporal, uma diferenciação entre situações denominadas “estatutárias”, em que um regime jurídico seria criado por Lei, como no caso daquele aplicável aos funcionários públicos, e os casos de direito adquirido em caso de conflito intertemporal de base contratual. Nos casos de base contratual, a orientação da Corte Constitucional brasileira é pela impossibilidade da Lei nova sequer alcançar os efeitos jurídicos ocorridos ao tempo da Lei nova. Esse entendimento é evidenciado no julgado paradigmático citado anteriormente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 226.855/RS, cit.) e foi reafirmado noutras oportunidades, quando, v.g., negou-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, mesmo que os efeitos desse contrato fossem produzidos após a entrada em vigor da Lei consumerista (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 188.366. Rel. Min. Moreira Alves. *DJ* 19.11.1999) e também no caso em que se negou a aplicação do mesmo Código de Defesa do Consumidor para colher os efeitos de um contrato de compromisso de compra e venda, ocorridos sob sua vigência, em virtude do fato do contrato ser constituído em momento anterior (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 205.999. Rel. Min. Moreira Alves. *DJ* 03.03.2000. Os dois precedentes últimos citados foram colhidos em FERREIRA MENDES-BRANCO, op. cit., p. 416-417. Esse autor cita, ainda, uma tendência fragmentária diversa, no que diz respeito à eficácia de contratos e a superveniência de leis monetárias. Nesse específico universo, que não diz respeito ao tema que enfrentamos nesse momento, haveria o reconhecimento de uma retroeficácia conforme à Constituição.

Explica-se. Do contrato (que é fato jurídico) surge a relação jurídica contratual (que é eficácia jurídica), que pode se procrastinar no tempo. A relação jurídica, portanto, é eficácia daquele fato jurídico que pode ter se constituído noutro tempo. Daí a questão. A Lei nova poderia colher os efeitos, internos à relação jurídica que teve origem no fato jurídico constituído sob a égide da Lei anterior?

Conforme antes afirmado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nega essa possibilidade, por violação ao art. 5.º, XXXVI, da CF

Se é assim para os contratos, que são espécie do gênero negócio jurídico, o mesmo se aplica aos negócios jurídicos que não são contratos, como no caso do negócio jurídico organizativo plurilateral que constitui a associação sem fins econômicos.

O assunto não se encerra no direito intertemporal e deve ser analisado também à luz da natureza das regras jurídicas de estruturação de órgãos e de atos associativos previstos no Código Civil de 2002.

A imposição de regras jurídicas internas às associações sem fins econômicos (como, no exemplo, a respeito de critérios de convocação ou estipulação de quóruns deliberativos) é de constitucionalidade duvidosa, uma vez que, tal como antes defendido (Capítulo V), também integra a liberdade de associação a *liberdade de organização associativa*.

A garantia constitucional da liberdade de associação, nos moldes constitucionalmente previstos, somado ao fato de ela encaminhar um espaço privado de expressão da dignidade da pessoa humana, deve restringir ao máximo a intervenção estatal. Isso se aplica também à liberdade de organização da entidade.

Não se mostra razoável impor às associações, por regras cogentes, preceitos estruturantes a respeito dos órgãos e dos atos por ele praticados. Nestes casos, as regras do Código Civil devem ser interpretadas como dispositivas, cuja incidência ocorre apenas nas hipóteses de omissão do negócio jurídico associativo.³²

32. José Renato Nalini entende que tais regras são de ordem pública indistintamente para sociedades, associações e fundações (NALINI, José Renato. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. t. XXII, p. 58). Não nos parece, tal como defendido anteriormente, adequado tratar todos os subtipos associativos e figuras não associativas (como as fundações) do mesmo modo. Tampouco há fundamento para que essas regras estruturantes das associações sem fins econômicos sejam consideradas de ordem pública. Muito pelo contrário. Justamente por se encontrarem em um campo de maior amplitude de liberdade, tal como defendido nos capítulos iniciais deste livro, tais regras jurídicas devem ser compreendidas como dispositivas. Ainda que fossem regras de ordem pública, o que se repudia, não seria o caso de se admitir a retroeficácia, ainda que mínima, para colher os efeitos do ato jurídico perfeito, consoante orientação acima exposta.

Ainda que se verifiquem poucos julgados a esse respeito, percebe-se um posicionamento pouco coerente no caminho jurisprudencial. Por mais incongruente que possa parecer, há uma tendência, por exemplo, muito maior de preservação do negócio jurídico condominial contrário à Lei superveniente do que o conferido ao negócio jurídico associativo.³³

Felizmente, o problema contemporâneo é, pelo menos em considerável medida, mais teórico do que prático. Em sua redação original, o Código Civil de 2002 impunha regras de convocação e de quóruns deliberativos excessivamente restritivos. As regras que se mantiveram a esse respeito devem ser interpretadas como dispositivas.

A Lei 11.127/2005 alterou tais disposições, garantindo aos estatutos a prioridade, tornando a eficácia legislativa a esse respeito complementar na expressiva maior parte das situações.

Por fim, no que diz respeito à restrição ou à ampliação de prerrogativas dos associados pela legislação superveniente, em sentido divergente ao negócio jurídico associativo, não é possível fornecer uma resposta uniforme.

A orientação geral, em igual sentido aos itens precedentes, é de respeito ao negócio jurídico associativo, nos termos do art. 58 do CC: “nenhum associado

33. Há julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP, Ap 401.927-4/9-00. Rel. Pereira Calças. DJ 21.08.2005. Disponível em: [www.tj.sp.jus.br]. Acesso em: 18.06.2012) que entendeu pela imediata aplicação do dever de adaptação, imposto no art. 2.301 do CC/2002, para sociedade empresária constituída anteriormente à entrada em vigor, afastando o argumento de ato jurídico perfeito, bem como relevando o fato de, quando do julgamento, ainda transcorrer o prazo para a adaptação previsto no art. 2.031. Contraditoriamente, na disciplina dos condomínios, há vários julgados decidindo que os atos praticados a partir dos acordos condominiais, ainda que em desrespeito à legislação superveniente, são válidos e eficazes. Cite-se, nesse sentido: “O Novo Código Civil, em seu art. 1.336, § 1.º, dispõe: ‘São deveres do condômino: (...) § 1.º O condômino que não pagar sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios conven- cionados ou, não sendo previstos, os de 1% (um por cento) ao mês e multa de até 2% (dois por cento sobre o débito). Carlos Alberto Dabus Maluf, citado por Antônio Jeová Santos (*Direito intertemporal e o novo Código Civil*, Ed. RT, 2003, p. 91), assevera que ‘a multa e os juros previstos no § 1.º do art. 1.336 só tem aplicação nos condomínios constituídos na vigência da lei anterior, em cujas convenções estiver prevista multa de vinte por cento, este deve ser aplicada. Isto porque o art. 6.º, § 1.º, da LICC (Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942) diz que a lei nova, embora tenha aplicação imediata, deverá respeitar, entre outras hipóteses, o ato jurídico perfeito, que deve ser entendido como aquele praticado e consumado na vigência da lei anterior. (...) pois as convenções são atos jurídicos perfeitos e não podem ser alteradas pela lei nova” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Autos 23815-3. Rel. Miguel Kfourri Neto. DJ 20.02.2004. Disponível em: [www.tjpr.jus.br]. Acesso em: 18.06.2012).

dos] porque já no plano fenomênico (frise-se, não na perspectiva naturalística ou psicológica, mas na perspectiva histórico-social) o ente é o autor do ato".⁴¹

A estruturação da associação em órgãos viabiliza a atuação jurídica da associação perante os demais sujeitos de direito, em sentido diverso do que ocorre noutras figuras jurídicas como as do *núncio* e do *representante*.⁴²

41. Para uma melhor compreensão da posição de Massimo Basile confira-se o texto da citação acrescido de outros trechos que completam seu pensamento: "Il rapporto organico – si precisa – comporta l'imputazione all'ente pure degli stati soggettivi in cui si trovano, allorché agiscono per esso, le persone che compongono l'organo o ne sono titolari: conoscenza o ignoranza di una certa realtà, dolo o colpa, vizi della volontà, e così via (...). Va tuttavia sottolineato che la c.d. imputazione organica non costituisce un effetto giuridico, e neppure una finzione legislativa. Per il diritto, gli atti degli organi sono atti dell'ente perché già sul piano fenomênico (si ripete, non sotto il profilo naturalistico o psicologico, ma sotto quello storico-sociale) l'ente ne è l'autore" (BASILE, op. cit., p. 208). Ressalva similar é feita por Giannini: "(...) è sempre un'imputazione 'non naturalistica' e nei suoi confronti l'imputazione naturalistica della persona fisica non costituisce modello, ed è anzi fuorviante finanche impostare dei parallelismi, perché la persona giuridica, come soggetto, non è – come la persona fisica – centro virtuale di imputazione di effetti giuridici. È un soggetto che ha attitudine all'imputazione di alcune fattispecie giuridiche, che solo per una parte possono coincidere con quelle del soggetto persona fisica, e per un'altra parte sono solo sue esclusive, considerato che la persona fisica non può avere assemblee, consigli, ministri, e simili. Non è dunque che gli atti dell'organo si considerano 'come se' fossero della persona giuridica: questo modo di esprimersi è o naturalistico o filosofico (anche se descrittivamente utile). È che le fattispecie giuridiche poste in essere o subite dall'organo, che la norma dica rilevanti per l'ente, si imputano all'ente" (GIANNINI, Massimo Severo. *Organi (teoria gen.)*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1981. vol. 31, p. 46-47). Noutro estudo, o mesmo autor esclarece que "In termini giuridici questo accadimento si esprime col dire che l'ordine dell'azione non collima con l'ordine dell'imputazione" (GIANNINI, Massimo Severo. *Lezioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1950. vol.1, p. 122).

42. Nesse sentido, a didática explicação de Rachel Sztajn e Vera Helena de Mello Franco: "Na representação existe uma relação jurídica estabelecida entre duas pessoas, pela qual uma (o representante) tem o poder de realizar ato jurídico no interesse no nome do outro (o representado), de tal forma que o representante obriga o representado. Isto, porém, desde que atue conforme as instruções recebidas do representado. Note-se, todavia, que o representante, quando se manifesta, manifesta a própria vontade e não a vontade do representado. Tal não fosse e teríamos a figura do *núncio*, vale dizer, do mensageiro, do portador da vontade alheio. Essência da representação é, destarte, a vontade de alguém de atua por conta e em nome de outrem, o *dominus negotii*, que é quem se obriga. Não é o que ocorre no órgão. Inexiste aqui a relação obrigacional entre duas pessoas. O agente que manifesta a vontade é parte integrante do *dominus negotii*, isto é de quem se obriga. No caso, a pessoa jurídica. O órgão, assim, é o meio pelo qual a sociedade realiza sua atividade jurídica. É elemento interno da sua sociedade, pertencente à sua estrutura" (SZTAJN, Rachel; MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. II, p. 176).

Nesse sentido, conforme defende Ferro-Luzzi, supera-se a relação individualista entre *ato-direito subjetivo* para se verificar uma relação entre *ato-ação* ou *ato-atividade* que não se explica pela mera *representação* da associação pelos associados, mas pela imputação à *associação* dos efeitos decorrentes de um comportamento das pessoas legitimadas a desenvolver a atividade.⁴³

43. Procurou-se, não sem riscos, resumir o pensamento de Ferro-Luzzi, destacando-se os seguintes trechos: "(...) un'ipotesi di attività 'sta al centro' del fenomeno associativo. (...). Ne deriva che la formula da cui siamo in prima approssimazione partiti, antitesi tra la relazione atto-direito soggettivo e la relazione atto-azione, può e deve ora precisarsi sotto due aspetti. L'azione è, in primo luogo, da intendersi nel senso, ancora in sè generico, ma già abbastanza giuridicamente individuato, di attività (...)". Mais a frente, o autor esclarece: "(...) i problemi di fondo che solleva l'attività tipica del fenomeno associativo siano in primo luogo problemi attinenti alla produzione dell'azione, produzione che deve venire in considerazione sotto gli aspetti delle figure di produzione, e loro natura e struttura; problemi dei principi infine che si applicano a tali processi, aspetti tutti questi in cui deve trovare concretamente il carattere che di tale azione è proprio: l'esser comune e diretta ad un certo risultato". Na sequência, o autor relaciona a questão da atividade às teorias da representação e apresentação das associações mediante órgãos, defendendo a incompatibilidade entre a relação de representação e a noção de atividade: "Sul piano dell'atto, quando i problemi sono tipicamente ed esclusivamente di atto, ci pare che la figura della rappresentanza, nella sua nota configurazione, sia adeguata e sufficiente ad inquadrare, sotto il profilo dommatico, e a risolvere, sul piano pratico, la problematica per la quale è stata elaborata. Sul piano dell'attività invece ci pare che la rappresentanza, nelle svariate ipotesi in cui si è ritenuto di dover fare capo a questa figura, sia del tutto inidonea ad inquadrare ed esaurire la complessa problematica che dell'attività è propria". O autor destaca que sua preocupação não reside sobre se e como uma atividade pode ser imputada a uma entidade subjetiva que está no centro do fenômeno, mas "in quale comportamento, nel comportamento di quale figura di produzione, si concreti l'attività comune, e quale comportamento in connessione ocorra considerare per determinare il risultato e quel suo aspetto costituito dalla responsabilità". Sendo assim, o autor conclui que a figura da representação mantém-se útil para explicar a relação entre o ato (do agente/administrador) e os efeitos dele decorrentes, chamando atenção para o fato, todavia, de que este ato não pode ser destacado da concepção maior de ação: "A fato, todavia, de que este ato não pode ser destacado da concepção maior de ação: "A nostro avviso e, in conclusione, ci pare però che di rappresentanza e di rappresentante possa ancora continuare a parlarsi per indicare il momento dell'atto, e in sua funzione una caratterizzazione, non autonoma né esauriente, ma inerente invece alla più ampia figura di produzione dell'intera azione anche se il fenomeno indubbiamente assume, anche per le ragioni anzi dette, fisionomia e aspetti particolari, del resto avvertiti dalla dottrina". E conclui: "Ciò che giuridicamente caratterizza invero le due situazioni, già rilevammo, è la persistenza o meno di un nesso tra persona agente ed azione in funzione essenziale della soggezione della persona agente a responsabilità personale per il risultato dell'azione. In ambedue le ipotesi, anche questo si è detto, sussiste la possibilità, anzi la necessità, di distinguere l'azione che la persona svolge in proprio e quella che svolge come, diciamo genericamente, figura di produzione, nella qualità cioè di figura di produzione dell'attività; solo che in un caso permane il nesso persona-azione, che impedisce di escludere la persona agente da responsabilità, nell'altro l'azione proviene

Os órgãos costumam ser compostos por pessoas humana. Se formados por duas ou mais pessoas, são denominados *órgãos colegiados*. Nada impede, no entanto, que pessoas jurídicas também integrem os órgãos de outras pessoas jurídicas.⁴⁴

Mesmo nas estruturas associativas mais simples, até mesmo por força do modelo desenhado pelo Código Civil, cabe distinguir ao menos os órgãos deliberativos dos órgãos executivos.

Os órgãos deliberativos funcionam com o objetivo de viabilizar a formação das *decisões associativas* ou, em linguagem impregnada do antigo voluntarismo do direito civil, buscam a formação da vontade da associação.

A execução, ou seja, a prática efetiva dos atos concernentes ao que previamente foi decidido compete aos chamados órgãos executivos.

Na medida em que aumenta a complexidade das estruturas associativas, outros órgãos podem ser constituídos. Citem-se, por exemplo, os órgãos consultivos, os órgãos de julgamento, entre outros.

7.6 A deliberação associativa e os órgãos deliberativos

Os órgãos deliberativos, conforme antes esclarecido, são destinados à formação das decisões associativas.

O principal órgão deliberativo, que é essencial às associações é a assembleia geral. Trata-se do órgão que se destina a colher a vontade preponderante dos associados.

Verifica-se uma tendência de reconhecer à assembleia geral a qualidade de órgão principal. Até mesmo pela influência de outros sistemas legislativos, costuma-se atribuir à assembleia geral competências para: i) escolher e destituir os administradores; ii) alterar os estatutos; iii) aprovar os planos de metas e o orçamento para determinado exercício; iv) aprovar ou rejeitar as contas de exercícios anteriores; v) fixar os objetivos mediatos e imediatos da entidade; vi) solicitar informações aos administradores; vii) decidir pela celebração de contratos que onerem com maior gravidade o patrimônio da associação; viii) decidir pela alienação de ativos imobiliários etc.⁴⁵

dalla figura di produzione considerata nettamente separata dalla persona in concreto agente, che correlativamente risulta esclusa da responsabilità" (FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Ristampa inalterata. Milano: Giuffrè, 1976. p. 215, 245, 284-285, 287-289, respectivamente).

44. SANTI ROMANO, op. cit., p. 204.

45. A respeito desta prática social e da projeção legislativa nas sociedades anônimas, cf. FERRARA, Francesco. Evolution de l'équilibre des organes de la société anonyme en droit italien. In: VERRUCOLI, Piero. *Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*. Milano: Giuffrè, 1968. p. 44 e ss.

A opção de ampliar ao máximo os poderes atribuídos à assembleia geral re-trata a busca por um modelo democrático de tomada de decisões. O preço deste modelo que, ao final de contas, submete a administração da entidade ao conjunto dos associados, pode ser o engessamento da associação.

Para se evitar o efeito pernicioso de engessamento, o Código Civil de 2002, após a modificação empreendida pela Lei 11.127/2005, limitou a disciplina cogente na estruturação da assembleia geral.

Atualmente, nos termos do art. 59 do CC, os assuntos reservados obrigatoriamente às assembleias gerais em associações foram limitados a: a) a destituição de administradores; b) a alteração dos estatutos.

As demais competências da assembleia geral devem ser determinadas pelos estatutos que, por sua vez, podem ser elaborados com maior flexibilidade, em homenagem à liberdade de configuração interna das associações, tal como garantido pelo art. 5.º, XVIII.

A assertiva de que a assembleia geral é o órgão máximo das entidades associativas, no entanto, não necessariamente será verdadeira para as associações.

É possível, na estruturação de uma associação, a criação de diferentes órgãos com competências em determinadas searas da atividade associativa que conviva com a assembleia geral.

A abrangência dos poderes da assembleia geral e a sua eventual pulverização em outros órgãos, com exceção restrita às matérias indicadas no art. 59 do CC, fica por conta da decisão dos associados na elaboração dos estatutos.

Nada impede, portanto, que os estatutos criem outros órgãos deliberativos ou, ainda, que submetam as deliberações a um prévio parecer de um órgão consultivo.

Outras particularidades como a *possibilidade de voto* por intermédio de procurador, a possibilidade de votos conjuntos entre grupos ou classe de associados, a vedação ao voto de associado com conflito de interesses, entre outras matérias, podem e devem ser previstas pelos estatutos.

Os estatutos podem também diferenciar assembleias gerais ordinárias e extraordinárias, guardando a cada uma delas matérias específicas que poderão compor a ordem do dia.

Para que a formação da decisão associativa seja hígida, mostra-se necessário observar os critérios para a convocação, para a instalação do órgão deliberativo, para o exercício do poder de voto e, por fim, para a formação da decisão associativa.

A convocação da assembleia geral deve seguir o procedimento estabelecido nos estatutos que, por sua vez, necessita observar uma antecedência mínima entre o ato convocatório e a solenidade a ser realizada, bem como os mecanismos adequados para que se torne pública a convocação.

Para tanto, pode-se estabelecer desde comunicações individuais aos associados (e-mail, telegrama, carta etc.) até a publicação de editais de convocação em periódicos oficiais e em jornais de grande circulação, sem prejuízo da fixação de editais na sede da associação.

Para a realização de assembleias gerais, em geral se adota como meio de divulgação e publicização da convocação a publicação em jornais de grande circulação. Com a facilitação dos meios de comunicação, sobretudo por intermédio de mensagens eletrônicas, abre-se o espaço para que os estatutos criem maneiras mais pessoais para o convite à participação dos associados.

Qualquer que seja o meio adotado – frise-se bem, desde que em estrita observação dos estatutos –, deve haver a minudente indicação do(s) assunto(s) que será(ão) objeto de deliberação.

Usualmente, o ato convocatório para as assembleias gerais é realizado pelo administrador que preside a entidade. Outras pessoas ou órgãos podem ser igualmente dotados deste poder, desde que assim determinado pelos estatutos.

Independentemente de previsão estatutária, a convocação para a assembleia geral poderá ser realizada por 1/5 (um quinto) dos associados, nos termos do art. 60 do CC. Trata-se de norma cogente que busca garantir aos eventuais grupos minoritários a possibilidade de submissão de questões para deliberação pela assembleia geral.

Cabe aos estatutos, igualmente, fixar um quórum de instalação (presença mínima de associados para a instalação da assembleia geral ou de outros órgãos deliberativos) e eventuais quóruns para a tomada de decisão.

Em data, hora e local indicados na convocação, os associados devem se reunir e, uma vez verificada a presença de um quórum mínimo de associados para a instalação da assembleia, esta deve iniciar mediante a nomeação de um presidente e um secretário.

Caberá ao presidente dirigir os trabalhos o que, usualmente, envolve: a) a leitura da ordem-do-dia, correspondente aos assuntos que serão objeto de deliberação; b) a diligência para que todos os associados assinem a lista de presença; b) a coordenação dos debates, inclusive no que diz respeito à concessão da palavra aos associados para discussão; c) o zelo por uma condução da discussão que não transborde para agressões entre os associados; d) a verificação do número de votos e a proclamação da correspondente decisão que for tomada.

Para uma adequada condução da assembleia, sugere-se que primeiro se colham as assinaturas dos presentes e sejam apresentadas as matérias para discussão para, no momento subsequente, proceder ao início do debate destinado à deliberação. Tal providência pode facilitar o procedimento de formação da decisão assemblear nas hipóteses comuns em que o quórum de instalação não é equivalente ao quórum de deliberação.

Se houver diferença no poder ou no peso do voto conforme a classe de cada associado, tal distinção deve ser esclarecida na lista de presença, até mesmo para facilitar o cômputo dos votos.

Ao secretário nomeado competirá reduzir a termo todo o desenvolvimento da assembleia, fixando em palavras, com o maior rigor possível, os debates e as decisões que forem proclamadas.

Cada deliberação dependerá do alcance de um quórum de decisão que deve ser fixado em estatuto, correspondente ao número ou percentual de votos necessários para a formação da decisão associativa.

É comum se adotar como critério para a formação da decisão associativa o voto da maioria dos presentes (a chamada maioria simples). Este critério é o adotado nas hipóteses de omissão dos estatutos, nos termos do art. 48 do CC: “Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso”.

Nada impede que, para determinadas matérias, se exija o voto com maioria qualificada (mais da metade dos votos de todos os associados), o voto de determinado percentual de associados (por exemplo, setenta e cinco por cento dos associados) ou, até mesmo, a unanimidade dos votos.

Da ampla gama de possibilidades para a fixação do quórum de deliberação advém a necessidade de que esta matéria seja tratada nos estatutos com clareza e objetividade para se evitar invalidades.

Esgotada a ordem do dia, o presidente deverá declarar o encerramento dos trabalhos e que se lavre a ata da assembleia geral pelo secretário. É possível suspender a sessão até que se finalize o texto da ata, para aprovação, na mesma assembleia geral, e assinatura dos presentes. A ata deve ser fidedigna ao que ocorrer na assembleia, devendo constar o dia, a hora, o mês, o ano, o local da reunião, os nomes dos membros da mesa, a leitura da ordem do dia, as proposições submetidas à deliberação, os resultados, os votos favoráveis, os desfavoráveis e as demais circunstâncias relevantes eventualmente ocorridas. Evita-se, desde modo, eventual invalidade da ata (ainda que o defeito do instrumento não provoque a invalidade da deliberação).⁴⁶

Cada voto corresponde a um ato jurídico em sentido estrito que tem por efeito, ao se unir aos demais votos convergentes, constituir a deliberação associativa (ou, em termos voluntaristas, formar a vontade coletiva).⁴⁷

46. Seguimos, nesse parágrafo, PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado cit.*, t. L, p. 285-286.

47. Segundo Galgano, em reflexão a respeito das sociedades anônimas que se aplica ao caso “il voto è la dichiarazione unilaterale di volontà espressa dal socio in assemblea sugli oggetti posti in deliberazione. Esso è, giuridicamente, un’atto unilaterale fra vivi avente contenuto patrimoniale’ (...) Al modo di formazione della deliberazione, il cosiddetto

Há que se distinguir o voto da deliberação assemblear. A deliberação pode ostentar natureza jurídica diversa do voto que é elemento de seu suporte fático.

Na maior parte dos casos, a deliberação é negócio jurídico unilateral, cujo suporte fático é formado pelos votos, válidos e eficazes, que sejam suficientes para deliberar.

Há circunstâncias, no entanto, em que a deliberação, não obstante ser formada igualmente por votos, apresente a natureza jurídica de ato-fato jurídico (deliberação sobre tomada de posse, ocupação, abandono de posse) ou de ato jurídico em sentido estrito (como, v.g., a deliberação para dar quitação).⁴⁸

Segundo Novaes França, deve-se distinguir três campos de atuação das invalidades na formação de uma deliberação, em virtude de defeitos i) na própria assembleia (que pode ter sido irregularmente convocada ou instalada); ii) de uma ou de algumas deliberações; iii) defeitos do voto, que só atingirá a deliberação se foi decisivo para a sua formação.⁴⁹

Registre-se que o prazo decadencial para a anulação de deliberações assembleares é de três anos, nos termos do parágrafo único ao art. 48 do CC: “Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou o estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude”.

7.7 A apresentação da associação e os órgãos executivos

Segundo a exata mesma lógica exposta nos itens anteriores, aos órgãos executivos competirá a prática dos atos correspondentes às decisões associativas tomadas pelos órgãos deliberativos.

metodo collegiale o d'assemblea si attribuisce la virtù di trasformare una pluralità di dichiarazioni individuali, i boti dei singoli soci, in una nuova unitaria volontà: la 'volontà collettiva' formata dall'assemblea” (GALGANO, Francesco. *La società per azioni*. Bologna: Zanichelli, 1974. p. 114).

48. Segue-se a explicação de Pontes de Miranda, a respeito de deliberações assembleares em sociedades anônimas, que se aplica às associações: “A opinião de Andreas Von Tuhr, segundo a qual a deliberação da assembleia é sempre negócio jurídico plurilateral, é de repelir-se; bem como a de ser ato coletivo apenas *no exterior* (...). Mesmo quando o ato da assembleia geral extraordinária entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico, não se pode deixar de atender a que ela, em si, supõe regramento legal ou estatutário da vontade, de modo que, antes de ser o negócio jurídico, o ato jurídico *stricto sensu*, ou o ato-fato jurídico, foi manifestação de vontade de muitos, embora unitariamente tratada. Isso explica porque, mesmo a tomada de posse, ou a derrelicção, ou o pagamento, o a quitação tenha de ser precedida da manifestação de vontade de cada um dos subscritores ou dos acionistas e da operação que há de colher a *vontade unitária*” (Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado* cit., t. L, p. 277-282).

49. NOVAES FRANÇA, *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A* cit., p. 65 e ss. Do mesmo autor, NOVAES FRANÇA, *A assembleia-geral de credores na nova lei falimentar. Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa* cit., p. 19.

A atuação da associação perante terceiros se dá essencialmente pelos órgãos executivos. Os órgãos executivos *presentam* as associações, na medida em que eles, como elementos integrantes da entidade, praticam atos que são imputados à própria associação.

Em estruturas associativas mais simples, a diretoria é o órgão executivo por excelência.

Por vezes de formação singular, outras colegiadas, costuma-se atribuir à diretoria o poder para apresentar a associação e, como órgão dela, realizar atos e negócios jurídicos como a celebração de contratos, a emissão de cheques.

A diretoria, igualmente, costuma-se reservar a competência para convocar a assembleia geral, para admitir, licenciar ou demitir empregados e, em geral, para dar execução às decisões deliberativas.

Os estatutos devem estabelecer critérios objetivos para a nomeação dos integrantes da diretoria, para as eventuais substituições na hipótese de falta ou incapacidade superveniente desses integrantes, para a distribuição das atribuições, para a convocação de reuniões, para a determinação dos critérios de deliberação internos ao órgão etc.

Pela importância fundamental na condução da associação, também é recomendável a fixação de uma periodicidade mínima para a realização das reuniões de diretoria.

No caso de omissão ou ambiguidade dos estatutos no que diz respeito à gama de poderes e competências dos órgãos executivos, interpreta-se o limite a partir da *finalidade* que se pretende desenvolver por meio da associação.

A questão se coloca essencialmente no plano da eficácia, ou seja, em que medida os atos praticados pelos órgãos executivos serão eficazes ao vincular a pessoa jurídica.⁵⁰ A esse respeito, merece especial atenção o disposto nos arts. 47, 48, 49 e 1015 do CC.

Entre limitar rigorosamente a eficácia dos atos de apresentação segundo o que é previsto nos estatutos ou conferir maior importância à aparência desses atos perante terceiros de boa-fé, o Código Civil parece ter seguido a primeira opção. A conclusão parte do texto do art. 47 do CC: “Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo”.

A opção do legislador foi alvo de severas críticas. Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em referência ao direito societário, o texto do Código Civil

50. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Vinculação da sociedade: análise crítica do art. 1.015 do CC*. In: *Temas de direito societário e teoria da empresa*. p. 161. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 161.

ignora a distinção criada pela experiência jurídica nacional entre os atos de *excesso de poder* e os atos *ultra vires*, com consequências distintas para a pessoa jurídica, conforme cada um desses casos.⁵¹

Há uma tendência hermenêutica, no entanto, de sobrepor a *teoria da aparência* ao texto do Código Civil, em homenagem ao princípio da confiança para interpretação dos atos jurídicos em sentido amplo. Segue, nesse sentido, o enunciado de n. 145 do Conselho da Justiça Federal, proveniente da III Jornada de Direito Civil, *ao afirmar que o art. 47 do Código Civil não afasta a teoria da aparência*.

Todo aquele que integra os órgãos de administração de uma associação devem tomar ciência das responsabilidades inerentes a essa posição. Tal como será esclarecido adiante, para além das hipóteses de responsabilidade pessoal do administrador perante a associação e os associados, há uma tendência de circunscrever a desconsideração da pessoa jurídica nas associações à imputação de responsabilidade ao administrador.

7.8 Os órgãos de controle dos atos associativos

Ainda que não seja de previsão obrigatória, como papel atualmente atribuído às associações, cresce a importância dos órgãos de controle dos atos associativos.

51. GONÇALVES, Alfredo de Assis Neto. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 18 e ss. Segundo explica Alfredo de Assis Gonçalves Neto, a doutrina e a jurisprudência firmaram sobre o assunto uma importante diferenciação: a) *atos praticados com abuso de poder*: seriam os atos praticados para além do objeto da pessoa jurídica (o autor cita o exemplo de uma pessoa jurídica que tem por objeto o comércio de tecidos e que, porventura, venha a adquirir um lote de animais). Para esse autor, "(...) se a sociedade atua fora daquilo que constitui seu objeto, há de se concluir que não atuou. E a teoria dos atos *ultra vires* (do latim, além das forças) – que se desenvolveu no direito inglês e que ressoou noutros sistemas jurídicos através do princípio da especialidade –, segundo o qual a capacidade de obrigar-se da pessoa jurídica só existe enquanto ela atua em busca dos fins para os quais foi constituída" (GONÇALVES, Alfredo de Assis Neto. *Direito de empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 207). Nesses casos, o ato praticado pelo administrador seria *além das forças* da própria entidade. Seria *ultra vires*, além das forças, e assim sendo, não vincularia a pessoa jurídica. b) *atos praticados com excesso de poder*: seriam os atos praticados, dentro do âmbito das atividades da pessoa jurídica, porém excedendo os limites de ação do administrador (o autor cita o exemplo de um contrato social que exija a assinatura de dois sócios para prestar o aval e, eventualmente, esse aval seja prestado por apenas um dos sócios). Nesses casos, a despeito do *excesso de poder*, o ato vincularia a pessoa jurídica, resguardado o direito de regresso contra o administrador que praticou o ato excessivo. Isso seria justificado, sobretudo, pela necessidade de proteção da aparência jurídica (teoria da aparência) ante a impossibilidade dos terceiros conhecerem, com exatidão, os poderes do administrador, bem como estarem sempre atualizados ante eventual alteração desses poderes.

A competência dos órgãos de controle reside numa fiscalização, permanente ou transitória, dos atos praticados pelos órgãos executivos da entidade.

O órgão de controle mais comum nas previsões estatutárias é o conselho fiscal. A este órgão costuma-se atribuir a competência de avaliar a contabilidade da associação, opinar sobre relatórios de desempenho financeiro e contábil, manifestar-se sobre operações com repercussão patrimonial realizadas, fiscalizar os livros e balancetes e, sobretudo, emitir parecer para aprovação, rejeição ou restrição à prestação de contas pelos administradores.

A previsão do órgão não necessariamente faz com que ele seja permanente. Mostra-se possível o estabelecimento do conselho fiscal como um órgão cuja formação e desenvolvimento fique sob a dependência de uma deliberação e convocação pela assembleia geral.

Ao lado do estabelecimento do conselho fiscal, mostra-se adequado o estabelecimento de critérios para a nomeação de seus integrantes, para eventuais substituições na hipótese de falta de seus integrantes, para a distribuição das atribuições, para a convocação de reuniões, para a determinação dos critérios de deliberação etc.

Nas associações sem fins econômicos que recebem recursos públicos, esses órgãos de controle são essenciais. Nalgumas figuras, conforme será tratado a seguir, a presença destes órgãos chega a ser obrigatória.

Exemplo disso ocorre nas organizações da sociedade civil, tal como moldado pela Lei 13.019/2014. O art. 33 dessa Lei, ao estabelecer cláusulas particulares para os estatutos dessas organizações, exige a constituição de um "conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de atribuição para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas".

Este tema será abordado no item 7.11 e os subsequentes.

7.9 Os órgãos consultivos

As associações podem contar com órgãos consultivos, composto por notáveis, por pessoas de prestígio e de estrita vinculação com os propósitos da entidade.

A esses conselhos de notáveis pode-se atribuir a competência para a elaboração de pareceres a respeito das questões associativas mais delicadas, como, por exemplo, na hipótese de alteração do objeto da associação, da realização de atos de disposição de bens patrimoniais de maior valor econômico etc.

A existência desse órgão e a amplitude de seus poderes, como em geral se sucede, dependem dos estatutos.

É comum verificar em associações, também, a presença de um conselho deliberativo, para o qual são fixadas competências mais restritas do que aquelas guardadas para a assembleia geral.

A vantagem de um conselho deliberativo, muitas vezes, reside na possibilidade de tomada de decisões mais céleres a respeito de problemas cotidianos, tais como, exemplificativamente: i) a fixação do valor de contribuições, taxas ou mensalidades cobradas de associados; ii) a autorização para aquisição ou alienação de bens até determinado valor; iii) a fiscalização de outros órgãos (como, v.g., os órgãos de direção); iv) a formulação de pedidos de esclarecimento para outros órgãos (como, v.g., para os órgãos de direção ou de controle); v) a realização de proposições para alterações estatutárias; vi) a composição da diretoria, em caráter de urgência, nas hipóteses de vacância; vii) determinação de valores para remuneração; viii) a convocação da assembleia geral.

Esses órgãos, até mesmo pela posição de prestígio, também podem funcionar como instâncias recursais aos atos praticados por outros órgãos.

Cabe salientar, ainda, que para o exercício da função consultiva, podem ser criados órgãos especializados, tais como: consultoria jurídica, consultoria econômica, consultoria de marketing etc.

Tal como em outros órgãos, é recomendável que os estatutos, na hipótese de prever órgãos consultivos, não deixe de estabelecer critérios objetivos para a nomeação de seus integrantes, para as eventuais substituições na hipótese de falta de seus integrantes, para a distribuição das atribuições, para a convocação de reuniões, para a determinação dos critérios de deliberação internos ao órgão, entre outros procedimentos.

7.10 Os órgãos de controle disciplinar e julgamento

Um dos temas mais delicados na estruturação de uma associação diz respeito à criação de órgãos de controle disciplinar e julgamento de associados.

Ao passo que a exigência do estrito cumprimento dos deveres associativos decorre do próprio negócio jurídico organizativo, o controle disciplinar e o julgamento dos associados devem observar o princípio constitucional do devido processo legal, em sentido substancial e processual, tal como esclarecido no Capítulo X, item N.

A chave para se evitar imprecisões e inseguranças nesse setor encontra-se numa construção estatutária de sanções e critérios de julgamento que preservem o direito ao contraditório e a ampla defesa do associado.

Recomenda-se a criação de sanções progressivas que guardem relação com a gravidade das infrações disciplinares julgadas, tais como:

- a) a sanção de censura, exercida verbalmente ou por escrito, para situações de infrações leves;
- b) a sanção de advertência, escrita, por meio de comunicação sigilosa, para infrações leves;

- c) a penalidade de multas, em proporção crescente, para infrações médias;
- d) a penalidade de suspensão para faltas de maior gravidade;
- e) a penalidade de exclusão, para faltas de gravidade máxima ou reincidência. Deve-se observar, a esse respeito, o art. 57 do Código Civil: "Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto".

O rol acima apresentado é meramente exemplificativo. Também é recomendável a determinação de circunstâncias atenuantes que auxiliem um julgamento justo, como, por exemplo, a inexistência de reincidência, o grau de culpa ou de dolo, a repercussão para os objetivos associativos, a eventual projeção para a imagem institucional da associação etc.

É fundamental ainda a fixação de penalidades para as situações de falta de pagamento das contribuições associativas, considerando, sobretudo, que tais infrações às obrigações associativas acabam prejudicando a entidade e, ao fim e ao cabo, oneram os demais associados adimplentes.

A avaliação das condutas disciplinares dos associados e a eventual imputação de sanções exigem um processo disciplinar, no qual deve-se estabelecer:

- a) os critérios para a instauração do processo disciplinar (v.g., por determinado órgão, mediante pedido de um associado etc.);
- b) a comunicação do associado a respeito da instauração do processo disciplinar e a fixação de prazo de defesa, com a possibilidade de produção de provas;
- c) a criação de uma comissão de julgamento que, de maneira fundamentada, avalie a ocorrência da conduta do associado, a gravidade e a aplicação da penalidade;
- d) possibilidades recursais, com ou sem efeito suspensivo.

É recomendável também o estabelecimento de um dever de sigilo a respeito do processo administrativo disciplinar e de sua conclusão, de modo a se evitar, por eventual publicização nociva, uma dupla penalização do associado.

7.11 Direitos e deveres dos associados

A Constituição Federal determina, como direito e garantia fundamental, no art. 5.º, XX, que "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado".

A regra constitucional pretende preservar a liberdade de associação em suas múltiplas dimensões, tal como esclarecido no Capítulo V.

Uma vez que se decide criar ou se decide aderir a uma associação, nessa decisão encaminha-se uma submissão ao conjunto de deveres e a titularização de uma série de direitos ou prerrogativas, conforme a classe ou categoria do associado (art. 55, CC).

Sob a perspectiva passiva, os deveres associativos devem ser observados sob pena das sanções disciplinares, tal como tratado no item precedente.

Sob a perspectiva ativa, os direitos conferidos aos associados vinculam a associação e, por meio dela, os demais associados.

Tais deveres e direitos, tomada a expressão em sentido amplíssimo, são efeitos jurídicos do negócio jurídico associativo. Em verdade, atribui-se e imputa-se aos associados direitos, deveres, pretensões, obrigações, exceções, ações, poderes formativos constitutivos, modificativos e extintivos.

As situações jurídicas elementares terão complexidade proporcional à estrutura da associação e, em geral, a maior medida de poderes atribuídos ao associado ensejará uma correspondente responsabilidade. Isso porque, em se tratando de associações, tais poderes são funcionais e, portanto, devem ser exercidos em favor da associação.

A esse respeito, o Código Civil determina: “Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto”.

A regra jurídica consagra verdadeiro truísmo, conforme anota Maria Celina Bodin de Moraes. Se se confere aos associados direitos e funções, qualquer usurpação indevida não escapa ao ilícito.⁵²

O núcleo dos direitos e deveres, em sentido amplo, dos associados, costuma ser determinado em cláusulas específicas estatutárias. Um maior desenvolvimento a esse respeito é guardado ao regimento interno, cuja modificação costuma se dar por processos deliberativos mais simplificados quanto comparados às alterações estatutárias.

Nesse modelo de configuração da associação por estatutos e regimento interno, costuma-se determinar, como regra estatutária, o dever de rigorosa observação do regimento interno pelos associados.

Não é possível desenhar um rol abstrato de direitos e deveres dos associados que poderia ser aplicado a toda e qualquer associação. Isso dependerá, evidentemente, da situação concreta de cada associação.

A experiência, no entanto, verifica uma tipicidade dos seguintes direitos e deveres:

52. SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. I, p. 352.

- a) direito de frequentar a sede da associação e de utilização de seus espaços conforme determinado em regimento interno;
- b) direito de participar das atividades associativas; c) direito de participação nas assembleias gerais; d) direito de participação nos órgãos associativos;
- e) direito de formular requerimento aos órgãos diretivos, consultivos ou fiscais;
- f) direito de apresentar-se, perante a sociedade em geral, como integrante da associação;
- g) dever de observação das regras estatutárias, regimentais e disciplinares;
- h) dever de pagamento pontual das obrigações de pagar, tal como mensalidades ou taxas associativas;
- i) dever de manter conduta compatível com os objetivos da associação;
- j) dever de zelar e cuidar do patrimônio da associação.
- k) dever de zelar e cuidar da imagem institucional da associação;
- l) dever de respeito aos demais associados, empregados, conselheiros e diretores da associação;

Além dos direitos e deveres expressos nos estatutos e no regimento interno, outros podem ser decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva, que se aplica ao negócio jurídico associativo, nos termos do art. 113 do CC.

Nesse sentido, é fundamental a preservação dos objetivos da associação que justificam a organização entre os associados. Assim, eventuais deveres destinados à essa finalidade, ainda que não expressos no estatuto ou no regimento interno, devem ser rigorosamente observados.

A possibilidade da transmissão da posição de associado demanda atenção. Em princípio, a posição de associado é intransmissível e, portanto, não corresponde a um poder ordinariamente reconhecido, salvo disposição em contrário nos estatutos, nos termos do art. 56, *caput*, do Código Civil: “Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário”.

O mesmo art. 56, em seu parágrafo único, trata da possibilidade de o associado titularizar cota ou fração ideal do patrimônio da associação. Neste caso, o estatuto deve determinar o regime jurídico aplicável para a atribuição dessa cota ou fração ideal, tomando em consideração os diferentes momentos da vida associativa, inclusive de sua extinção, tal como já exposto neste Capítulo.

7.12 O marco regulatório das organizações da sociedade civil (Lei 13.019/2014) e as associações

A Lei 13.019/2014, que se tornou pública pelo nome de “marco regulatório das organizações da sociedade civil”, é o segundo movimento legislativo de tratamento específico para o que genericamente se reconhece como o terceiro setor.

A Lei foi sancionada quase vinte anos após o primeiro movimento legislativo, iniciado a partir de 1995, no curso da reforma do Estado empreendida pelo “plano diretor da reforma do aparelho do Estado” (e consolidado, em especial, pelas Leis 9.637/1998 e 9.079/1999).

Esse segundo movimento legislativo se dá em circunstâncias muito diferentes daquele vivenciado em 1995. A inserção do Brasil no movimento da *terceira passagem* já estava consolidada, uma readequação da relação entre as entidades sem fins econômicos havia sido elevada ao patamar de meta internacional,⁵³ e os sucessos e insucessos dos contratos de parceria entre as entidades *non profit* e o Estado já contava com quinze anos de experiência.

Deve-se sublinhar sobretudo que, em 2014, o marco regulatório não obedecia uma agenda de reforma do Estado. Buscava, em outro vértice, após um intenso trabalho de grupos de pesquisa, a transformação dos alicerces legislativos para a maior participação de setores da sociedade que atuavam, *sem fins econômicos*, e não encontravam um suporte jurídico adequado nas relações com o Estado.

Sob essas circunstâncias, a Lei 13.019/2014 ostenta por objetivo tratar das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos entre organizações da sociedade civil e a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou as respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

É uma Lei geral, que ao se diferenciar das anteriores (Leis 9.637/1998 e 9.079/1999), não as aniquila, a partir da configuração de um novo “modelo” para configuração de pessoas jurídicas de direito privado que, ao desenvolver atividades de interesse público, se colocam em uma posição de convergência com a administração pública.

Isso se dá, de início, pela definição na Lei de 2014 das *organizações da sociedade civil*. Segundo exposto no art. 2.º, I da Lei 13.019/2014, a organização da sociedade civil é uma “pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva”.

Ao contrário do que se sucedeu na Lei das Organizações Sociais e na Lei das OSCIPS (Leis 9.637/1998 e 9.079/1999), a Lei de 2014, ao definir as organizações

da sociedade civil, não criou uma determinada “qualificação” para entidades sem fins econômicos.

Apresentou-se um desenho legislativo que, independentemente de qualquer ato de “qualificação” pelo Estado, serve como base para que pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos possam celebrar determinados contratos de parceria com o Poder Público (os chamados contratos de colaboração e de fomento).

É importante sublinhar, também, que segundo a Lei 13.019/2014 as *organizações da sociedade civil* não são uma nova espécie de pessoa jurídica e, nem tampouco, figuram como uma qualificação, que se pode atribuir ou não, a determinadas pessoas jurídicas de direito privado.

As organizações da sociedade civil correspondem, portanto, a um tipo, dotado de grande generalidade, que abrange diferentes espécies de pessoas jurídicas de direito privado *sem fins econômicos* que apresentem a característica, repita-se, de não distribuir “entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva”.

Ao avaliar o polo integrado por pessoas jurídicas de direito privado nessa Lei, sob o genérico manto do tipo aberto das *organizações da sociedade civil*, encontraremos, potencialmente, as associações sem fins econômicos, as organizações religiosas e as fundações.

Há um enorme campo, portanto, para a aplicação da Lei 13.019/2014 às associações sem fins econômicos.

A Lei 13.019/2014 optou por indicar requisitos estatutários e algumas travas destinadas a evitar o desvirtuamento na relação entre as esferas públicas e privada. Os requisitos estatutários exigidos encontram-se no art. 33 da Lei 13.019/2014:

“Art. 33. Para poder celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por estatutos cujas normas disponham, expressamente, sobre:

- I – objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;
- II – a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de atribuição para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas;
- III – a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que

53. Cite-se, neste sentido, a Resolução 15/21 do Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: [http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/167/01/PDF/G1016701.pdf?OpenElement]. Acesso em: 21.10.2013.

preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta;

IV – normas de prestação de contas sociais a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade, por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e demonstrações financeiras da entidade, incluídas as certidões negativas de débitos com a Previdência Social e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão.

Parágrafo único. Serão dispensados do atendimento ao disposto no inc. III do *caput* os serviços sociais autônomos destinatários de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários”.

Dentre as travas adotadas, *sob as perspectiva positiva*, sublinhamos que as organizações da sociedade civil, para que possam celebrar os contratos administrativos de que trata a nova Lei, devem apresentar ao menos três anos de existência prévia, com cadastro ativo na Receita Federal e no CNPJ (art. 24, § 1.º, a), experiências anteriores na realização do objeto da parceria (art. 24, § 1.º, b) e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades postuladas (art. 24, § 1.º, c).

Sob a perspectiva negativa, por sua vez, veda-se a contratação com o Poder Público, sob o regime da Lei 13.019/2014, para as organizações da sociedade civil que se encontrem nas seguintes situações: a) omissão na prestação de contas em parcerias anteriores (art. 39, II) ou que tenha as contas rejeitadas pela administração pública nos cinco anos antecedentes (art. 39, IV); b) que tenha, em seus quadros, algum dirigente que seja agente político de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau (art. 39, III); c) nos casos em que algum de seus dirigentes (art. 39, VII) tenham contas julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos; tenha sido julgado responsável por falta grave e inabilitado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, enquanto durar a inabilitação; ter sofrido imputação de responsabilidade por ato de improbidade, enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei 8.429, de 02.06.1992.

Também é interditada a contratação para as pessoas jurídicas que tenham sofrido alguma das seguintes punições (art. 39, V): a) suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração; b) declaração de

inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública; c) declaração de inidoneidade por execução defeituosa em parcerias anteriores (inc. III ao art. 73).

Percebe-se que o legislador criou uma espécie de “ficha limpa” que as pessoas jurídicas de direito privado e seus dirigentes devem ostentar para a realização dos contratos previstos pela Lei 13.019/2014, além de estabelecer impedimentos decorrentes de uma situação de ilegitimidade, ainda que temporária, nos casos em que seus diretores ocupem cargos ou funções públicas incompatíveis com os objetivos de transparência, de imparcialidade e de impessoalidade perseguidos.

É evidente um direcionamento de toda a Lei 13.019/2014 para a criação de um novo regime jurídico para os contratos entre pessoas jurídicas sem fins econômicos e o Estado. Esse regime jurídico, por sua vez, deve atender princípios similares aos aplicados à administração pública (art. 37, CF), tal como descrito no art. 5.º dessa Lei: “O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos públicos, devendo obedecer aos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, além dos demais princípios constitucionais aplicáveis”.

Renova-se o desafio de se buscar uma convivência entre a estrutura e a função de *direito privado* e os contratos com as pessoas jurídicas de direito público. Na Lei 13.019/2014, isso vai se mostrar particularmente importante na escolha das entidades que celebrarão os contratos, nos critérios para controle e avaliação dos objetivos contratuais, na transparência e em critérios especiais de prestação de contas.

Esse regime jurídico, todavia, não atrai a aplicação da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), nem tampouco o regramento que é próprio aos convênios públicos. Muito pelo contrário. O art. 84 da Lei de 2014 expressamente afasta, nas parcerias de que trata o marco legislativo em comento, a aplicação da Lei de Licitações e a legislação própria aos convênios: “Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios, que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados”.

Eis, aqui, uma alteração importante.

Até o presente momento, tal como será retratado noutros itens (em especial no item 7.12.4), não se obteve uma segurança jurídica minimamente suficiente nos contratos celebrados com o Poder Público quanto a inaplicabilidade da Lei de Licitações.

A convergência de objetivos entre as pessoas jurídicas de direito público e privado nesses contratos e as peculiaridades da atuação das entidades sem fins

econômicos são solapadas pelas constantes tentativas de aplicação irrefletida, total e irrestrita das regras e princípios dos contratos administrativos.

Nesses casos há contrato, o contrato se dá com pessoas jurídicas de direito público, porém o regime jurídico não pode ser equivalente àquele em geral pertinente aos contratos de direito público, em especial segundo o disposto na Lei 8.666/1993.

O assunto, todavia, está longe de ser encerrado. Ainda aguarda-se a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da aplicação da Lei de Licitações às Organizações Sociais. A Lei 13.019/2014 expressamente não é aplicável aos contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais (art. 3.º, III) e, em relação às Oscips, sua aplicação é limitada àquilo que couber, nos termos previsto do art. 4.º.

Também é importante sublinhar que a Lei 13.019/2014, não obstante ser Federal, tem por meta a atuação para além da União, abrangendo, naquilo que couber, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias públicas etc. Essa virtualidade da nova Lei é expressa em diversos momentos, como em seu preâmbulo, no inc. II ao art. 2.º, no art. 7.º e no art. 81.

Obviamente, em respeito ao princípio federativo, algumas adaptações devem ser feitas, como, por exemplo, a utilização comum da plataforma do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse, Siconv, que pode servir indistintamente às diferentes pessoas jurídicas de direito público.

Por todo o exposto, parece evidente que a Lei 13.019/2014 procura tratar dos contratos entre pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos e o Poder Público em termos substancialmente diversos daqueles previstos em um contexto da chamada “privatização”, tal como propugnado durante a Reforma Administrativa da década de 1990, que será abordado neste livro a partir do item 7.12.

Isso pode ser melhor esclarecido pela avaliação dos modelos de contratos previstos na Lei 13.019/2014 e, também, na análise dos mecanismos de controle e avaliação do cumprimento desses contratos. Esses são os dois eixos principais da Lei 13.019/2014 e, por impactar diretamente para inúmeras associações, enfrentaremos o tema com maior minudência.

7.12.1 O contrato de colaboração e o contrato de fomento (o termo de colaboração e o termo de fomento).

A Lei 13.019/2014 representa mais um importante capítulo na tendência da contratualização das relações entre a administração pública e os particulares.⁵⁴ Não obstante essa tendência reforçada pela recente Lei, nela ainda se verifica a dificuldade de tratamento do instituto “contrato” – que é transversal a todo direito

54. Sobre o assunto, conferir a tese de OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

e, portanto, não é próprio apenas ao direito privado⁵⁵ –, nas relações com as pessoas jurídicas de direito público.

O primeiro sinal dessa dificuldade é terminológico.

Toda a Lei 13.019/2014 conflui para determinados tipos contratuais destinados a servir de vestimenta jurídica para operações de “parceria” entre a administração pública, envolvendo ou não a transferência de dinheiro público para os particulares.

Esses tipos contratuais são apresentados sob duas espécies: os contratos de colaboração (art. 2.º, VII, art. 16 e art. 33 da Lei 13.019/2014) e os contratos de fomento (art. 2.º, VIII, art. 17 e art. 33 da Lei 13.019/2014).

Por intermédio desses contratos são constituídos, em sentido amplíssimo, direitos e obrigações entre as pessoas jurídicas que correspondam ao tipo aberto das *organizações da sociedade civil* e as pessoas jurídicas de direito público.

Em princípio, nesses casos, não há uma contraposição de interesses entre as *organizações da sociedade civil* e a administração pública. Há convergência de interesses e objetivos na parceria que, ao fim e ao cabo, atende as diretrizes de promoção, de fortalecimento institucional e de incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público (art. 5.º, I) e de fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil (art. 6.º, IV).

Em poucas palavras: não há contraposição, há cooperação. Não há antagonismo de interesses, há convergência de interesses na implementação de atividades com finalidades de *interesse público* que não podem e não devem ser desenvolvidas apenas *pelas pessoas jurídicas de direito público*.

Essa ausência de contraposição ou antagonismo de posições, todavia, em nada afasta o instituto do “contrato”.

Conforme ressaltado noutras oportunidades deste livro, a limitação do contrato ao modelo geral de *troca* está desatualizada e, há muito tempo, o direito privado lida com contratos que não se amoldam pura e simplesmente às operações de troca. Isso é claro nos chamados *contratos associativos* e, no caso, também se mostra evidente nos contratos de colaboração e de fomento.

O legislador, todavia, insistiu em chamar o “contrato” de “termo”. Daí as expressões, equívocas e inadequadas, dos “termos” de colaboração e dos “termos” de fomento...

O termo é o suporte material que pode dar forma ao contrato. Daí o termo de ajuste de condutas, o termo de acordo acionistas, o termo de audiências, de depoi-

55. A esse respeito, sugerimos BACELLAR, Romeu Felipe Filho. *O direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Livraria do Advogado, 2007.

mentos e os inúmeros outros atos e negócios jurídicos que podem ser reduzidos a termo. Com o perdão para a aparente tautologia, o termo é um termo que não é adequado para expressar a natureza jurídica atos e negócios jurídicos.

Ao utilizar a expressão “termo de colaboração”, talvez o legislador tenha pretendido se afastar do regime jurídico próprio aos “contratos administrativos” tradicionais, objeto de especial regramento jurídico na Lei de Licitações e na legislação de convênios.

O jogo de palavras, todavia, mais confunde do que traz luz à questão, cambulhando a natureza jurídica das novas figuras, de colaboração e fomento, apresentadas pela Lei de 2014. A Lei de Licitações e a legislação própria aos convênios não é aplicável porque é estrutural e funcionalmente inadaptada aos objetivos cooperativos, havendo regra jurídica específica que obstaculiza a sua incidência aos contratos de colaboração e de fomento (art. 84 da Lei 13.019/2014).

De certo modo, essa inadequação terminológica se reflete na tentativa do legislador definir o termo de colaboração e o termo de fomento. Nos incisos VII e VIII ao art. 2.º conceitua-se o termo de colaboração como o “instrumento pelo qual são formalizadas” as correspectivas parcerias. Não há objeções em se denominar o instrumento como “termo”. Isso, todavia, não guarda nenhuma relação com a natureza jurídica do ato e, aí, encontramos um problema com consequências teóricas e práticas.

A natureza jurídica contratual encontra-se presente nos negócios jurídicos de colaboração e de fomento, a partir dos quais é constituída uma relação jurídica obrigacional entre os contratantes (relação jurídica obrigacional que não é de direito das obrigações).

A diferença principal entre os contratos de colaboração e de fomento está na circunstância de os contratos de colaboração terem origem em propostas de projetos de parceria pela administração pública, ao passo que, nos contratos de fomento, as propostas são originadas a partir das organizações da sociedade civil (incisos VII e VIII ao art. 2.º da Lei 13.019/2014).

Para que fossem atendidos os princípios da impessoalidade, da publicidade e, até mesmo, da eficiência, tal como designados no art. 5.º da Lei 13.019/2014, a constituição de ambos os contratos deve ser precedida de uma concorrência por intermédio de um procedimento público denominado “chamamento público”.

Nos contratos de fomento, com origem em propostas provenientes de atores privados, há ainda outra antessala: o procedimento de manifestação de interesse social (art. 18 a 21 da Lei 13.019/2014). Trata-se, em apertada síntese, de uma via para que os particulares (cidadãos, movimentos sociais ou organizações) possam provocar o Poder Público para a realização de determinado projeto, do qual pode resultar um contrato de parceria.

Há direito subjetivo à apresentação dessa proposta (art. 18) e um dever correspectivo, imputável à administração pública, de tornar pública essa proposta. Se verificada a conveniência e a oportunidade, pode ocorrer um chamamento público para a realização de uma parceria.

Cabe salientar, todavia, que não existe um dever da administração pública de proceder esse chamamento público. Há dever de receber e tornar pública a proposta, apenas isto.

A decisão de se proceder ou não o chamamento público para a realização da parceria submete-se aos critérios de conveniência, de oportunidade e, sobretudo de interesse público na realização do projeto apresentado.

A publicidade que é devida à manifestação de interesse social, todavia, submeterá essa decisão administrativa, positiva ou negativa, ao controle pela população.

Conforme antes exposto, tanto nos contratos de fomento quanto nos contratos de colaboração deve ocorrer o prévio “chamamento público” (art. 29 da Lei 13.019/2014), procedimento pelo qual deve ser comunicado à população o objetivo de realização do contrato de parceria com alguma organização da sociedade civil.⁵⁶

O edital de chamamento público deverá evidenciar, no mínimo (art. 24, § 1.º da Lei 13.019/2014): a) a programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria proposta; b) a espécie de parceria a ser celebrada; c) o objeto da parceria; d) as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas; e) as datas e os critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso; f) o valor previsto para a realização do objeto; g) o esclarecimento de que a organização da sociedade civil deve ostender, no mínimo, 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, além de experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas.

A experiência demonstra que os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade são passíveis de particular ofensa nessa fase contratual. Por essa razão, a Lei 13.019/2014, no § 2.º ao art. 24, expressamente veda “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo

56. Com exceção para as situações em que não possa ocorrer competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou das metas (art. 31 da Lei 13.019/2014), em casos de urgência, de guerra ou grave perturbação (art. 30 da Lei 13.019/2014).

e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos concorrentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria”.

Deste modo, busca-se evitar que os editais de chamamento público já predefinam os vencedores da concorrência que se busca realizar, refutando cláusulas nos editais que sirvam de obstáculo à competição entre os diversos interessados, em homenagem aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da economicidade e da eficiência (art. 5.º da Lei 13.019/2014).

As propostas apresentadas devem ser julgadas por uma comissão de seleção, previamente designada, que deverá avaliar, em especial, o grau de adequação das propostas aos objetivos específicos da parceria pretendida. O valor de referência, constante do chamamento público, é considerado um critério obrigatório de julgamento (art. 27 da Lei 13.019/2014).

Na sequência, os contratos de colaboração e de fomento devem ser constituídos com a rigorosa observação do que foi exposto no edital de chamamento público e, também, no plano de trabalho que se sagrou vencedor.

Na configuração das parcerias, dentre os direitos e obrigações que vincularam as partes, não necessariamente haverá contrapartida financeira. Tudo dependerá do plano de trabalho que deverá ser projetado no contrato de fomento ou de colaboração.

O plano de trabalho, conforme exposto no art. 22 da Lei 13.019/2014, deve ser minucioso, tanto na avaliação da realidade a ser transformada pela parceria, quanto no desenho dos objetivos, metas e indicadores, qualitativos e quantitativos. O plano de trabalho, ademais, deve projetar a principiologia eleita pela Lei que, como antes esclarecido, em muito se espelha aos princípios da administração pública do art. 37.

O objeto dos contratos de fomento ou de colaboração não poderá, direta ou indiretamente, abranger a delegação das funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado, nem tampouco a prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado.

Tampouco permite-se, nas modalidades de contratos de fomento e de colaboração, a contratação de serviços de consultoria, com ou sem produto determinado e o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens (art. 40 da Lei 13.019/2014).

Os contratos de colaboração ou de fomento, por fim, devem conter um universo de vinte cláusulas genericamente indicadas no art. 42 da Lei 13.019/2014, que devem conter:

- a) a descrição do objeto da parceria;
- b) os direitos e as obrigações que vinculam as partes;

- c) valor total do repasse e o cronograma de desembolso;
- d) a classificação orçamentária da despesa, mencionando-se o número, a data da nota de empenho e a declaração de que, em termos aditivos, serão informados os créditos e empenhos para a cobertura de cada parcela da despesa a ser transferida em exercício futuro;
- e) quando for o caso, a contrapartida e a forma de sua realização, mediante produtos ou serviços necessários à consecução do objeto;
- f) a vigência do contrato e as hipóteses de prorrogação;
- g) a obrigação de prestar contas com definição de forma e prazos;
- h) a forma de monitoramento e de avaliação, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico;
- i) a eventual obrigação de restituição de recursos, nos casos previstos na Lei 13.019/2014;
- j) a definição, se for o caso, da titularidade dos bens remanescentes na data da conclusão ou extinção do contrato de parceria e que, em razão dessa, houverem sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela administração pública;
- k) a estimativa de aplicação financeira e as formas de destinação dos recursos aplicados;
- l) a prerrogativa do órgão ou da entidade transferidora dos recursos financeiros de assumir ou de transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação ou da ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade;
- m) a previsão de que, na ocorrência de cancelamento de restos a pagar, o quantitativo possa ser reduzido até a etapa que apresente funcionalidade;
- n) a obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos na conta bancária específica da parceria em instituição financeira indicada pela administração pública;
- o) a faculdade de livre acesso dos servidores dos órgãos ou das entidades públicas repassadoras dos recursos, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondentes aos processos, aos documentos, às informações referentes aos instrumentos de transferências regulamentados por esta Lei, bem como aos locais de execução do objeto;
- p) a faculdade dos partícipes resilirem a relação contratual, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a manifestação de desligamento, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias;

- q) a cláusula de foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução extrajudicial, com a participação da Advocacia-Geral da União, em caso de os partícipes serem da esfera federal, administração direta ou indireta, em cumprimento ao art. 11 da MedProv 2.180-35, de 24.08.2001;
- r) a obrigação de a organização da sociedade civil inserir cláusula, no contrato que celebrar com fornecedor de produtos ou serviços com a finalidade de executar o objeto da parceria, que permita o livre acesso dos servidores ou empregados dos órgãos ou das entidades públicas repassadoras dos recursos públicos, bem como dos órgãos de controle, aos documentos e registros contábeis da empresa contratada, salvo quando o contrato obedecer às normas uniformes para todo e qualquer contratante;
- s) a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal;
- t) a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relativos ao funcionamento da instituição e ao adimplemento do termo de colaboração ou de fomento, afastando qualquer hipótese de responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública pelos respectivos pagamentos, qualquer oneração do objeto da parceria ou restrição à sua execução.

Cabe ressaltar que na previsão dessas cláusulas encontra-se evidente a preocupação do legislador com a transmissão de recursos financeiros públicos para os particulares. Não se pode deixar de observar, todavia, que a Lei 13.019/2014, nos termos de seu art. 1.º, também engloba *parcerias em que não ocorra essa espécie de transferência*.

Além das cláusulas acima identificadas, deve compor o conteúdo do contrato o plano de trabalho e o regulamento de compras e contratações adotado pela organização da sociedade civil devidamente aprovado pela administração pública parceira.

No curso da execução dos contratos de parceria, o regulamento de compras e contratações deve ser rigorosamente observado quando do uso de recursos transferidos pela administração pública.

Trata-se, de certo modo, de um mecanismo que procura garantir a observação dos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da economicidade, da eficiência e da isonomia sem que se tenha de recorrer ao regime jurídico geral dos contratos administrativos e, em especial, à Lei de Licitações.

Para facilitar o controle, a administração pública deverá disponibilizar às organizações da sociedade civil um sistema eletrônico para o processamento de compras e contratações, via internet, nos termos previstos no art. 43 da Lei 13.019/2014.

A remuneração da equipe de profissionais que prestará serviços na parceria não viola a destinação “sem fins econômicos” dos projetos, desde que esteja dimensionada no plano de trabalho, que os profissionais apresentem a qualificação técnica e a remuneração seja proporcional ao tempo de trabalho e ao valor praticado em mercado na região específica de execução do contrato, nunca superior ao teto do Poder Executivo (art. 46 da Lei 13.019/2014).

7.12.2 Os mecanismos de controle e de avaliação do cumprimento dos contratos de parceria na Lei 13.019/2014

A Lei 13.019/2014 também é caracterizada pela sofisticação dos mecanismos de controle e de avaliação do cumprimento dos contratos de parceria.

Além da expressa previsão contratual dos mecanismos de controle (art. 42 da Lei 13.019/2014), reconhece-se a prerrogativa e a competência da administração pública de realizar procedimentos de fiscalização *in loco*, para monitoramento e avaliação do cumprimento do objeto (art. 58).

A partir desses atos de fiscalização, devem ser elaborados relatórios técnicos, que conforme estabelece o art. 59 da Lei 13.019/2014, deve conter a) a descrição sumária das atividades e metas estabelecidas; b) a análise das atividades realizadas, do estágio de cumprimento das metas e do impacto do benefício social até então obtido; c) a indicação dos valores efetivamente transferidos pela administração pública e valores comprovadamente utilizados; d) os custos indiretos, os remanejamentos efetuados, as sobras de recursos financeiros, incluindo as aplicações financeiras, e eventuais valores devolvidos aos cofres públicos, quando adequado; e) a análise dos documentos comprobatórios das despesas apresentadas pela organização da sociedade civil na prestação de contas; f) a análise das auditorias realizadas pelos controles interno e externo, no âmbito da fiscalização preventiva, além de suas conclusões.

Sem prejuízo do constante monitoramento, as organizações da sociedade civil deverão apresentar, ao final do contrato de parceria, uma minuciosa prestação de contas, em até 90 (noventa) dias, contados a partir do término da relação contratual (art. 69 da Lei 13.019/2014).

A prestação de contas é destinada essencialmente a verificar, formal e materialmente, a execução dos objetivos previstos no contrato de fomento ou de colaboração, conforme expresso no art. 64 da Lei 13.019/2014: “A prestação de contas apresentada pela organização da sociedade civil deverá conter elementos que permitam ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados, até o período de que trata a prestação de contas”.

Há, portanto, uma preocupação na constatação dos resultados e do alcance das metas planejadas e, apenas indiretamente, na atividade desenvolvida pelas associações para o alcance dessas metas.

Na hipótese de descumprimento, total ou parcial, desde que assegurada a prévia defesa e o devido processo legal, podem ser aplicadas três espécies de sanções: a) uma advertência; b) a suspensão temporária de participação em chamamentos públicos e o impedimento de contratar fomento, colaboração em outros contratos com a administração pública; c) a declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar contratos de fomento e de colaboração (art. 73 da Lei 13.019/2014), tudo isso sem prejuízo da responsabilidade por atos de improbidade administrativa, considerando a ampliação do rol de atos assim qualificados no art. 10 da Lei 8.429/1992, em especial nos incisos VIII e XVI a XXI.

7.13 A “qualificação” de associações: associações de utilidade pública, organizações sociais e Oscips

As associações sem fins econômicos, por muitas vezes desenvolverem atividades ideais, mantêm uma relação com o Estado conforme o modelo jurídico e político em cada lugar e tempo.

Nesse assunto é possível perceber cada uma das três passagens dessa relação – do repúdio ao reconhecimento e, por fim, do reconhecimento à promoção –, tal como abordado nos primeiros Capítulos do livro.

No Brasil, a etapa do reconhecimento e a primeira tímida passagem para algum nível de *promoção* ocorreram pela concessão de títulos e certificados mediante os quais se atribuíam às associações benefícios tributários.

Apenas na década de 1990 verifica-se uma autêntica política de incentivo às associações e, especificamente, a criação de um primeiro marco legal do chamado *terceiro setor*.

Esse momento é inserto no contexto de uma ampla reforma administrativa, sustentada numa contratualização associativa das relações entre as pessoas jurídicas de direito público e as entidades sem fins lucrativos.

Isto se dá, sobretudo, por qualificações que *capacitam* associações personificadas sem fins econômicos (e outras espécies de pessoas jurídicas sem fins econômicos) para contratar com o poder público para dele receber apoios, incentivos, bens (em sentido amplíssimo) e vantagens.

O chamado marco das organizações da sociedade civil, criado pela Lei 13.019/2014, que é objeto do item anterior, se afasta desse modelo.

Isso em nada afasta a importância de uma cuidadosa investigação sobre essas qualificações. Ressalte-se, nesse sentido, que a Lei de 2014 expressamente não se

destina a tratar das organizações sociais (art. 3.º da Lei 13.019/2014) e apenas se aplica às Oscips “naquilo que couber” (art. 4.º da Lei 13.019/2014).

Conforme será adiante retratado, as organizações sociais e as OSCIPS correspondem a duas das principais qualificações que atualmente podem ser ostentadas por uma associação.

Pela especificidade de cada uma dessas qualificações, opta-se por tratá-las em itens separados, seguido de uma conclusão que indica as mais recentes orientações a respeito do tema, inclusive quanto à Lei de acesso às informações (Lei 12.527/2011).

Adota-se, como orientação metodológica, o enfrentamento do assunto a partir das qualificações em âmbito federal, considerando, sobretudo, a tendência de esse regime jurídico ser reproduzido em âmbito estadual e municipal (tal como, v.g., recentemente ocorreu no marco das organizações da sociedade civil, o que se pode verificar no art. 1.º da Lei 13.019/2014).

Nem sempre essa verticalização foi feliz. Por diversas vezes, particularidades dos Estados e dos Municípios são desconsideradas. De qualquer modo, ao tratar das qualificações em âmbito federal, apresenta-se ao leitor o caminho para a pesquisa das particularidades que se encontram em Estados e Municípios a esse respeito.

7.13.1 A qualificação de associação de utilidade pública

A primeira qualificação de associações sem fins econômico, em âmbito federal, se deu pelo título de “utilidade pública federal”, que se sucedeu por meio da Lei 91/1935, do Dec. 50.517/1961, complementado, atualmente, pelo Dec. 3.415/2000.⁵⁷

A qualificação de utilidade pública federal é concedida pelo Ministério da Justiça (art. 1.º do Dec. 3.415/2000), para as associações que comprovem os requisitos previstos no art. 2.º do Dec. 50.517/61, quais sejam: a) a constituição no Brasil; b) a regular personificação; c) o efetivo e contínuo funcionamento nos três anos imediatamente anteriores ao pedido, com a exata observância dos estatutos; d) a inexistência de remuneração, por qualquer forma, dos diretores e a ausência de distribuição de lucros, bonificações ou vantagens aos dirigentes, aos mantenedores ou associados; e) a demonstração da promoção, nos três anos anteriores ao pedido, de atividades de educação, de pesquisa científica, de cultural, inclusive artísticas e filantrópicas; f) a moralidade dos seus diretores; g) a assunção da obrigação de publicar anualmente a demonstração da receita e despesa realizadas no período anterior.

Sublinhe-se que a qualificação de utilidade pública federal surge no Brasil em um período de mero reconhecimento das associações que não causassem embara-

57. Sobre as origens e o contexto dessa qualificação, cf. CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Associações e fundações de utilidade pública*. São Paulo: Ed. RT, 1979.

ços ao governo brasileiro. A experiência jurisprudencial desse período, retratada no Capítulo IV, demonstra um efetivo controle autoritário sobre as associações que não permite atestar uma autêntica política promocional em virtude, pura e simplesmente, da qualificação de utilidade pública federal.

Muito pelo contrário. A experiência da qualificação de utilidade pública é marcada nesse período germinal, lamentavelmente, pelo autoritarismo e pelo clientelismo.

Segundo site do Ministério da Justiça, a qualificação de utilidade pública, sob a perspectiva federal, não ensejaria benefícios diretos,⁵⁸ em sentido convergente ao que já estabelecia o art. 3.º da Lei 91/1935.

Trata-se, portanto, apenas de um reconhecimento e distinção, pela União, que pode ser atribuído a uma associação.

Orientação em sentido diverso, no entanto, pode ser encontrada na legislação estadual e municipal, cuja autonomia permite a fixação de outros benefícios.

7.13.2 O certificado de entidade beneficente de assistência social

Em sentido convergente ao do título de utilidade pública, a partir da Constituição de 1988 e, nela, da estruturação da assistência social (art. 203 e seguintes), seguido da Lei de Organização da Assistência Social (Lei 8.742/1993), cria-se o certificado de entidade beneficente de assistência social, que atualmente é objeto da Lei 12.101/1999 e do Dec. 7.237/2010.

Trata-se de certificação guardada às entidades beneficentes de assistência social que sejam pessoas jurídicas de direito privado, com finalidades vinculadas à prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação.

Os requisitos necessários para a certificação de entidade beneficente de assistência social são muito mais rigorosos do que aqueles pertinentes à utilidade pública, e guardam cuidado com as especificidades de cada uma das áreas abrangidas.

A própria certificação é atribuída a três Ministérios, conforme a atividade desenvolvida pela associação que pretende a certificação (Ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento social e combate à fome). Os critérios e requisitos são minudenciados no Dec. 7.237/2010.

Exige-se, em geral, que a pessoa jurídica de direito privado não apenas desenvolva atividades sem fins econômicos, mas desenvolva atividade de assistência social, saúde ou educação sem a remuneração de seus diretores.

58. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ3891F04CITEMID97D078A-3869C49F086FC5AF79F411533PTBRIE.htm]. Acesso em: 10.07.2012.

O caráter ideal da entidade deve se manter em todas as suas fases, inclusive na extinção mediante destinação do remanescente patrimonial para outra entidade, pública ou privada, de finalidade semelhante.

A certificação de entidade beneficente de assistência social enseja a isenção da contribuição social patronal à seguridade social, nos termos do art. 29 da Lei 12.101/1999.

No caso da certidão de entidade beneficente de assistência social, a política promocional já se faz presente para um determinado setor de desenvolvimento da atividade associativa, pela via da chamada *sanção positiva* tributária. O assunto será tratado em pormenor no capítulo VIII.

7.13.3 A qualificação de organização social (OS) e de organização social de serviço público (Oscip)

Conforme antes ressaltado, a transformação estrutural na relação entre as associações e o Estado, no entanto, vem no bojo da Reforma do Estado promovida pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995.⁵⁹

Naquela oportunidade, pretendia-se remodelar a relação entre pessoas jurídicas de direito privado que desenvolvem atividades de interesse público e o Estado, por meio de uma progressiva limitação da intervenção estatal direta em favor da atribuição de competências, poderes, funções e recursos às entidades de direito privado que fossem *qualificadas* pelas pessoas jurídicas de direito público.

Assim surge o primeiro chamado “marco legal do direito do terceiro setor” no Brasil, tal como tratado no Capítulo III, fortemente influenciado por uma aplicação do chamado princípio da subsidiariedade.

Essa relação especial que poderia ocorrer entre as associações de direito privado e as pessoas jurídicas de direito público seria mediada por duas qualificações: a de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), nos termos da Lei 9.790/1999 e do Dec. 3.100/1999, e a qualificação de Organização Social, com fundamento na Lei 9.637/1998.

O contexto em que ambas as qualificações são criadas é o mesmo, ainda que haja diferenças marcantes entre cada uma delas, que justificam um tratamento separado.

59. Há farta bibliografia a respeito. Seguimos, nesse particular, MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus vínculos contratuais com o Estado. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004; MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro setor e imunidade tributária: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

Naquilo que é comum, mostra-se importante destacar que as organizações sociais e as organizações sociais de serviço público não são novas espécies de pessoas jurídicas.

Cada uma das figuras corresponde a uma qualificação que capacita *peças jurídicas de direito privado* a contratar com a administração pública para, por meio dessa relação jurídica, receber recursos, que podem ser monetários, podem ser bens móveis ou imóveis ou, inclusive, a cessão de funcionários para o desenvolvimento de atividades da entidade.

É preciso frisar que tal qualificação, e também os benefícios dela consequentes, não retiram o caráter de *direito privado* de tais entidades e, no particular interesse desse livro, de tais associações.

Obviamente, o recebimento de recursos públicos insere um regime jurídico especial, que convive com a estrutura e a função de *direito privado*, e vai se mostrar particularmente importante na *escolha das associações que serão qualificadas, nos critérios para controle e avaliação dos objetivos contratuais, na transparência e em critérios especiais para a dissolução da entidade.*

Outra particularidade é uma concepção mais rigorosa na configuração da *ausência de fins econômicos* quando comparada com o Código Civil.

Esses aspectos serão identificados e explicados, nos próximos itens, com as diferenças pertinentes entre as organizações sociais e as organizações sociais de serviço público.

7.13.3.1 A qualificação de organização social (OS)

A qualificação de organização social, de que trata a Lei 9.637/1998, viabiliza que pessoas jurídicas de direito privado celebrem contratos de gestão com a administração pública federal para o desenvolvimento de atividades associadas, de interesse público, nos setores da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

Com a qualificação e a posterior celebração do contrato de gestão, torna-se possível à associação receber recursos orçamentários e bens públicos destinados ao cumprimento dos objetivos do contrato (art. 12, Lei 9.637/1998) e, também, ser beneficiado pela destinação de funcionários públicos para atuarem na entidade (art. 14, Lei 9.637/1998).

A escolha das entidades para a qualificação como associações e a subsequente celebração do contrato de gestão independe de processo licitatório. O contrato de gestão insere-se nas hipóteses de dispensa de licitação, com expressa previsão, nesse sentido, no art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993.

A destinação de tais recursos orçamentários e bens públicos às organizações sociais, com fundamento no contrato de gestão, também se faz independentemente de processo licitatório, nos termos do § 3.º ao art. 12 da Lei 9.637/1998.

Sublinhe-se, portanto, que essa escolha da organização social ocorre em moldes muito diversos daqueles orientados pela Lei das organizações da sociedade civil, que exige, como antessala da relação contratual e, por consequência, do repasse de recursos orçamentários, um chamamento público para que se estabeleça uma concorrência entre entidades interessadas em realizar contratos de parceria com a administração pública (art. 23 da Lei 13.019/2014).

Para que as associações sem fins econômicos possam obter a qualificação de Organizações Sociais e celebrar o contrato de gestão com a administração pública federal, mostra-se necessário adotar uma estrutura estatutária particular, para além, portanto, daquela encontrada no Código Civil, que foi objeto de explicação neste Capítulo.

Destaca-se, nesse sentido:

- a) a necessidade de convergência entre os objetivos associativos e a respectiva área de atuação do pretendido contrato de gestão;
- b) para além da finalidade não lucrativa, a expressa menção da obrigatoriedade de investimento dos eventuais excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) a estruturação de órgãos de deliberação superior, de controle e de um conselho de administração, com poderes e competências que, no mínimo, correspondam ao disposto no art. 4.º da Lei 9.637/1998, além da fixação de poderes claros e precisos para a diretoria;
- d) a específica previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- f) a previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

Essa peculiar estruturação serve de alicerce para duas características fundamentais para as organizações sociais: a participação do Poder Público nos órgãos centrais da associação e o controle dos recursos públicos destinados à associação.

Nos termos dos incisos I e II do art. 3.º da Lei 9.637/1998, o conselho de administração da associação deverá ser formado de vinte a quarenta por cento de

representantes do Poder Público que qualificou a associação como organização social. Outros vinte a trinta por cento das cadeiras do conselho de administração deverão ser ocupadas por representantes da sociedade civil.

Essa presença obrigatória define a distribuição de poderes e de competências na associação, uma vez que o conselho de administração torna-se um órgão proeminente ante as atribuições que obrigatoriamente devem ser a ele conferidas, nos termos do art. 4.º da Lei 9.637/1998, tais como, dentre outros: i) a aprovação da proposta de contrato de gestão a ser celebrado com o Poder Público; ii) a aprovação da proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos; iii) o poder de nomeação e demissão dos membros da diretoria, bem como fixação de sua remuneração; iv) a competência para aprovar e dispor sobre alterações estatutárias, regimento interno e eventual extinção da entidade; v) aprovação dos planos de contratação da entidade e relatórios de execução do contrato de gestão.

Perceba-se, portanto, que a liberdade de estruturação e direção da associação é limitada como requisito preliminar para a qualificação como organização social.

Mais que isso. A particularidade dos requisitos é tão grande que, na prática, impede que associações sejam criadas e desenvolvidas para, num momento futuro, receber a qualificação de organização social.

Mostra-se necessária a criação de uma entidade que já é gerada para esse específico objetivo ou, pelo menos, sofre uma enorme transformação, até mesmo para inserir no centro nevrálgico de sua administração a participação do Poder Público.

O controle, por sua vez, é de competência primeira do órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, conforme art. 8.º da Lei 9.637/1998, e deve se dar sob o resultado dos objetivos delineados no contrato de gestão.

Na hipótese de o órgão fiscalizador tomar conhecimento de irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos públicos, há o dever de cientificar o Tribunal de Contas da União do ocorrido, sob pena de responsabilidade solidária (art. 9.º, Lei 9.637/1998), sem prejuízo de, em situações graves e diante de fundados indícios de malversação de bens ou recursos públicos, da elaboração de representação ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União ou à Procuradoria específica para que tome as medidas adequadas ao interesse público (art. 10, Lei 9.637/1998).

Conforme ressaltado anteriormente, o modelo jurídico das associações surge no contexto de uma ampla reforma administrativa que foi pautada, dentre outros objetivos, pela desestatização.

Uma das vias para esse objetivo se dava, justamente, por meio das organizações sociais. Ainda que, por vezes, ela seja mencionada por termos vinculados à ideia de *publicização*, o seu contexto é justamente o contrário (o art. 20 da Lei 9.637/1998

menciona expressamente um *programa nacional de publicização* pelo qual seriam dadas as diretivas federais de qualificação de entidades com organizações sociais).

Pretendia-se, por meio da criação de organizações sociais, retirar o Estado do desenvolvimento direto de algumas atividades, que passariam a ser realizadas por pessoas jurídicas de direito privado potencializadas por recursos públicos em sentido amplíssimo.

Isso fica claro, v.g., nas disposições gerais da Lei 9.637/1998 (arts. 21 e ss.), que trata da *extinção* de pessoas jurídicas de direito público (como a Fundação Roquette Pinto, até então vinculada à Presidência da República), seguidas da qualificação de entidades de direito privado, como organizações sociais, que receberiam recursos públicos para desenvolver as mesmas atividades.

Tal processo dar-se-ia mediante uma contratualização de relações jurídicas entre as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como organizações sociais (sem fins econômicos).

Segundo o modelo legislativo aqui sumariamente analisado, isso ocorreria fora dos lindes das licitações públicas. A escolha de entidades sem fins econômicos seria predominante política, desde que observados os requisitos básicos estruturante de tais pessoas jurídicas descritos na Lei 9.637/1998.

Tais requisitos básicos estruturantes, ressalte-se, são absolutamente formais, e não guardam uma relação direta com a *realidade organizacional* da pessoa jurídica de direito privado.

Nesse sentido, desde que observada a cartilha dos requisitos da Lei 9.637/1998, mediante uma adequada construção de estatutos de uma associação sem fins econômicos, seria possível obter a qualificação de organização social.

A escolha de uma específica associação para ser escolhida, dentre tantas hipoteticamente possíveis, para ser qualificada como organização social, seria o resultado de uma *escolha política* e, no mais das vezes, de uma vinculação entre a pessoa jurídica de direito público que qualifica e a pessoa jurídica de direito privado a ser qualificada (até mesmo porque, nos quadros da pessoa jurídica qualificada, deve se verificar a intensa participação de representantes do Poder Público).

Nessa escolha, portanto, não há concorrência pública, em sentido oposto ao que, posteriormente, se desenhou no regramento das chamadas organizações da sociedade civil, pela Lei 13.019/2014.

Uma vez que a associação sem fins econômicos é qualificada como organização social, a celebração do contrato de gestão com a pessoa jurídica de direito público que lhe qualificou se dá independentemente de processo licitatório, por dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993.

A associação sem fins econômicos qualificada como associação igualmente não tem o dever de realizar suas contratações por meio de licitações públicas.

Como pessoa jurídica de direito privado, a ela não se aplica a Lei 8.666/1993, ainda que tenha recebido recursos públicos por meio do contrato de gestão. Qualquer entendimento em sentido contrário violaria o regime jurídico que lhe é próprio e afronta o modelo inaugurado pela Lei 9.637/1998.⁶⁰

Em princípio, do mesmo modo, o controle dessas associações se dá apenas indiretamente pelo Tribunal de Contas. A prestação de contas dela se faz à entidade que lhe qualificou, nos termos do art. 8.º da Lei 9.637/1998.

Esse controle, por sua vez, diz respeito ao alcance dos objetivos do contrato de gestão. Inexiste qualquer sentido e, tampouco é conforme o ordenamento jurídico, exigir da associação uma prestação de contas segundo o regime jurídico de direito público que seria aplicável, v.g., a uma autarquia ou a uma associação pública.

Repita-se. A qualificação de organização social não retira da associação a natureza jurídica de direito privado.

Apenas nas hipóteses de indícios de malversação dos recursos recebidos, nos termos dos já citados arts. 9.º e 10.º da Lei 9.637/1998, é que o Tribunal de Contas deveria ser movido, sem prejuízo da Advocacia Geral da União, do Ministério Público e das Procuradorias, para que as providências cabíveis fossem tomadas.

O controle pelo Tribunal de Contas, portanto, é indireto, respeitando-se a natureza jurídica de direito privado das associações qualificadas como organizações sociais.⁶¹

7.13.3.2 A qualificação de organização social de interesse público (Oscip)

Ainda que sob o mesmo contexto, a qualificação de organização social de interesse público (Oscip) sofisticou o modelo das organizações sociais e, talvez por isso, acabou alcançando uma maior aplicabilidade prática.

A qualificação de Oscip foi criada pela Lei 9.790/1999, foi regulamentada pelo Dec. 3.100/1999 e, mais recentemente, sofreu grande alteração pelos Decretos 7.568/2011 e 7.592/2011.

Trata-se de qualificação que pode ser atribuída a pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos que persigam pelo menos um dos seguintes objetivos: a) promoção da assistência social; b) promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; c) promoção gratuita da educação; d) promoção gratuita da saúde; e) promoção da segurança alimentar e nutricional; f) defesa,

60. Cite-se, nesse sentido, o sensato posicionamento de BACELLAR, Romeu Felipe Filho. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 249.

61. JUSTEN, Marçal Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1988. p. 35.

preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; g) promoção do voluntariado; h) promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; i) experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; j) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; k) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; l) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades anteriormente mencionadas. (art. 3.º da Lei 9.790/1999).

As pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como organizações sociais de interesse público podem celebrar com as pessoas jurídicas de direito público que lhe qualificaram contratos, denominados pelo art. 10 da Lei 9.790/1999 de termos de parceria.

Esses contratos, indevidamente denominados de “termos” (conforme explicado no item 7.11) vinculam as partes a projetos e credenciam as pessoas jurídicas de direito privado ao recebimento de recursos, em sentido amplo, para o desenvolvimento do que foi consensual planejado.

Ao contrário do que se verifica nas organizações sociais, o modelo jurídico das Oscips não exige a participação da administração pública nos órgãos da pessoa jurídica de direito privado.

Exige-se, no entanto, uma organização que demonstre controle e eficiência, mediante a adoção de princípios, sem excluir a natureza jurídica de direito privado.

Os estatutos das pessoas jurídicas de direito privado, para que possam ser qualificadas como Oscips, devem expressamente prever: a) a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; b) a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório; c) a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; e) a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; f) a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

g) a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação.

A ausência de finalidades econômicas, ainda, deve ser delineada em moldes mais estritos para uma pessoa jurídica de direito privado ser qualificada como Oscip.

Impõe-se à pessoa jurídica que não distribua, entre os seus associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

Além disso, conforme ressaltado anteriormente, no momento de eventual dissolução a ausência de fins econômicos deve estar presente pela vedação à distribuição de seu remanescente patrimonial entre os seus membros.

As Oscips, ainda, mostram-se vinculadas a um regime de controle e prestação de contas mais rigoroso do que aquele previsto para as Organizações Sociais. Exigem-se delas: i) a observação dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; ii) a publicidade, por meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, do relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS; iii) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento.

A prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público deve ser feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

Mediante recente reforma legislativa, a escolha das pessoas jurídicas de direito privado para a celebração dos termos de parceria (contratos) deve ser precedida por concurso de projetos (nos termos do art. 23 do Dec. 3.100/1999, com a redação dada pelo Dec. 7.568/2011).

Sofisticaram-se, também, os mecanismos de controle, por meio do Siconv - Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse, plataforma do governo federal que também pode ser compartilhada pelos Estados, Municípios e outras pessoas jurídicas de direito público.

Além do caráter não econômico e da universalidade no desenvolvimento de atividades de interesse público, veda-se às Oscips a participação em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, sob quaisquer meios ou formas (art. 16 da Lei 9.790/1999).

7.13.4 As organizações sociais e as organizações sociais de interesse público em momentos de transição. O princípio da segurança jurídica

Tal como antes ressaltado, as organizações sociais e as organizações sociais de interesse público são fruto de um momento histórico e político brasileiro próprio ao final da década de 1990.

Esse contexto não permanece o mesmo. A reforma administrativa e, nela, o tratamento das organizações da sociedade civil, é palco de um intenso debate, com posições antagônicas, e subsequentes alterações legislativas (sendo a mais importante delas a Lei 13.019/2014, que trata das organizações da sociedade civil, tal como apresentado no item 7.12).

De um lado, há quem verifique na contratualização das relações entre pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado uma tendência de diminuição dos antagonismos entre sociedade civil e Estado em perspectiva de saudável cooperação, com o respeito a uma subsidiariedade da atuação direta do poder público em determinados setores.⁶²

Por outro lado, há quem defenda nesse modelo um retrocesso ao Estado Social e a proteção do interesse público, questionando as possibilidades e o resultado de uma diminuição do papel nesses setores, até mesmo no que diz respeito à eficiência das pessoas jurídicas de direito privado no desenvolvimento dessas atividades.⁶³

O antagonismo toma proporções delicadas ante a ausência de um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a respeito da constitucionalidade da Lei das Organizações Sociais (Lei 9.637/98).

A ADIn 1923/DF, proposta pelo PT e pelo PDT em momento histórico no qual o Partido dos Trabalhadores encontrava-se como oposição até o presente momento não foi julgada.

Nela encontra-se sob discussão o próprio modelo das organizações sociais, sobretudo naquilo que diz respeito à exceção ao princípio da licitação e ao controle pelo Tribunal de Contas.

As alterações sociais e políticas que transitam pelas organizações sociais e pelas organizações sociais de interesse público causam enorme insegurança jurídica. Os administradores dessas pessoas jurídicas, por exemplo, atuam sob determinado regime, de direito privado, que se encontra sob o risco de ser julgado inconstitucional.

62. Cite-se, nesse sentido, a tese de JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. *Contrato de gestão*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

63. Cite-se, nesse sentido, a tese de GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Cite-se, ainda, a dissertação de mestrado de VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

A legislação superveniente nem sempre é sensível à questão. A recente Lei da transparência (Lei 12.527/2011), ao delinear o seu âmbito de aplicação, determina, no art. 2.º: “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênio, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres”.

Qual o sentido da ressalva “no que couber”?

Há informações que obviamente inserem-se no dever de transparência e informação, tais como: o texto dos contratos de gestão, o texto dos termos (contratos) de parceria, os eventuais aditamentos, os contratos de toda e qualquer espécie de subvenção, o montante de recursos transferidos, a prestação de contas etc.

Outras informações, típicas da administração privada que é pertinente às pessoas jurídicas de direito privado, não poderiam ser obrigatoriamente expostas, tais como: os contratos particulares entre essas pessoas jurídicas e seus fornecedores, trabalhadores, prestadores de serviço, entre outros.

Sob a perspectiva das transformações do direito positivo, verifica-se uma tendência de busca de um termo intermediário entre as posições antagônicas que ainda imperam na discussão acadêmica.

Um sinal evidente desse movimento pode ser percebido nos Decretos presidenciais 7.568/2011 e 7.592/2011, que sem desconstituir as qualificações antes expostas, sofisticam os mecanismos de impessoalidade precontratuais e as ferramentas de controle de execução.

Cite-se, nesse sentido, o trabalho de um grupo de trabalho que resultou na criação de um novo marco legal para as organizações da sociedade civil, por intermédio da Lei 13.019/2014, que seguindo a orientação das reformas legislativas antes citadas, apresentou soluções criativas, mediante um intenso trabalho de pesquisa, organização de dados e avaliação crítica levado à cabo pelo Ipea – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas.

Nesse *medievo* entre o modelo legislativo do final da década de 1990 e a busca de um novo norte legislativo para a segunda década do século XXI, exige-se do intérprete um grande esforço para evitar que a insegurança jurídica, que é própria aos momentos de transição, colha as situações criadas e desenvolvidas com base no termo inicial da travessia.

O princípio da segurança jurídica e, nele, a especial vedação aos atos contraditórios pela administração pública devem estar presentes na avaliação das situações transitórias a respeito das organizações da sociedade civil que, por contratos de convênio, de gestão ou de parceria receberam recursos públicos à luz do modelo jurídico inaugurado com a reforma administrativa.

Cite-se, apenas como exemplo, o modelo de prestação de contas e de controle por meio dos Tribunais de Contas. Não faz sentido exigir dessas pessoas jurídicas prestação pública.

Tal como mais uma vez esclarecido por meio da Lei 13.019/2014, em especial no art. 64, a prestação de contas deve objetivas, em especial, a verificação do alcance dos objetivos e metas do contrato celebrado: “A prestação de contas apresentada pela organização da sociedade civil deverá conter elementos que permitam ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados, até o período de que trata a prestação de contas”.

Ainda que a Lei 13.019/2014 não se aplique às organizações sociais (art. 3.º) e atinja as Oscips apenas “naquilo que couber” (art. 4.º), esse modelo de controle e prestação de contas tende a ser comum para se evitar um descompasso, estrutural e funcional, entre o momento genético desses contratos de parceria (a falta de um termo melhor, que se adote a parceria como termo genérico), a fase da execução e a derradeira ocasião de controle e prestação de contas.

7.14 A desconsideração da personalidade jurídica nas associações

A desconsideração surge como ferramenta hermenêutica para situações de *crise de função* do instituto da pessoa jurídica, conseqüente do descompasso entre as finalidades admitidas pelo ordenamento jurídico para a *personificação* e a realidade social, subjacente ou sobrejacente, de uma específica e determinada entidade personificada.⁶⁴

Neste item, pretendemos explicar, em rápida passagem, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica para, a partir desse suporte, enfrentar a aplicação dessa teoria às associações.

Em princípio, conforme sustenta Paulo Lôbo, a desconsideração da pessoa jurídica também é aplicável às associações.⁶⁵ Partindo desse pressuposto, que é correto, mostra-se pertinente questionar se o percurso desse remédio e a sua abrangência são adotados para as associações em sentido equivalente à construção doutrinária e jurisprudencial predominantemente focada nas sociedades empresárias.

64. CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. Tratamos da perspectiva teórica desse autor em outra oportunidade, cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Revistando a dupla crise da pessoa jurídica*. In: DELGADO, Mário Luiz; FIGUEREDO ALVES, Jones. *Questões controversas: direito de empresa cit.*, vol. 8, p. 45.

65. LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral cit.*, p. 183.

No Brasil, o assunto foi pioneiramente exposto por Rubens Requião, em conferência proferida na Universidade Federal do Paraná, publicada pela *Revista dos Tribunais* no ano de 1969.⁶⁶

Ao longo de mais de duas décadas seguintes, a desconsideração da pessoa jurídica operou-se por força exclusiva da força criativa e inovadora da jurisprudência. A partir de 1990, a começar pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), a desconsideração da personalidade jurídica foi transposta dos julgados ao direito objetivo.

Cumprir observar que, na passagem da construção jurisprudencial ao direito objetivo,⁶⁷ ocorreu uma relevante transformação: ao passo que a experiência jurisprudencial limitava a desconsideração da personalidade jurídica às situações de abuso ou descompasso funcional do instituto, o direito positivo nacional passou a admiti-la independentemente de qualquer desvio de função.

Isto inicia no Código de Defesa do Consumidor, pela original distinção entre aquilo que se convencionou chamar de uma *teoria maior* e de uma *teoria menor* da desconsideração da pessoa jurídica.

A teoria maior exigiria a verificação de pelo menos um dos requisitos eleitos pelo legislador para que se operasse a desconsideração, nos termos do *caput* do art. 28 da Lei 8.078/1990: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

Sublinhe-se que o extenso rol de situações que ensejariam a grave medida expandiu-se por hipóteses nada uniformes. A enumeração do *caput* do art. 28 da Lei 8.078/1990, v.g., perpassa por situações objetivas (como, v.g., o excesso de poder, a infração da lei, o fato ou ato ilícito), por situações com elevada subjetividade (como, v.g., má administração) e, ainda, por outras que podem ser apenas consequências de vicissitudes da própria atuação em mercado (como, v.g., um estado de insolvência). A amplitude é evidente.

Não bastasse o *caput*, a chamada *teoria menor* da desconsideração da pessoa jurídica, que estaria presente no § 4.º ao art. 28 do CDC, permitiria a limitação da separação patrimonial quando a personalidade jurídica significasse, apenas e tão

66. REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *RT*, ano 58, vol. 410, dez. 1969. p. 57.

67. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A desconsideração inversa da pessoa jurídica. *RT*, vol. 917, p. 502-510, 2012.

somente, um óbice à satisfação de uma pretensão ao ressarcimento: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

O mesmo texto, posteriormente, foi reproduzido em diversos outros diplomas legislativos. Isto ocorreu, por exemplo, no direito ambiental (art. 4.º da Lei 9.605/1998), na Lei que versa sobre a atividade de distribuição de combustível (§ 3.º ao art. 18 da Lei 9.847/1999) e, também, na legislação a respeito da indústria de petróleo (art. 23 do Dec. 2.953/1999).

Ao lado dessas regras, cite-se também como exemplos de Leis que tratam da desconsideração da pessoa jurídica, a legislação antitruste (art. 18 da Lei 8.884/1994 e art. 34 da Lei 12.529/2011) e, também, o Código Civil brasileiro (art. 50, CC).

No direito trabalho é comum a desconsideração da personalidade jurídica pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor por analogia e, também, pela imputação da relação de emprego à *empresa* e não à sociedade empresária personificada empregadora (mediante aplicação do art. 2.º da CLT, ainda que se distanciando da compreensão da *empresa* como atividade e não como sujeito de direito).

No direito tributário, por sua vez, isto se dá pela amplitude conferida ao polo passivo da obrigação tributária (citem-se, nesse sentido, sem prejuízo de outros, os arts. 124 e 135 do CTN).

Por intermédio deste sumário levantamento legislativo, constata-se quase uma dezena de fundamentos normativos diferentes que costumam ser apontados pelos tribunais como fundamento para a desconsideração da pessoa jurídica.

Cumprir observar, portanto, que em direito brasileiro não há *uma* teoria ou *um* regime de desconsideração da pessoa jurídica. Há diversas teorias da desconsideração da pessoa jurídica, com pressupostos e requisitos igualmente diferentes, que podem ser encontrados em um emaranhado normativo desuniforme.

As inúmeras e diferentes regras jurídicas a respeito da desconsideração da pessoa jurídica no Brasil, ao que tudo indica, inserem o país em uma posição inédita a respeito do tema.

Ao passo que a experiência em direito comparado mantém a excepcional limitação dos efeitos da personalidade jurídica como uma construção exclusivamente jurisprudencial, no Brasil, tal como antes demonstrado, ela passa a ser constantemente objeto de tratamento legislativo.⁶⁸

68. A conclusão é alicerçada em estudo de direito comparado desenvolvido por VANDERKERCKHOVE, Karen. *Piercing the corporate veil*. Netherlands: Kluwer Law International, 2007. p. 27 e ss.

É certo que, em muitas vezes, não obstante se utilizar o termo *desconsideração da personalidade jurídica*, sob um olhar crítico, tal medida efetivamente não se verifica.

A autêntica desconsideração da pessoa jurídica pressupõe uma limitação da eficácia típica da personificação, que corresponde à composição de um sujeito de direito autônomo, que titulariza uma esfera jurídica separada e um patrimônio distinto daqueles sócios, acionistas, fundadores ou associados que lhe constituíram.

Não é incomum perceber que em situações de responsabilidade solidária entre o sócio e a sociedade ou, ainda, em casos de responsabilidade do administrador por atos praticados pela companhia, a despeito da pessoa jurídica não ser efetivamente desconsiderada, tal teoria constantemente é invocada (mesmo que não se verifique uma limitação da eficácia típica da personificação).

Qualquer extensão eficaz de situações jurídicas passivas para além da pessoa jurídica costuma ser fundamentada na teoria de sua desconsideração, ainda que a consequência jurídica não seja fruto da limitação da eficácia jurídica típica da personificação.⁶⁹

A precisão teórica entre a desconsideração da pessoa jurídica e as hipóteses de responsabilidade direta do administrador – ao lado de eventuais outras situações de extensão eficaz de situações jurídicas passivas para além da pessoa jurídica –, é fundamental para se enfrentar o tema da desconsideração da pessoa jurídica nas associações.

Todo o esforço da doutrina e da jurisprudência brasileiras foi voltado para tratar da desconsideração da pessoa jurídica societária e, na maior parte das vezes, das sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Há poucos estudos a respeito da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima e, menos ainda, das associações sem fins econômicos.

O tratamento do tema com as particularidades do subtipo das associações sem fins econômicos é indispensável, sobretudo considerando que, hipoteticamente, as associações podem responder como *fornecedoras de produtos e serviços*, como *empregadoras*, como *sujeitos passivos tributários*, submetendo-se, em princípio, aos diferentes regimes de desconsideração da pessoa jurídica que convivem no ordenamento jurídico brasileiro.

69. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado do século XXI. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 385. Uma interessante leitura a esse respeito, como crítica da banalização da desconsideração da pessoa jurídica é apresentada por NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. Sobre a tendência, em posicionamento também crítico, o elucidativo EHRHARDT, Marcos Jr. *Direito civil: LIND e parte geral*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2011. vol. I, p. 298.

A legislação a respeito, frise-se bem, não traça qualquer diferenciação entre a desconsideração da personalidade jurídica de associações e sociedades, ainda que ambas sejam estrutural e funcionalmente tão diferentes, conforme ressaltado ao longo deste livro.

E, nesse tema, é inevitável que novamente venha à tona a diferença entre as sociedades e associações. Isso porque, quando se desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade, alcança-se um contrato societário, que vincula sócios no plano obrigacional. O elemento pessoal dos sócios é marcante.

Nas associações, caso seja desconsiderada a pessoa jurídica, o que será encontrado é um negócio jurídico entre associados e a associação, sem vínculos jurídicos obrigacionais entre eles, nos termos do parágrafo único ao art. 53. O elemento pessoal dos associados é disperso.

Essa diferença é fundamental.

Na sociedade o elemento pessoal dos sócios se faz e se mantém presente, antes e depois da personificação, ao contrário do que ocorre nas associações, nas quais o elemento pessoal dos *as-sociados* importa pouco. Esta é uma das diferenças fundamentais entre as sociedades e associações, minudenciado no Capítulo VI.⁷⁰

Esse elemento pessoal, na desconsideração da personalidade jurídica das sociedades de pessoas transparece e se impõe na responsabilização dos sócios, na maior parte das vezes de maneira indistinta.

Nas associações, a pertinência que se estabelece com o grupo, o potencial maior número de associados e a natural dissociação entre a posição de poder de decisão e administração da pessoa jurídica e a simples posição de pertencimento acaba por causar grandes embaraços para uma simples aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Alguns exemplos podem ilustrar como essa particularidade é marcante nas associações e, eventual desvalorização disso pode conduzir resultados absurdos.

Suponhamos uma associação desportiva, em que se associam esportistas amadores e profissionais de determinada modalidade. Na hipótese da prática de atos indevidos pelos dirigentes dessa entidade seria razoável que, a partir de uma desconsideração da pessoa jurídica, fosse imputada a responsabilidade patrimonial a todos esses esportistas pelos atos praticados pela associação?

Uma determinada ordem religiosa se organiza em associação e tem no quadro de seus associados os inúmeros fiéis que seguem a doutrina de um determinado “pastor”, que preside a entidade. Suponhamos que, a partir dessa associação, sejam praticados atos extremamente onerosos e abusivos por esse dirigente da associação

70. A distinção, que é basilar nesse livro, no Brasil, remonta a Pontes de Miranda, que trata do assunto em especial no t. I e no t. XLIX do *Tratado de direito privado*.

religiosa. Ocorrendo eventual desconsideração da personalidade jurídica seria razoável imputar a responsabilidade patrimonial aos fiéis associados?

A resposta é negativa.

O mesmo exemplo poderia ser reproduzido em associações de pais e mestres, em associações de beneficência, em clubes, entre outros.

A despeito de a doutrina tratar indistintamente a desconsideração da pessoa jurídica das associações e das sociedades,⁷¹ a tendência verificada na jurisprudência é diversa: os poucos julgados que encontramos sobre o tema limitam a consequência da desconsideração a uma imputação de responsabilidade aos associados que titularizam posições de poder na condução da entidade.⁷²

Essa orientação reflete a percepção – própria à prudência dos tribunais que se deparam com as particularidades desses casos – que, ao se levantar o manto da personificação nas associações, descobre-se que o elemento pessoal de um enorme número de associados pouco influencia na prática dos atos associativos inadmis-

71. Nesse sentido, v.g., ao contrário do que é aqui defendido, Torres Bianqui justifica a desconsideração da personalidade jurídica das associações pelo fato de, tal como nas sociedades, ambas seriam originadas de um contrato: “Com a regra de *autonomia patrimonial perfeita* (Torrente-Schlesinger), por débitos do associado não responde o patrimônio da associação e vice-versa. Mas, apesar desse fato (que também é inerente a algumas espécies de sociedade) e da associação não ter um fim econômico, claramente ela é um contrato associativo, que confere a ela personalidade jurídica plena, desde que com as exigências legais para tanto. Diante disso, ela pode ter sua personalidade jurídica desconsiderada se praticar alguma hipótese possível para tanto (...)” (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69).

72. Em julgado do Superior Tribunal de Justiça, menciona-se a manutenção da decisão do Tribunal de origem no sentido de, pela desconsideração da personalidade jurídica de associação, estender a responsabilidade patrimonial para o ressarcimento de danos ambientais apenas aos associados administradores (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 797.999-SP. Rel. Min. Luiz Fuz. j. 24.04.2007. DJ 04.06.2007. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 03.06.2012). No Tribunal de Justiça do Estado de São, em acórdão relatado pelo Des. Rizzatto Nunes, o tema é enfrentado em sua essência: “comprovado o encerramento irregular da executada, somado à inexistência de patrimônio penhorável (conforme se depreende dos autos, a exequente, ora agravante, tomou todas as providências razoáveis para obter dos devedores a garantia da execução, mas sem lograr êxito), legitima a desconsideração da personalidade da associação filantrópica, não para atingir seus associados, mas para atingir seus dirigentes, que a representam na forma dos estatutos” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ag 0271266-83.2011.8.26.0000. Disponível em: [www.tj.sp.jus.br]. Acesso em 03.06.2012). Cite-se, ainda, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que se decidiu pela desconsideração da pessoa jurídica para a imputação de responsabilidade patrimonial ao tesoureiro de uma associação por débitos tributários (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AgIn 70040551327.j. 06.04.2011. rel. Des. Marco Aurélio Heinz).

síveis. Daí a irrazoabilidade da extensão da responsabilidade patrimonial a todos associados, ainda que o art. 50 do CC não diferencie sociedades, associações e fundações ao possibilitar a desconsideração da pessoa jurídica.

O desconsiderar traz um olhar para aquilo que subjaz à personificação e o que se encontra é muito diferente em se tratando de sociedades de pessoas, de sociedades de capital, de associações, de fundações etc.

A indistinção no tratamento da desconsideração da pessoa jurídica – pensada e aplicada para as sociedades empresárias em que o elemento pessoal é marcante – orienta consequências nefastas.

Tal como ocorre com as sociedades anônimas e, num percurso jurisprudencial pouco coerente para outras entidades personificadas, para as associações sem fins econômicos a tendência é a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica como uma extensão da responsabilidade patrimonial pelo *poder de controle*.

7.15 O dano extrapatrimonial e as associações sem fins econômicos

A associação sem fins econômicos titulariza posições jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais. Por consequência, pode sofrer danos extrapatrimoniais, genericamente denominados *danos morais* pela prática jurídica.

Até pouco tempo atrás se manteve acesa a querela a respeito da possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos extrapatrimoniais, mormente pela ausência de uma estrutura biopsíquica hábil a sentir e, portanto, a sofrer danos dessa natureza.⁷³

O debate a esse respeito, em alguma medida, arrefeceu ante a Súm. 227 do STJ, ao enunciar: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

O termo dano moral, tal como lançado na súmula, deve ser interpretado como *dano extrapatrimonial*. Isso porque existem diversos outros bens jurídicos que, além de não se confundir com a *moral*, muitas vezes são mais adequados às particularidades das pessoas jurídicas.

Talvez o termo *dano moral*, consagrado na prática judicial, tenha dificultado a compreensão dos danos extrapatrimoniais suportados por pessoas jurídicas e, até hoje, cause embaraços para se reconhecer a vasta gama de possibilidades de danos à pessoa humana.⁷⁴

Isso porque, inexistente identidade entre o âmbito extrapatrimonial de proteção da pessoa humana e a pessoa jurídica.

73. Discorre sobre o tema CATALAN, Marcos. Dos danos extrapatrimoniais causados à pessoa jurídica à luz do enunciado 189 do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: [www.professorsimao.com.br]. Acesso em: 10.07.2012.

74. MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 422.

Dentre as explicações teóricas a esse respeito, merece destaque a construção de J. Lamartine Corrêa de Oliveira⁷⁵ que, partindo da filosofia tomista, assenta o pressuposto da diferença entre os seres de forma substancial e os seres de forma accidental para, mediante um raciocínio de *analogia por atribuição*, reconhecer a personalidade às entidades de formação social sem colocá-las no mesmo patamar dos seres humano.

Nesses lindes, a *pessoa*, pelo menos no sentido ético que é atribuído ao termo, diria respeito somente ao ser humano. Apenas ao ser humano seria reconhecida a *dignidade*. Às pessoas jurídicas, como seres de forma accidental, seria atribuída a personalidade por analogia ao ser humano. Segundo Lamartine Corrêa, a pessoa jurídica seria uma “realidade análoga à pessoa humana, porque idêntica em inúmeros aspectos e distinta no mais importante: a substancialidade, que esta possui e aquela não. É pessoa, portanto. Mas não no sentido pleno da palavra e sim por analogia”.⁷⁶

Em coautoria com o Professor Francisco Muniz, também esclarece-se que a pessoa humana seria mais que uma realidade ontológica. Seria uma realidade axiológica, vez que “*ser e valor* estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor está, no caso, inserido no ser. O homem vale, tem a excepcional e primacial dignidade de que estamos a falar, porque é”.⁷⁷

É nesse sentido que se busca a interpretação do art. 52 do Código Civil: “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção aos direitos da personalidade”.

Dentre os diversos direitos da personalidade, alguns deles são pertinentes à pessoa jurídica, como, v.g., o direito à imagem (institucional), o direito ao nome, o direito à honra objetiva etc. Outros não, como o direito à liberdade de orientação sexual etc.

O fato de a associação ser *sem fins econômicos* não retira dela a possibilidade de sofrer danos extrapatrimoniais que podem e devem ser reparados. A reparação dos danos extrapatrimoniais, inclusive mediante o recebimento de importância

75. Escrevemos tais considerações em LEONARDO, Rodrigo Xavier. O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica na Universidade Federal do Paraná: da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada, a partir de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. In: KROETZ, Maria Cândida. *Os cem anos de direito civil na UFPR*. Curitiba: UFPR, 2012 (no prelo).

76. CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. *Conceito de pessoa jurídica cit.*, p. 165. A respeito da substancialidade da pessoa humana e de sua projeção em uma reconstrução da noção de subjetividade no direito, cf. GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 46 e ss.

77. Grifos no original, CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. *RT*, ano 69, vol. 532, p. 16, fev. 1980.

em dinheiro, não contraria a ausência de finalidade econômica dessa espécie de pessoa jurídica.

Por vezes, a vinculação dessas pessoas jurídicas com as orientações mais caras aos seus associados torna ainda mais sensível a ocorrência de danos extrapatrimoniais e a necessidade de sua reparação. Conforme aponta Pablo Malheiros, “protege-se, por conseguinte, a pessoa jurídica não pelo que movimenta financeiramente, mas pelas ações tendentes à promoção do ser humano, objetivo e função primeva de todo ente personalizado, meio para o desenvolvimento dos projetos de vida dos seres humanos”.⁷⁸

A repercussão do art. 52 do CC vai além do direito material. Os remédios processuais para inibir a violação aos danos extrapatrimoniais, genericamente reconhecidos como tutela inibitória, podem ser utilizados pelas associações sem fins econômicos, seja para inibir os danos, seja para impedir a sua continuidade ou, até mesmo, para evitar o ilícito.⁷⁹

7.16 A desconstituição das associações sem fins econômicos

As associações sem fins econômicos são sujeitos de direito. São criadas para figurar como polos em relações jurídicas: titularizam situações jurídicas ativas e passivas ao longo de todo o desenvolvimento de uma vida associativa.

Se assim o é, o fim, a desconstituição de uma associação não pode se apartar de sua condição de sujeito de direito.

Usualmente, a desconstituição de uma associação sem fins econômicos é tratada como *dissolução*. O termo habitual na linguagem jurídica é o da *dissolução das associações*. Trata-se de expressão imprecisa.

Dissolução provém de *solução*, desfazimento que tem por consequência o retorno ao *status quo ante*, tal como dois ou mais compostos químicos que, expostos a um *solvente*, retornariam ao seu estado original.⁸⁰

Fossem as associações meros negócios jurídicos ou meros contratos, talvez a noção de *dissolução* pudesse dar conta da explicação de seu fim. O negócio jurídico associativo, no entanto, é apenas um dos elementos do *suporte fático* para a formação do fato jurídico que são as associações sem fins econômicos, tal como explicado no Capítulo VI.

78. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008. p. 261-262.

79. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

80. A explicação é recorrente no *Tratado de direito privado*. Cite-se, nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado cit.* t. XXV, p. 305 e ss.

Daí a advertência de Pontes de Miranda: “Posto que os juristas empreguem as expressões ‘dissolução da pessoa jurídica’, pessoa jurídica não dissolve, – pessoa jurídica deixa de ser, isto é, a entidade que se personificara perde a capacidade de direito”.⁸¹

Provavelmente em virtude dessa particularidade, o pensamento jurídico nacional ainda encontra dificuldade para distinguir a *dissolução*, a *liquidação* e a *extinção* de pessoas jurídicas.

Em um raciocínio por fases, pode-se dizer que a dissolução é o efeito jurídico – em associações usualmente proveniente de um acordo de dissolução – que atinge o negócio jurídico associativo e modifica a relação jurídica dele decorrente, que deixa de ser destinada à busca das finalidades para as quais a associação foi constituída e passa a se voltar para a sua extinção.⁸²

O que a dissolução atinge, rigorosamente, é o negócio jurídico associativo, que é um dos elementos do fato jurídico constitutivo da associação. Isso, no entanto, não é o bastante para desconstituir a pessoa jurídica associação.

A dissolução não se confunde com a liquidação. Não se liquida um sujeito de direito. Liquida-se, se necessário, o patrimônio. Trata-se de procedimento para se averiguar as posições ativas e passivas imputadas à pessoa jurídica, pagar o que se deve e se atribuir a alguém o que sobrar. Assim se sucede até o termo final da liquidação.⁸³

A extinção, por fim, é o ato jurídico que finaliza a desconstituição da pessoa jurídica. Em paralelismo à norma que impõe, como termo inicial da personalidade jurídica, o registro do ato constitutivo (art. 45, CC), o termo final se dá com a extinção, mediante o cancelamento do registro.

Uma vez esclarecidas as diferenças entre dissolução, liquidação e extinção,⁸⁴ pode-se perceber cada uma dessas fases no texto do art. 51 do CC, destinado a disciplinar a desconstituição das pessoas jurídicas em geral: “Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento,

81. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado* cit., t. I, p. 430.

82. Tratando do assunto sob a perspectiva do direito societário, Alfredo de Assis Gonçalves Neto explica: “cumpre diferenciar da liquidação a *dissolução* da sociedade. Esta, como visto nos comentários ao art. 1.033, é o momento a partir do qual a sociedade deixa de buscar a realização dos fins que justificaram a sua constituição e se volta para a extinção” (GONÇALVES, Alfredo de Assis Neto. *Direito de empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 452).

83. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado* cit., t. I, p. 439.

84. Registre-se o entendimento corrente que atribui a expressão “dissolução” tanto o ato de dissolver quanto o processo que se inicia com a dissolução até a desconstituição da pessoa jurídica. Cf., nesse sentido, PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 348 e ss.

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

As associações sem fins econômicos, em direito privado, surgem a partir do exercício da autonomia privada pelos sujeitos que a constituem. Assim, o modo comum de sua desconstituição toma por origem um acordo de dissolução.

Por vezes, no entanto, já em seu nascedouro, no negócio jurídico associativo inexistem um *termo final* ou uma *condição resolutiva*. Nesses casos, o implemento do termo ou a ocorrência da condição ensejará a dissolução do negócio jurídico associativo e, com ele, o início do fim da pessoa jurídica.

Também é possível a dissolução da associação pela impossibilidade ou perda de seu objeto. Suponhamos uma associação destinada ao estudo e à pesquisa para o alcance da cura de uma patologia que acaba por ser definitivamente encontrada. Nesse hipotético caso, haveria a perda do objeto do negócio associativo e a dissolução deve lhe ser consequente.

Em todos esses casos, obviamente, nada impediria uma reforma estatutária destinada à manutenção da associação (v.g., mediante uma nova elaboração do objeto ou das finalidades associativas, ou, ainda, por meio da alteração ou supressão do termo ou da condição resolutiva).⁸⁵

A morte da integralidade dos associados ou a redução do quadro associativo a apenas uma pessoa também poderá conduzir à dissolução do negócio jurídico associativo.

A desconstituição da associação também pode ter outras origens, ainda que em uma amplitude mais restrita do que se sucede com as sociedades.⁸⁶ Mais uma vez, portanto, mostra-se presente e necessária a diferenciação entre sociedades e associações e, nela, a distinção entre o contrato societário e o negócio jurídico organizativo da associação.⁸⁷

85. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado* cit., t. II, p. 37.

86. É usual a menção a quatro grupos de causas de desconstituição das pessoas jurídicas: a dissolução convencional, a dissolução legal, a dissolução administrativa e a dissolução judicial. Assim o fez SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. cit., adotando também essa classificação TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloiza; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 150-151 e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. t.I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 233. Pontes de Miranda minudencia seis causas (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado* cit., t. I, p. 429-430). As particularidades das associações, sobretudo em comparação às sociedades, justifica hipóteses mais restritas, tal como desenvolvido neste item.

87. O assunto é tratado no Capítulo VI.

No que diz respeito às associações torna-se fundamental a rigorosa observação da garantia constitucional do inc. XIX ao art. 5.º da CF: “as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”.

A associação pode ser desconstituída, portanto, por decisão judicial transitada em julgado. Mostra-se absolutamente inadmissível, sob o regime constitucional brasileiro, qualquer espécie de desconstituição administrativa, tal como frequentemente ocorreu em nossa história.⁸⁸

Deve haver fundamento jurídico grave o suficiente para a medida extrema da desconstituição de uma associação.⁸⁹

No caso das associações que recebem recursos públicos, por exemplo, há um antigo Decreto-Lei da década de 1960 (Dec.-lei 41/1966)⁹⁰ que impõe a desconstituição das associações em casos de malversação de recursos públicos.⁹¹

Também não parece compatível com a Constituição Federal o desfazimento de uma associação de direito privado por Lei. Para além das hipóteses que, ao fim e ao cabo, remetem à autonomia privada dos associados, a desconstituição com-

88. Permita-se remeter o leitor ao assunto, enfrentado no Capítulo III.

89. Ver, a respeito, Capítulo V.

90. “Art. 1.º Toda sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, fica sujeita à dissolução nos casos e forma previstos neste decreto-lei. Art. 2.º A sociedade será dissolvida se: I – Deixar de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que se destina; II – Aplicar as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais; III – Ficar sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores. Art. 3.º Verificada a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo anterior, o Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requererá ao juízo competente a dissolução da sociedade. Parágrafo único. O processo da dissolução e da liquidação reger-se-á pelos arts. 655 e seguintes do Código de Processo Civil. Art. 4.º A sanção prevista neste Decreto-lei não exclui a aplicação de quaisquer outras, porventura cabíveis, contra os responsáveis pelas irregularidades ocorridas”.

91. Cite-se recente caso, julgado pelo Tribunal de Justiça de Sergipe, mediante aplicação do referido Decreto-lei, assim ementado: “(...) Intervenção em hospital pertencente a associação beneficente. Nosocômio fechado, com vultoso débito e sem condições de retornar ao seu normal funcionamento. Hipótese do art. 2.º, I, do Dec.-lei 41/1966 (...). Inferindo-se dos autos a presença de uma das hipóteses de dissolução de sociedades civis de fins assistenciais, nos moldes do Dec.-lei 41/1966, acertada a decisão liminar que determinou a sua intervenção até a conclusão da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, objetivando o fechamento da instituição. Recurso conhecido e provido” (SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. AgIn 1247/2007. Relatora. Desa. Clara Leite de Rezende. j. 29.09.2009. Disponível em: [www.tjse.jus.br]. Acesso em: 12.04.2012).

pulsória, nos termos da garantia constitucional antes citada, só pode se dar por decisão judicial transitada em julgado.

Mostra-se importante observar o dever fixado no § 1.º ao art. 61 de averbar no registro adequado a situação de liquidação da associação. Essa providência serve para a transparência do processo de desconstituição da associação, sobretudo para a proteção de terceiros.

A segunda fase, concernente à liquidação, é especialmente delicada para as associações sem fins econômicos. Após a satisfação dos credores da associação, mostra-se necessário dar destinação ao restante dos bens patrimoniais da pessoa jurídica em vias de extinção.

A ausência de finalidades econômicas que marca a constituição da associação deve também estar presente na liquidação do patrimônio. Lamentavelmente, verificam-se situações de constituição de associações sem fins econômicos que, uma vez utilizadas para atividades econômicas, posteriormente são desconstituídas para a distribuição do patrimônio aos associados.⁹²

O critério adotado para a liquidação das associações é disposto no art. 61 do CC: “Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as cotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissis este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes. § 1.º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação. § 2.º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União”.

Há uma ordem na liquidação. Em primeiro lugar, deve-se levantar e declarar o patrimônio da associação. A providência primeira corresponde ao pagamento do eventual passivo da associação.

Em seguida, numa ordem de prioridade, devem ser ressarcidas as cotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56. Em terceiro lugar, pode-se

92. Cite-se, a esse respeito, julgamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que descreve a aquisição de imóveis por uma associação para posterior distribuição entre os associados, inclusive com a tentativa de frustrar credores da associação (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ApCiv 0004301-55.2004.807.0009. Rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis. j. 04.05.2011. Disponível em: [www.tjdft.jus.br]. Acesso em: 12.03.2012).

decidir ressarcir os associados das contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

Esse ressarcimento, que pode sofrer correção monetária (e, apenas e tão somente, frise-se bem, correção monetária) só se faz àqueles que integrem o quadro dos associados no momento de desconstituição da pessoa jurídica.

O ressarcimento das contribuições dos associados não é de observação cogente. Ressalvada a existência de regra estatutária explícita, a providência de ressarcimento das contribuições dos associados depende de deliberação associativa específica.

O restante dos bens, ultimados os passos anteriores, poderá ser destinado a alguma entidade sem fins econômicos designada no estatuto. Em sendo omissivo o estatuto, nos termos do art. 61 do Código Civil, o restante dos bens da associação deverá ser destinado a uma instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

Na ausência de uma instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes, a destinação deve ocorrer em favor do Estado, do Distrito Federal ou da União, segundo a abrangência da atuação da associação que rumo à extinção.

Perceba-se que a regra do Código Civil salta diretamente da omissão estatutária para a destinação em favor de instituição municipal, estadual ou federal. Melhor seria se houvesse a expressa possibilidade de, diante da omissão estatutária, permitir-se aos associados decidir a melhor destinação, desde que preservada a finalidade não econômica.

Não obstante tal possibilidade não se encontrar expressa no texto do art. 61 do CC, deve se reconhecer esse poder aos associados, ainda que por meio de reforma estatutária com esse objetivo.⁹³

Admite-se a regulação por autonomia privada nos lindes do art. 61 do CC. Nunca para além dele e, sobretudo, em hipótese alguma contrária à ausência de finalidade econômica que integra essencialmente a associação.

93. Este é o entendimento de Barros Monteiro: "(...) os associados, detendo ainda os direitos estatutários, entre eles o de alterar o próprio estatuto, desde que a matéria se referia à etapa da liquidação da pessoa jurídica, podem, enquanto não termine essa fase, especificar a entidades, de direito privado ou de direito público, que receberá o patrimônio residual. Para tanto, é óbvio que, além de outros requisitos da realização da assembleia geral, a direção desta observará o quórum – as vezes especial – previsto para a alteração do estatuto. Nisso reside a diferença entre o suprimento da omissão pela via da alteração do estatuto e a deliberação a favor de uma instituição pública, porquanto esta última será alcançada pela maioria simples dos presentes à assembleia ou pelo quórum comum estabelecido para as deliberações em geral" (MONTEIRO, Raphael de Barros Filho et ali. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. t. 1, p. 1007).

Nesse sentido, Flavio Tartuce aponta a invalidade da cláusula estatutária que determina, em caso de dissolução, a partilha do patrimônio entre os associados. O autor cita acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "(...) é nula, ante a flagrante violação à norma cogente contida no *caput* do art. 61 do Código Civil, a disposição do estatuto da entidade apelada que dispõe que o patrimônio remanescente da associação será rateado entre os associados, impondo-se que, em observância à Lei, sejam restituídas as cotas dos sócios efetivamente patrimoniais, destinando-se o patrimônio remanescente a instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes ao da entidade dissolvida".⁹⁴

A associação em liquidação continua a ser *associação*. Continua a ser *pessoa jurídica* e, desde que não haja incompatibilidade insuperável, mediante decisões assembleares adequadas, não há nada que impeça modificações estatutárias.⁹⁵

Todo o processo de liquidação deve seguir, naquilo que for compatível com a estrutura e a função das associações, o procedimento do art. 1.102 do CC, conforme autoriza o § 2.º ao art. 51 do mesmo Código.

Nesse *iter*, é fundamental a constituição de um liquidante, que funcionará como órgão diretor da associação em liquidação, com o dever de tomar as providências necessárias a ultimar a fase da liquidação. Dentre essas competências, nos termos do art. 1.103, sublinhem-se as de: a) averbar e publicar a ata, sentença ou instrumento de dissolução da associação; b) arrecadar os bens, livros e documentos da associação, onde quer que estejam; c) proceder, nos quinze dias seguintes ao da sua investidura e com a assistência, sempre que possível, dos administradores, à elaboração do inventário e do balanço geral do ativo e do passivo; d) ultimar os negócios da associação, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente, seguindo a ordem estabelecida no art. 61 do Código Civil; e) convocar assembleia dos acionistas, a cada seis meses, para apresentar relatório e balanço do estado da liquidação, prestando conta dos atos praticados durante o semestre, ou sempre que necessário; f) finda a liquidação, apresentar aos acionistas o relatório da liquidação e as suas contas finais; g) averbar a ata da reunião ou da assembleia, ou o instrumento firmado pelos acionistas, que considerar encerrada a liquidação.

A liquidação não é uma fase indispensável. Trata-se de etapa eliminável se não há o que liquidar.⁹⁶

94. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ApCiv 70024200750. Rel. Des. Paulo Sergio Scarparo. j. 18.06.2008. *DOERS* 30.06.2008, p. 38 apud TARTUCE, Flavio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 246.

95. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado* cit., t. LI, p. 37.

96. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado* cit., t. XLIX, p. 152.

Nas situações de desconstituição judicial da associação, o procedimento a ser adotado encontra-se no art. 655 do CPC/1939, que se mantém em vigor por força do art. 1.218 do atual CPC.

O procedimento fixado no Código de Processo Civil de 1939, obviamente, deve ser interpretado em conformidade à Constituição Federal. A data e, até mesmo, o contexto político brasileiro do Código de Processo Civil de 1939 naturalmente exige um esforço hermenêutico de adaptação.

Cite-se, apenas por exemplo, o art. 670 do referido diploma, que permite ao Ministério Público, ou a qualquer do povo, dissolver uma entidade, por ação direta, que promova atividade ilícita ou imoral: "Art. 670. A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público".

A noção de ilicitude e de imoralidade apta a ensejar a desconstituição de uma associação deve guardar estrita conformidade com a Constituição Federal, tal como ressaltado no Capítulo V.

Ultimada a liquidação, alcança-se a derradeira fase, com o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica, tal como determina o § 3.º ao art. 51 do CC.

Apenas com o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica ocorre efetivamente a desconstituição da associação.

CAPÍTULO VIII

AS ASSOCIAÇÕES SEM FINS ECONÔMICOS E O DIREITO TRIBUTÁRIO

Um importante sinal da inserção brasileira no contexto da terceira passagem, enunciada nos capítulos precedentes, pode ser encontrado no particular tratamento jurídico tributário dispensado às associações sem fins econômicos.

Ao exercer o poder de tributar, o legislador pode escolher determinados sujeitos que, por uma determinada orientação público-estatal, *verificável em determinado contexto social e histórico*, deveriam legitimamente ser incentivados mediante uma diminuição ou, até mesmo, uma exoneração do dever de pagar tributos tal como aqueles que pesam sobre os demais.

O mesmo se dá com determinados atos e atividades que, também por uma determinada orientação público-estatal, são incentivados por políticas fiscais que, ao diminuir ou retirar o ônus de pagar tributos, apostam que os benefícios sociais em seu desenvolvimento superam aqueles que seriam amealhados pela arrecadação.

Por meio dessas medidas, o Poder Público comunica uma *sanção positiva*,¹ ou seja, um incentivo para adoção deste ou daquele comportamento em vistas de um benefício almejado.

Referidos incentivos tributários se apresentam sob três principais espécies: as imunidades, as isenções e os benefícios fiscais em sentido estrito (como, por exemplo, deduções de impostos ou diminuição de alíquotas).

A promoção às associações que marca a terceira passagem trouxe consigo uma série de políticas públicas tributárias destinadas a distinguir as associações sem fins econômicos (associações em sentido estrito) das outras associações *com fins econômicos* (sociedades).

Essa constatação, desenvolvida e minudenciada nos tópicos seguintes, reforça as teses alinhavadas ao longo deste livro de que se verifica uma *verdadeira passagem*, na relação entre Estado e associações, no momento presente. Serve também como mais uma justificativa para o esforço teórico aplicado aos capítu-

1. Sobre a noção de sanção positiva, cf. BOBBIO, Norberto. La funzione promozionale del diritto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 18-20.