

CAPÍTULO XII SOCIEDADES, ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES

Sumário

59. Começo de existência das pessoas jurídicas. Registro. 60. Sociedades e associações. 61. Fim da existência das associações. Destino de seus bens. 62. Fundações.

Bibliografia

Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, I, n^{os} 718 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, I, n^{os} 507 e segs.; Colin e Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, I, n^{os} 715 e segs.; Capitant, *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, págs. 178 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, §§ 21 e segs.; Oertmann, *Introducción al Derecho Civil*, §§ 14 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 42; Rosset e Mentha, *Manuel de Droit Civil Suisse*, n^{os} 202 e segs.; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, tomo II, n^{os} 117 e segs.; Enneccerus, Kipp e Wolff. *Tratado*, I, §§ 96 e segs.; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, I, págs. 607 e segs.; Francesco Ferrara, *Tratatto*, I, págs. 607 e segs.; Francesco Ferrara, *Teoría de las Personas Jurídicas*, págs. 30 e segs.; Cesare Vivante, *Tratatto di Diritto Commerciale*, vol. II, pág. 500; Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, II, págs. 125 e segs.; Serpa Lopes, *Curso*, I, n^{os} 160 e segs.; Washington de Barros Monteiro, *Curso*, I, págs. 104 e segs.; Silvio Venosa, *Direito Civil. Parte Geral*, 2003, págs. 249 e segs.; Paulo Nader, *Curso de Direito Civil. Parte Geral*, 2003, págs. 223 e segs.

59. COMEÇO DE EXISTÊNCIA DAS PESSOAS JURÍDICAS. REGISTRO

No trato comum da vida quotidiana, a pessoa jurídica adquire direitos e assume obrigações, entabula negócios com pessoas naturais ou com outras pessoas jurídicas. É então necessário fixar o momento inicial de sua existência e estabelecer um meio de verificação de suas condições de funcionamento, e identificar seus órgãos de atuação.

Não fica mal um confronto entre a pessoa natural e a jurídica, pois que numa e noutra há um momento em que surge a personalidade jurídica, muito embora a primeira o receba do ordenamento legal por um fato biológico e a segunda por um ato jurídico, o que condiz ao mesmo tempo com a aquisição da personalidade e com o sistema probatório: a pessoa física recebe a personalidade do fenômeno natural do nascimento, materialmente comprovável, e não necessita de provar que a tem; a pessoa jurídica origina-se da manifestação da vontade humana, e cumpre, a quem nisto tiver interesse, fazer a prova de que existe e preenche as condições legais de capacidade de direito. Qualquer que seja, pois, a modalidade da pessoa jurídica, e quaisquer que sejam as suas finalidades, subordina-se a sua existência à apuração de requisitos.

Há uma diferença essencial entre a verificação existencial das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.

A começar do *Estado*. Como pessoa jurídica de direito público, tem a sua organização, os seus poderes, bem como os limites de sua soberania fixados na Constituição, e, pela sua própria natureza, é uma pessoa jurídica que existe *a se stante*. Não há mister perquirir, aqui, quando se inicia e como se justifica a existência do Estado como pessoa jurídica. Não haverá necessidade de buscar os meios probatórios da personalidade jurídica do Estado. É uma questão cuja investigação desborda do plano desta obra. As unidades federadas, Estados-Membros que compõem a União, e que são, por sua vez, pessoas jurídicas de direito público, têm a sua existência reconhecida na Constituição Federal (art. 1º) e sua organização definida nas respectivas Constituições (Constituição Federal, art. 25). Os Municípios, dotados de personalidade e de autonomia, assegurada constitucionalmente (Constituição Federal, art. 29), encontram o seu marco inicial no provimento que os criou, e as suas normas de ação insertas nas Constituições estaduais e nas leis de organização municipal. As autarquias, criadas por lei federal, estadual ou municipal, encontram no respectivo diploma constitutivo o estabelecimento de sua origem, de seus objetivos, do seu campo de atuação, de seus órgãos representativos, etc. Numa palavra, e para bre-

vidade do resumo, as peças jurídicas de direito público são organizadas por leis componentes do direito público, ao qual cabe estabelecer todas as condições de aquisição e exercício de direitos, a instituição de seus deveres e a definição das condições de sua capacidade.

O processo genético das peças jurídicas de direito privado é muito diferente. Em última análise, seu fato gerador vai alojar-se na vontade humana, seja autônoma ou heterônoma, em manifestação conforme às prescrições legais. Há três critérios, que o legislador pode adotar, para atribuição de sua personalidade: o da livre formação, o do reconhecimento e o das disposições normativas.¹ O primeiro admite a criação da pessoa jurídica pela simples elaboração do seu ato constitutivo. A emissão de vontade dos membros componentes é o bastante para dar existência à entidade. Falho e desaconselhável, não oferece a menor segurança e estabilidade.

O sistema do reconhecimento prende suas origens no direito romano (muito embora no período republicano fosse desconhecido), desde o tempo em que os *collegia* necessitavam de autorização confirmatória para atuarem.² Sobrevive no direito moderno, e. g., no italiano, em cuja doutrina se debate a necessidade de um decreto de reconhecimento, levantando-se em defesa da liberdade de criação Faggella, e sustentando a imprescindibilidade da autorização Ruggiero. Está, entretanto, expresso no Código italiano o princípio do reconhecimento, instituído no art. 12, como requisito de aquisição da personalidade jurídica. No direito francês, em que vigora também a teoria do reconhecimento, a jurisprudência é tão liberal que chega a admitir a personificação sem aquela providência administrativa.³ No direito português, igualmente, vige o sistema do reconhecimento.⁴

O terceiro critério, chamado das disposições normativas, preenche uma posição intermédia ou eclética. Outorga poder criador à vontade, ensanchando à entidade por ela criada a faculdade de adquirir personalidade independentemente de qualquer ato administrativo de concessão. Mas exige, por outro, a observância de condições legais predeterminadas, e, desde que a elas atendam, vivem e operam sem constrangimento.⁵ Outros

1 Oertmann, *Introducción*, § 15; Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, § 99.
2 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 42.
3 Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, I, n° 718.
4 Cunha Gonçalves, *Tratado*, I, tomo II, n° 121.
5 Rosset e Mentha, *Manuel*, I, n° 177, pág. 123.

sistemas existem.⁶ Esquemáticamente, porém, podem-se reduzir a estes três critérios.

O direito brasileiro, que pertencia ao primeiro sistema até a vigência da lei de 10 de setembro de 1893, filia-se atualmente ao das *disposições normativas*. Não com absoluta rigidez, pois, na verdade, nenhum sistema contemporâneo guarda absoluta fidelidade a um só deles.⁷ Por isto mesmo, tem sido classificado como *intermédio* ou *misto*.⁸ Enquadramo-lo no das disposições normativas porque, salvo casos especiais de exigência de autorização, o princípio dominante é o de que a vontade dos indivíduos, obedecendo a requisitos predeterminados, é dotada do poder de criar a pessoa jurídica. Mas, personalidade *in fieri*, permanece ela em estado potencial até que, preenchidas as exigências alinhadas na lei, converte-se em um *status* jurídico.

Na criação da pessoa jurídica, há, pois, duas fases: a do *ato constitutivo* e a da formalidade administrativa do *registro*.

Na primeira fase, ocorre a constituição da pessoa jurídica, por ato *inter vivos* nas associações e sociedades, e por ato *inter vivos* ou *causa mortis* nas fundações. É, sempre, uma declaração de vontade, para cuja validade devem ser presentes os requisitos de eficácia dos negócios jurídicos (cf. nº 84, *infra*). Em se tratando das sociedades ou associações, comumente se denomina de “*contrato constitutivo*”, designação contra a qual se insurge Oertmann, sob fundamento de que não se verifica a oposição de interesses normal nos contratos, mas uma conjunção de vontades no mesmo sentido.⁹ O ato constitutivo, que pode ser genericamente denominado estatuto, deve ser escrito. A emissão de vontade pode revestir a forma pública ou particular, salvo quanto às fundações, que estão sujeitas ao requisito formal específico: instrumento público ou testamento.

Ocorrendo defeito, formal ou substancial, no ato constitutivo, cabe a quem tenha legítimo interesse, o direito de promover a sua anulação. Convém, entretanto, que se estabeleça um tempo, dentro do qual é cabível intentar o procedimento anulativo. Neste sentido, o parágrafo único do art. 45 do Código estabelece o prazo decadencial de três anos, dentro do qual deve ser exercido, sob pena de caducidade. Se não for intentada, dentro

6 Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, II, nºs 125-130.

7 Vicente Ráo, *loc. cit.*

8 Serpa Lopes, *Curso*, I, nº 161.

9 Oertmann, *Introducción*, § 15.

dele, consolida-se a existência e personificação do ente moral, em caráter definitivo.

A segunda fase configura-se no registro. Com o propósito de fixar os principais momentos da vida das pessoas, o direito institui o sistema de registro civil para as pessoas naturais, onde se assentam o seu nascimento, casamento e morte, onde se averbam as ocorrências acidentais como a interdição, o divórcio, a alteração do nome etc. Também para as pessoas jurídicas foi criado o sistema de registro, por via do qual ficam anotados e perpetuados os momentos fundamentais de sua existência (começo e fim), bem como as alterações que venham a sofrer no curso de sua vida.

Ontologicamente, porém, há uma diferença radical entre o registro das pessoas naturais e o das pessoas jurídicas. O das primeiras tem uma função exclusivamente probatória, de vez que simplesmente importa em anotar aqueles atos da vida civil, ligados ao estado (*status*), sem qualquer função atributiva, pois não decorrem do registro as diversas situações jurídicas dele constantes. Não é pelo fato do assento do nascimento que o homem é dotado de personalidade, nem é a averbação da interdição que implica a incapacidade. A personalidade, a capacidade, a restrição que esta sofre advêm de um acontecimento, que o registro patenteia. O das pessoas jurídicas, ao revés, tem força atributiva, pois que, além de vigorar *ad probationem*, recebe ainda o valor de providência complementar da aquisição da capacidade jurídica.

A falta de registro implica, como conseqüência, a ausência de personalidade jurídica. O direito, então, adota uma posição especial, em que defende a aplicação da condição instituída para a personalização e ao mesmo passo encara a situação real criada. A estas entidades deu-lhes o nome de *sociedades comuns*, para distingui-las das que observam os requisitos de constituição. Enquanto não inscrita no registro próprio, não pode proceder regularmente, regendo-se pelas normas dos arts. 986 e segs. do Código Civil. Assim é que, se vêm a atuar, a lei reconhece-se-lhes a existência e até as regulamenta, embora precariamente e com a finalidade de proteger terceiros que com elas estabeleçam relações, mas lhes nega a personificação (arts. 45 e 985 do Código Civil). A falta de registro tem por efeito a comunhão patrimonial e jurídica da sociedade e de seus membros, como um corolário natural do princípio que faz decorrer do registro a personificação, e desta a separação dos patrimônios. *que determina vontade*

Da conjugação das duas fases, volitiva e administrativa, é que resulta a aquisição de personalidade. O ato constitutivo é o instrumento continente da declaração da vontade criadora, e a bem dizer, é a causa geradora

primária do ente jurídico, o qual permanece em estado potencial até o momento em que se realiza a formalidade do registro. O começo da existência jurídica está fixado no instante em que aquele ato de constituição é inscrito no Registro Público, seja para as sociedades ou associações, seja para as fundações. Este registro é também a fonte de informação dos dados característicos da entidade, motivo por que mencionará a sua denominação, as suas finalidades e a sua sede. Tendo em vista que as conexões da entidade no mundo jurídico exigem um órgão encarnado em um ou mais indivíduos, referirá ele, ainda, a maneira como se administra e quem tem a função de representação, ativa e passiva, em Juízo e fora dele. Esclarecerá a possibilidade e a forma pela qual o ato constitutivo pode ser modificado. A fim de prevenir os que negociarem com a pessoa jurídica, dirá da extensão da responsabilidade de seus membros pelas obrigações sociais. E, finalmente, conterà a previsão das condições de sua extinção e o destino de seu patrimônio (art. 46 do Código Civil, IV).

Como certas atividades estão ligadas a interesses de ordem coletiva, que o Estado precisa submeter a uma vigilância maior, as leis mencionam as entidades para cujo funcionamento é exigida autorização estatal ou aprovação governamental. Em princípio, pois, vigora no direito brasileiro o critério da liberdade de associação para fins lícitos,¹⁰ tendo a exigência de autorização caráter excepcional, e alcançando apenas alguns tipos de atividades expressamente previstas em lei, como as finalidades securitárias, as atividades financeiras, a exploração de energia elétrica ou das riquezas minerais etc., e, nestes casos, a existência começa com a aprovação (Código Civil, art. 45, *in fine*).

A falta de autorização, nos casos em que é exigida, impede a constituição da sociedade. Há uma distinção essencial entre ela e a ausência de registro (Código Civil, arts. 986 e segs.), pois que se esta importa em que a sociedade constituída pela manifestação volitiva hábil não chega a adquirir personalidade própria (Código Civil, art. 985), a falta de autorização é obstáculo à constituição mesma da sociedade. A despeito da diferenciação, a lei atenta para a hipótese de ter-se constituído, sem autorização, e ter atuado uma sociedade para cuja constituição era a autorização necessária (Código Civil, arts. 1.123 e segs.). E o faz para estender-lhe o princípio da responsabilidade (sobre ambos os temas, v. a detalhada regulamentação

10 Constituição de 1988, art. 5º, XVII.

que ora consta do novo Livro da Parte Especial, que trata do Direito de Empresa).

Estes princípios, fixados no Código de 1916 (arts. 18 e 19), sobreviveram no Código de 2002, tanto no que diz respeito ao começo da *existência*, quanto no que se refere ao conteúdo do registro (arts. 45 e 46).

Disciplinado pela Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que permanece em vigor, o Registro Civil das Pessoas Jurídicas deve obedecer às condições regulamentares prescritas, seja no Código seja na mencionada Lei, para a inscrição, modificações e extinção das pessoas jurídicas de direito privado.

60. SOCIEDADES E ASSOCIAÇÕES

As pessoas jurídicas de direito privado, especialmente consideradas pelo direito civil, podem ser agrupadas em três tipos fundamentais, em razão da sua constituição e ao mesmo tempo de suas finalidades: o primeiro abrange as *associações*, a cujo exame ora procederemos; o segundo, as *fundações*, que serão estudadas no nº 62, *infra*; e o terceiro, as *sociedades*, as quais serão examinadas no Livro próprio da Parte Especial – Do Direito de Empresa. O Código, a partir da Lei nº 10.825, de 22 de dezembro de 2003, indica em apartado os *partidos políticos* e as *organizações religiosas*, em virtude de suas peculiaridades.

Consagrou o Código Civil a distinção doutrinária entre sociedades e associações, denominação esta última que passa a designar unicamente a união de pessoas para *fins não econômicos* (art. 53). Ao contrário das sociedades, que via de regra se compõem (salvo as anônimas) de um grupo reduzido de pessoas, as associações em geral congregam grande número, perseguindo fins morais, pios, literários, artísticos, desportivos ou de lazer. O Código Civil alemão, no § 21, já oferecia o critério da não-economicidade como elemento definidor e conceitual da associação, em confronto com as sociedades. Adotando-o, o Código permite inferir que não têm, elas próprias, qualquer finalidade lucrativa.

Agora presente no Código, cumpre dizer que sempre houve, em pura doutrina, distinção nas designações *sociedade* e *associação*, que servem para denominar, de um lado, as pessoas jurídicas formadas por um grupo de pessoas, visando a uma finalidade econômica (*sociedades*), e, de outro lado (*associações*), as constituídas de um número mais avantajado de in-

divíduos, tendo em vista objetivos não econômicos, ou ideais. O Código Civil de 1916, porém, deixou de se ater à distinção, e, se mais adequado era utilizar-se a designação associações para as pessoas jurídicas de fins não lucrativos, nenhuma obrigatoriedade havia neste sentido,¹¹ admitidas as expressões como sinônimas no mencionado Código.

Associação é aquela que se propõe a realizar atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico aos *associados*; sociedade é a que oferece *vantagens pecuniárias aos seus componentes*. Com este critério, classificam-se ainda na categoria de associações aquelas que realizam negócios visando ao alargamento patrimonial da pessoa jurídica, sem proporcionar ganhos aos associados. Assim é que não perdem este caráter as associações recreativas que mantêm um serviço de venda de refeições aos associados, ou cooperativas que fornecem aos seus membros víveres e utilidades, muito embora instituem margem de lucro a benefício da própria entidade. Com base na Lei Belga de 27 de julho de 1921, De Page caracteriza a associação sem fim econômico como a que se não dedica a operações industriais ou comerciais, nem proporciona aos membros uma vantagem pecuniária, tendo o cuidado de assinalar que a procura de vantagens *materiais acessórias*, indispensáveis a que a associação viva e atinja suas finalidades de ordem moral, não retira o caráter não lucrativo do fim social: a contribuição dos associados, remuneração de certos serviços, cobrança de ingresso a conferências ou concertos, não são característicos do fim lucrativo, como não o é igualmente a verificação de *superavit* na apuração de balanços periódicos.¹² Não é incompatível com a gratuidade destes a formação de patrimônio, aquisição de sede própria ou de bens de capital.

Posto que tenham na vontade gregária de seus componentes o princípio genético de sua constituição, podem eventualmente necessitar também de autorização estatal para seu funcionamento. Num outro sentido, e para gozarem de benefícios fiscais, logram provimento reconhecendo-as como de utilidade pública.

As associações não geram obrigações e direitos recíprocos entre os associados, mas somente destes com a entidade, na forma das disposições estatutárias (Código Civil, art. 53, parágrafo único).

A matéria a ser contida no estatuto é explicitada em nosso direito positivo desde a Lei nº 173, de 10 de setembro de 1893, e vem ora elencada,

11 Clóvis Beviláqua, Comentário ao art. 16.

12 De Page, *Traité Élémentaire*, I, 518, pág. 582.

taxativamente, no artigo 54 do Código Civil, alterado pela Lei nº 11.127, de 2005: a) denominação, fins, sede; b) requisitos de admissão, demissão e exclusão de associados; c) direitos e deveres dos associados; d) fontes de recursos para sua manutenção; e) modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos; f) as condições para a alteração do estatuto e sua dissolução; g) a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas. Há evidente interesse social em que a sua constituição e funcionamento sejam conhecidos, tornados públicos pelo registro.

Em princípio, não haverá discriminação entre eles. Não é, porém, incompatível com essa equiparação a circunstância de distinguirem os estatutos, dentre os associados, categorias especiais como sejam os portadores de títulos patrimoniais em confronto com os sócios contribuintes, de associados remidos, sócios benfeitores e outros (art. 55 do Código). Deverão indicar as categorias dos que detêm o poder de voto nas assembléias ou dos que são elegíveis para funções de direção.

A admissão no quadro social é fundada em razões *intuitu personae*, e subordinada a requisitos estatutários (art. 54, II, do Código). Não adquire ele um título negociável, como ocorre, por exemplo, com o portador de ações de uma sociedade anônima. A regra, tal como estabelecida no artigo 56 do Código Civil, é a *intransmissibilidade* da qualidade societária, bem como a dissociação entre a propriedade da quota e a condição de sócio. Podem, contudo, os estatutos dispor diversamente, ora para considerar a transmissibilidade *causa mortis* em grau limitado (*e. g.*, cônjuge, filho), ora para subordinar a transferência entre vivos a prévia aprovação de órgão especial ou da assembléia. É lícita a instituição de taxa de transferência.

O parágrafo único do art. 56 veio pôr fim a querelas freqüentes, quando ao ser criada uma associação, um dos instituidores reserva-se certo número de quotas, ou quando alguém adquire título patrimonial por ato entre vivos ou sucessão hereditária, e reivindica sua admissão no quadro social. O dispositivo dissociou as duas condições. Somente no caso de estabelecer o estatuto, expressamente, a atribuição de sócio à titularidade da fração ideal é que ocorre a conjugação. No silêncio dele, a propriedade da quota não confere a condição de sócio.

O Código Civil (art. 57), de acordo com as alterações da Lei nº 11.127, de 2005, restringiu a possibilidade de exclusão do associado à hipótese de "justa causa", assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

O artigo 58 consagra verdadeiro truísmo. Se ao associado são conferidos, legitimamente, direitos e funções, constitui abuso condenável impe-

di-lo de exercer uns e outras. Se vier a incorrer em causa justificativa de lhe serem obstados, o órgão competente tomará a deliberação *ad referendum* da assembléia.

Embora normalmente caiba à assembléia o poder de eleição, não é vedado que estabeleça o estatuto a eleição de um Conselho de Administração, ou órgão análogo, com o poder de designar os administradores. A destituição, pela gravidade que encerra, deve ser da competência exclusiva da assembléia (art. 59, I). Nada impede que, como medida cautelar e provisória, seja o administrador suspenso de funções até a decisão definitiva da assembléia. Havendo categorias diversas de associados, poderá o estatuto definir quem tem direito de voto na assembléia de destituição.

61. FIM DA EXISTÊNCIA DAS ASSOCIAÇÕES. DESTINO DE SEUS BENS

Cabe ao direito internacional o estudo do fim da existência das pessoas jurídicas de direito público externo. Também exorbita do direito civil a cessação da existência das pessoas jurídicas de direito público interno, cumprindo ao direito constitucional prever e disciplinar o desaparecimento ou a fusão dos Estados-membros da Federação ou dos Municípios, e ao direito administrativo o das entidades autárquicas ou paraestatais. O direito civil cogita do término das pessoas jurídicas de direito privado, a ser analisado separadamente no que toca às associações, de um lado, e às fundações, de outro. Aqui cogitamos das primeiras; no nº 62 seguinte, das segundas.

Não subordinadas as pessoas jurídicas à fatalidade de um acontecimento (morte) que conduz as pessoas físicas ao seu fim (De Page), existe, todavia, certa simetria entre a criação e o desaparecimento das sociedades ou associações: causado o seu nascimento por um ato de *constituição*, seu perecimento advirá de um *ato de dissolução*, o qual, em razão da natureza e da procedência, pode assumir três formas distintas, a que correspondem três modalidades de extinção: *convencional*, *legal* e *administrativa*.

O Código de 1916 previa no art. 21 a dissolução das associações, voluntária ou compulsória. No silêncio do novo, aplicam-se as regras atinentes à dissolução de pessoas jurídicas em geral, e das sociedades, respeitado o disposto no estatuto (art. 54, VI).

Dissolução convencional é a que deliberam os seus membros componentes e encontra seu fundamento ético no mesmo poder criador que o ordenamento legal atribui à *vontade humana*. Hábil a gerar um ente dis-

tinto dos indivíduos que proferiram a emissão da vontade criadora, é dotada da capacidade de extingui-lo. Qualquer associação pelo só fato de ter nascido da declaração de vontade pode dissolver-se por uma declaração de vontade. Nem mesmo as associações, constituídas para durarem *perpetua-mente*, escapam a esta forma de perecimento. Contra a opinião de Lacerda de Almeida, que sustentava a inaptidão da vontade extintiva diante das entidades de natureza perpétua e de utilidade pública com fundamento em razões espirituais,¹³ argumentou Beviláqua com fundamento na lei, e aludiu à hipótese de cessação da existência da pessoa jurídica pela deliberação de seus membros sem fazer qualquer restrição à natureza perpétua da entidade.¹⁴ O princípio pode ser transposto do Código alemão (§ 41), que igualmente menciona a extinção convencional, sem alusão às entidades perpétuas, vigorando lá a doutrina de sua abrangência.

A deliberação hábil será tomada pelo *quorum* previsto nos estatutos ou na lei. Se não for unânime, a minoria tem ressalvados os seus direitos, quer para opor-se à dissolução, se para tal encontrar fundados motivos, quer para defender seus interesses, acaso feridos na eventualidade.

Ficam ressalvados, igualmente, os direitos de terceiros, que, evidentemente, não têm qualidade para se oporem à deliberação, limitado o seu poder à defesa de seus interesses contra qualquer prejuízo resultante da convenção extintiva.

Dar-se-á dissolução *legal* quando ocorrer em razão de um motivo determinado em lei. Devemos distinguir as sociedades das associações, de vez que a vontade legal atua diversamente, em um e outro caso. As primeiras encontram na lei motivos peculiares de dissolução, quando desaparece o seu capital, ou reduz-se sensivelmente, impossibilitando a sua persistência, pela falência, incapacidade ou morte de um dos sócios; pela renúncia de qualquer deles, se a sociedade for por prazo indeterminado. Já as associações não se extinguem pela redução ou desaparecimento do capital, pois que este não é requisito de sua existência; seu quadro social é normalmente indeterminado, e, por conseguinte, a morte ou a incapacidade de qualquer associado não atinge a existência da pessoa jurídica; não há cogitar de sua falência.

A associação termina *ipso iure* pelo implemento da condição a que está subordinada a sua durabilidade, ou pela expiração do *prazo* de dura-

13 Lacerda de Almeida, *Pessoas Jurídicas*, § 31.

14 Clóvis Beviláqua, em "Comentário ao art. 21".

ção. As hipóteses se avizinham ontologicamente da dissolução convencional, pois que a elas preside a força da vontade criadora, determinante da condição resolutiva ou do termo extintivo. Dela diferem em que se não verifica a cessação originada de uma deliberação tomada pelos associados, mas opera-se automaticamente pela ocorrência do fato ou pelo decurso do tempo. Análogo é o caso da associação que se constitui para determinado fim, que se extingue se este é realizado integralmente, ou se se apura a sua inexequibilidade.

Dissolução administrativa é a que atinge as pessoas jurídicas que necessitam de aprovação ou autorização do poder público para se constituírem ou funcionarem. Se praticam atos opostos aos seus fins, ou nocivos ao bem coletivo, a administração pública, que lhes dera autorização para o funcionamento, pode cassá-la, daí resultando a terminação da entidade, uma vez que a sua existência decorrera daquele pressuposto. Não pode, porém, proceder discricionariamente o Poder Executivo, revogando unilateralmente a autorização, sem causa justificativa, e, se o fizer procede contra direito, sujeitando o Estado ao ressarcimento do dano causado. Mas se a autorização é temporária, a recusa do poder público situa-se na órbita de seu poder discricionário, e, em conseqüência, a falta de renovação implica a terminação da sociedade, sem direito a indenização. Também ocorrerá cassação da autorização se a entidade proceder contra o direito ou a ordem pública.

Pode-se destacar a chamada *dissolução judicial*, em razão da sua subordinação ao processo contencioso *in iudicio*, porque decorrente de um ato jurisdicional quando se configura algum dos casos de dissolução prevista em lei ou no estatuto, e, não obstante, a sociedade continua operando, o juiz, por iniciativa de qualquer dos sócios, decreta a sua terminação. Quando for questionada a impossibilidade de sua sobrevivência, e a sentença que dirimir a contenda assim concluir; ou ainda, por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo ou do órgão do Ministério Público, em razão de promover atividade ilícita ou imoral, a dissolução assenta na *sentença judicial*. Em todos esses casos, é *judicial a extinção*, encarada sob o aspecto *formal*, porque o ato extintivo é de natureza judicial. Mas do ponto de vista *causal*, a *dissolução* vai encontrar classificação na sua razão determinante.

Podemos denominar *extinção natural* a que provém da morte dos membros da associação. Se os estatutos admitirem que subsista com os sobreviventes em caso de morte de algum deles, respeita-se a disposição por amor à vontade constitutiva, mas cumpre esclarecer até quando perdu-

rará a pessoa jurídica, no desfalque de seus membros, ou na diminuição do número dos associados. Pelo direito romano, somente desaparecia a entidade no caso da morte de *todos* os seus membros componentes. Assim era, também, no nosso direito anterior.¹⁵ Insurgindo-se contra esta concepção Clóvis Beviláqua inscreveu no seu Projeto, como condição de sobrevivência da sociedade ou associação, a exigência de existirem ao menos *dois* membros ou associados. Rejeitada a idéia, vigora o princípio tradicional, sustentando-se a continuação da sociedade, ainda que o número dos sócios fique reduzido a um apenas.¹⁶ Lastreada embora no direito romano,¹⁷ não nos pareceu lógica a doutrina: se à constituição da sociedade é necessária a existência de uma pluralidade de pessoas, duas pelo menos, não deveria logicamente perdurar, se os membros ou associados ficam reduzidos a um só indivíduo, de vez que este fato importaria em confundir a pessoa jurídica com a pessoa natural. Não haveria razão para a separação dos patrimônios, nem se poderia distinguir a vontade orgânica da pessoa jurídica da vontade individual do único associado remanescente. O fundamento da permanência da sociedade, com a morte de todos os associados, menos um, consagrada pelo Código Civil, está em que será possível, em torno dele, reconstituir-se a entidade, o que repetimos, é tão ilógico quanto a regra canônica que admite persistência do ente jurídico mesmo que morram todos os associados. A doutrina do Código de 1916, entretanto, sobrevive no Código de 2002 e, dispondo sobre as sociedades, determina prazo de 180 dias para que seja reconstituída a pluralidade de sócios, antes da dissolução (art. 1.033, IV).

A extinção da pessoa jurídica não se pode dar instantaneamente. Qualquer que seja a sua causa (convencional, administrativa, legal, natural), opera-se a terminação da entidade, mas existindo os bens de seu patrimônio, e havendo débitos a resgatar, ela continuará em *fase de liquidação*, durante a qual subsiste apenas para a realização do ativo e pagamento das dívidas, somente vindo a cessar de todo, ao ser dado ao acervo econômico o destino próprio, como adiante se verá.¹⁸ Até o encerramento

15 Lei nº 173, de 1893.

16 Clóvis Beviláqua, em "Comentário ao art. 21".

17 *Digesto*, Livro III, tít. IV, fr. 7, § 2º, "*Si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum et convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis*".

18 Ruggiero e Maroi, § 44; De Page, *Traité Élémentaire*, I, nº 511, pág. 575; Planiol, Ripert e Boulanger, I, nº 719, pág. 277.

desta, por período mais ou menos longo, subsiste a entidade, fazendo-se constar do registro esta circunstância, e devendo configurar-se, em todos os atos, a cláusula *em liquidação* (art. 51 do Código Civil). Às pessoas jurídicas em geral aplicam-se as normas destinadas à liquidação das sociedades (Código Civil, arts. 1.102 e segs.). Encerrada a liquidação, o liquidante, ou, na sua omissão, qualquer interessado, promoverá o cancelamento do registro.

Cogita o artigo 61 do Código Civil, casuisticamente, do destino do patrimônio, e tem aplicação independentemente da natureza cultural, filantrópica, religiosa, temporária ou perpétua da associação, como a propósito de situação idêntica opinava Beviláqua.

O que de inovação contém o artigo é que, antes da destinação de seus bens à entidade congênere, possam os associados, por disposição estatutária ou deliberação em assembléia, deduzir os valores de seus títulos patrimoniais, por se considerar que lhes pertencem, estando na associação enquanto atender esta a seus fins. Poderão também receber em restituição as contribuições que houverem feito para o patrimônio social, corrigidos os valores em função do tempo e da depreciação monetária (Código Civil, art. 61, § 1º). Não cabe na restituição, em princípio, o que constituir participação nos encargos de manutenção.

Prevalecendo o respeito à finalidade social e à vontade estatutária, o remanescente é destinado à entidade congênere indicada no estatuto, ou, omissa esta, a alguma entidade análoga existente.

Inexistindo no Município ou no Estado (também Distrito Federal ou Território, se for o caso) em que a associação tem sede, estabelecimento nas condições indicadas, o patrimônio reverterá à Fazenda do Estado, à do Distrito Federal ou à União (Código Civil, art. 61, § 2º). Verifica-se a devolução neste caso em paridade de situação com o que ocorre na hipótese da sucessão *causa mortis* atribuída à Fazenda Pública, na falta de parentes sucessíveis ou disposição testamentária,¹⁹ muito embora não exista um verdadeiro e próprio direito hereditário do Estado, pois que de sucessão hereditária só se pode cogitar em caso de morte da pessoa natural. Daí procurar-se a justificativa para aquela devolução bonitária em uma espécie de direito eminente do Estado, que se especializa em aquisição dominial.²⁰

19 Clóvis Beviláqua, em "Comentário ao art. 22".

20 Ruggiero e Maroi, loc. cit.

62. FUNDAÇÕES

A fundação, apelidada pela nomenclatura jurídica francesa *estabelecimento de utilidade pública*, denominação que o nosso direito anterior empregava (Vicente Ráo), espelha alta expressão do abstracionismo jurídico na sua capacidade de atribuir personalidade a um ente concebido pela vontade heterônoma. Análoga às sociedades e associações nos resultados da personalização, delas difere a fundação, essencialmente, na sua constituição, que não se origina, como aquelas, de uma aglomeração orgânica de pessoas naturais. O que se encontra, aqui, é a atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio, que a vontade humana destina a uma finalidade social. É um pecúlio, ou um acervo de bens, que recebe da ordem legal a faculdade de agir no mundo jurídico e realizar as finalidades a que visou o seu instituidor. Não é qualquer dotação patrimonial, ainda que vinculada aos fins determinados, uma fundação; não constitui tal a entrega, por exemplo, de bens ou recursos financeiros a estabelecimento de ensino, com a destinação específica de outorgar “bolsas de estudos” a universitários ou colegiais. Não a pode constituir senão uma afetação de bens para um fim especial.²¹ Para que uma destinação de bens passe a constituir fundação é necessária a personificação, isto é, a aquisição de personalidade jurídica própria, de que lhe advém a capacidade jurídica para atuar. Não se confunde com uma doação (Oertmann), porque esta envolve a transferência de bens de uma pessoa a outra, enquanto na fundação a dotação patrimonial é o elemento genético de uma pessoa jurídica.²² Não há fundação nos patrimônios formados por subscrições para um fim determinado, como, por exemplo, socorrer flagelados. Precisamente em razão daquele abstracionismo que permite personificar um patrimônio em função do fim a que se destina, o direito romano somente veio a sentir e criar as *universitates bonorum* muito tarde, já numa fase em que a inspiração cristã da *pia causa* conduziu o pensamento do jurista à outorga de capacidade ao acervo patrimonial animado pela vontade vivificadora.²³ A personificação das fundações, realizada em visível paralelo com a das sociedades e asso-

21 Rosset e Mentha, *Manuel de Droit Civil Suisse*, I, nº 258, pág. 171.

22 Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, § 110, pág. 522. Contra a teoria da “doação” ou da “liberalidade” (Dernburg), que é bastante divulgada e aceita, Ferrara, na própria conceituação do ato de constituição da fundação como “negócio de destinação”, sugere a configuração de sua natureza jurídica: *Tratado*, I, pág. 643.

23 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 42.

ciações, é, entretanto, muito mais *técnica*, porque, se nas associações de pessoas, a reunião de suas vontades vivas é o *abstractum* da personalidade como acentua De Page, na fundação ele está na *idéia* ou na *afetação patrimonial*, tomada em consideração para se destacar da vontade criadora e cumprir com autonomia a sua destinação.²⁴

Como corpo moral, sem realidade psicofísica, a fundação procede, como as associações e sociedades, por intermédio de *órgãos*, a que é confiado o poder de deliberação e de representação. Mas, ainda aqui, diferença existe daquelas, porque nas sociedades e associações a vontade é a resultante das dos membros, ao passo que as fundações se desprendem da emissão volitiva dos instituidores, e, ainda que haja pluralidade destes, a vontade da pessoa jurídica é a do órgão deliberante, do qual nem sempre participa aquele que efetuou a dotação de bens.

A fundação nasce, como as sociedades, de um *ato constitutivo*, etiológicamente diverso, porém, do daquelas. A lei impõe uma série de requisitos intrínsecos e extrínsecos para a sua criação (Código Civil, art. 62).

Como é uma destinação patrimonial, é necessário que o instituidor faça uma *dotação de bens livres*. A existência de qualquer ônus ou encargo que pese sobre eles poria em risco a própria existência do ente, na eventualidade de virem a desaparecer, ou de se desfalcarem sensivelmente, frustrando desta sorte a realização dos objetivos.

Se os bens forem insuficientes para a finalidade desejada, respeitar-se-á a vontade do instituidor, no caso de haver ele determinado a maneira de com eles proceder. No seu silêncio, ou na inexecutibilidade de sua determinação, a doutrina oferece três caminhos ao legislador:²⁵ a) *nulidade* do ato, pela impossibilidade material de se concretizar a vontade do agente; b) sua *conversão* em títulos da dívida pública, até que, aumentados com os rendimentos ou com novas dotações, perfaçam cabedal suficiente; c) sua *incorporação* a outra fundação já existente. A primeira solução, embora mais simples, peca pelo excessivo rigor, por deixar em inteiro desprezo a vontade do instituidor, já que a insuficiência de fundos não conduz à negação da vontade, mas alinha-se no plano da sua realização, que somente deverá atingir as raias da ineficácia da manifestação de vontade, quando atingir a própria seriedade desta, como no caso de existirem os bens

24 De Page, *Traité*, I, 528, pág. 591.

25 Clóvis Beviláqua, em "Comentário ao art. 24".

que o fundador enganosamente supunha lhe pertencerem.²⁶ A segunda solução, adotada entre nós pelo Código Civil de 1916 (art. 25), concilia o desejo do instituidor, para cuja realização há impossibilidade atual, com a praticabilidade futura da idéia fundamental. Peca, entretanto, por uma falha, e é que o cumprimento da vontade do fundador remanesce *sub conditione* dos acréscimos futuros, decorrente dos rendimentos e de novas dotações virem a compor um acervo suficiente. O Estado fica como fiduciário da aplicação daqueles bens (Clóvis Beviláqua), mas um fiduciário um tanto teórico, porque não lhe marcou a lei prazo, nem previu a hipótese de jamais atingir a dotação o necessário volume para a realização da vontade do fundador. A terceira solução, menos drástica, respeita a vontade do agente apenas naquela parte em que pretende uma finalidade socialmente útil para seus bens, mas desatende-a quando deixa de dar a dotação o destino previsto pelo instituidor, presumindo contra a declaração real de sua vontade um intento de beneficiar outra entidade já existente. Neste sentido dispõe o novo Código Civil (art. 63), seguindo o exemplo do Código Civil suíço, determinando à autoridade fiscalizadora, na falta de cláusula expressa, a entrega dos bens a outra fundação análoga. O Código, atendendo precipuamente à vontade do instituidor, determina, em tal caso, que se incorporem à instituição já existente, optando pela instantaneidade de sua utilização. Esta solução, todavia, somente prevalecerá se outra coisa não dispuser o instituidor, uma vez que é a sua vontade o elemento genético da fundação.

O ordenamento jurídico dá vida à fundação por amor ao ideal que o anima: necessário, então, que o instituidor declare o *fim* a que se destina, obrigatoriamente de natureza “religiosa, moral, cultural ou de assistência” (Código Civil, art. 62, parágrafo único). Por esse meio, recebe a coletividade serviços desinteressados e proveitosos, e o Estado verifica a finalidade da dotação econômica. A *liceidade* do fim é evidentemente imprescindível. Além disso, há de ser coletiva, pois que a própria natureza da entidade repele a sua *individualidade*, e tem de ser *duradoura*, não significando isto a sua perpetuidade, porém a sua continuidade indefinida, ou ao menos estendida a um período de tempo relativamente longo.²⁷

26 Oertmann, *Introducción*, § 22.

27 Ruggiero e Maroi, loc. cit.

A lei condiciona, ainda, a validade da manifestação de vontade ao *requisito formal*. Pode nascer a fundação de um ato *causa mortis*, qualquer que seja a modalidade de testamento (público, cerrado, particular) usada pelo fundador. Produzindo efeitos após a abertura da sucessão somente depois da morte do testador é que se cogitará da instituição. Pode também a fundação nascer de um ato *inter vivos*, e, neste caso, somente terá validade se revestir a forma pública, seja um apenas o seu instituidor, sejam vários; quer sejam pessoas naturais, quer jurídicas. Alimentou, no passado, vivas controvérsias a questão da admissibilidade da *dotação direta*, quando o instituidor por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, em vez de fazer doação ou legado a uma pessoa, com o encargo de criar a fundação, desde logo a designava como destinatária da liberalidade. E a dúvida provinha de que, não tendo ainda existência, não podia ser titular do direito. Modernamente, porém, desapareceu a questão, disciplinando o direito positivo, e nesta linha está o direito brasileiro, a criação direta da entidade pela vontade do instituidor: ficará o bem no patrimônio deste, até o momento em que se opera a constituição da pessoa jurídica da fundação. Aliás, a idéia não é estranha ao Código, que também aceita a doação feita ao nascituro ou à prole eventual de determinado casal, casos em que, igualmente, vigora uma *conditio suspensiva*, de cujo implemento dependerá no futuro a aquisição da propriedade pelo destinatário.²⁸

Indaga-se da *revogabilidade* da instituição, e responde-se que cabe sempre. Não obstante, é comum distinguir. A doação em testamento é sujeita à mesma vontade ambulatoria que preside à facção testamentária: como pode o testador revogar o testamento até o último momento da vida, somente com a sua morte pode considerar-se definitiva a instituição. A fundação criada por ato *inter vivos* é revogável até que se constitua definitivamente, com a aprovação dos seus estatutos, realizada pela autoridade competente, e o registro que lhe atribui personalidade jurídica. Até então, o bem continua no patrimônio do instituidor, de vez que não existe ainda a pessoa jurídica da fundação, e, como a sua destinação é ato unilateral do seu criador, pode este revogá-la unilateralmente. Criada em definitivo a entidade, torna-se proprietária do acervo, e já não mais se faculta a revogação por ato de vontade do fundador.²⁹

28 Clóvis Beviláqua, em "Comentário ao art. 25"; Ruggiero e Maroi, loc. cit.

29 Clóvis Beviláqua, em "Comentário ao art. 24"; Ferrara, *Tratatto*, I, pág. 64.

Neste sentido, o artigo 64 do Código Civil prevê a possibilidade de arrependimento do instituidor, ou a demora na entrega dos bens, para re-futá-los peremptoriamente. Uma vez constituída, adquire *legitimatío* para efetivar a transferência do bem. Há uma impropriedade técnica na redação, pois a propriedade dos bens, por força do próprio negócio jurídico, já foi transferida a ela. O que cabe é compelir o instituidor à *tradição* deles. Recusando ou retardando injustificadamente, a escritura é inscrita no registro, e determinada a entrega dos bens. Constituída por testamento, a ação será proposta contra o testamentário, o inventariante ou os herdeiros.

Devendo sujeitar-se a um *estatuto*, que será a sua lei interna, compete às pessoas encarregadas pelo instituidor de aplicar o patrimônio, o encargo de redigi-lo em obediência às linhas estruturais fixadas, ou ao menos com observância das bases deixadas no ato constitutivo, se o fundador não os tiver, desde logo deixado completamente redigidos (Código Civil, art. 65). Em seguida, deverão submetê-lo à aprovação da autoridade competente, que é o órgão do Ministério Público do Estado onde deverá ter sua sede a pessoa jurídica *in fieri*. Obtida a aprovação proceder-se-á ao registro; negada, poderá dá-la o juiz, segundo a atribuição jurisdicional conferida pela legislação estadual, se se convencer da improcedência da recusa, de vez que o órgão do Ministério Público tem a faculdade de apreciar, mas não tem o poder discricionário de arbitrariamente opor-se à constituição da pessoa jurídica, nem o de rejeitar o projeto estatutário por mero capricho.

Se não tiver sido o estatuto elaborado pelo instituidor, e não o fizerem as pessoas incumbidas da aplicação do patrimônio, o órgão do Ministério Público os redigirá, judicial ou extrajudicialmente.³⁰ Se o instituidor não fixar prazo para a elaboração do estatuto, este será de 180 dias, para tal efeito.

Percorridos todos estes trâmites, que se completam pelo registro, a fundação está criada. Não pode ser atingida por ato revogatório e atuará no desenvolvimento de suas atividades, para cumprimento das finalidades objetivadas no ato fundacional. Envolvido que é um interesse social na sua atividade, compete ao órgão do Ministério Público do Estado fiscalizar-lhe a atuação e velar por ela. Se se estender por mais de uma unidade da Federação a sua atividade, o representante do Ministério Público em cada localidade será sempre o seu órgão fiscalizador, a quem deverão ser submetidos os atos dos administradores e as contas das respectivas gestões, e

30 Código de Processo Civil, art. 1.199, Código Civil, art. 65.

facultado promover a anulação dos que forem praticados com inobservância das disposições estatutárias ou contrárias à lei.

Os estatutos podem ser *reformados* por deliberação de dois terços das pessoas que tenham o poder de gestão e representação da entidade, mas guardada fidelidade aos fins primitivamente objetivados pelo instituidor, pois do contrário ter-se-ia, em verdade, a criação de outra fundação, sob color de reforma estatutária, e a tal não podem chegar os poderes das pessoas encarregadas de sua administração.³¹ Realizada a reforma, por mesma forma que o estatuto originário, e averbada à margem do registro. Não logrando aprovação unânime, à minoria é reservado o direito de impugnar a alteração (Código Civil, art. 68).

Como toda pessoa jurídica, a fundação também se *extingue*: a) pelo decurso do *prazo* de sua existência, em obediência ao impulso da vontade criadora, que a lei respeita, se houver limitado a duração da entidade; b) não tendo sido constituída a termo, poderá o órgão do Ministério, ou qualquer interessado, inclusive a minoria dissidente, promover judicialmente a sua extinção, se a finalidade a que visa tornar-se *ilícita, inútil* ou *impossível* por qualquer motivo, seja de ordem econômica, seja de ordem material, seja de ordem moral, seja pela impraticabilidade de seus fins, seja pela contrariedade à ordem pública. Mas não pode a deliberação dos órgãos dirigentes ou de representação decidir da extinção da fundação, a símile da assembléia dos membros das sociedades ou associações, porque, no caso das fundações, a sua função é meramente administrativa, faltando-lhes o poder de disposição sobre um acervo que não é seu.³²

Decretada a extinção por sentença, surge a questão do destino de seu patrimônio, a cuja solução não tem cabida a invocação estrita dos princípios reguladores do mesmo problema, no que tange às sociedades ou associações. Em primeiro lugar, manda a lei que se observe a vontade do instituidor, dando-se aos bens o destino que por ele tiver sido determinado no ato fundacional. Na falta de indicação precisa, recorre-se ao disposto no estatuto, que é a norma de conduta específica da entidade, e, elaborado segundo as prescrições legais, governa a vida do ente. No silêncio de um e de outro, o acervo patrimonial será incorporado a alguma outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fins iguais ou semelhan-

31 Clóvis Beviláqua, em "Comentário ao art. 28".

32 Rossel e Mentha, I, n° 277, pág. 181.

tes. Nunca será possível a distribuição ou partilha do acervo em proveito particular, nem é facultado aos dirigentes ou à assembléia que deliberou a extinção resolver ao seu alvedrio o destino do patrimônio. Se não existir outra fundação em condições de recolher os bens da extinta, a invocação dos princípios gerais concluirá pela sua vacância, e, tornados então vagos, devolvem-se à Fazenda estadual como todos os desta natureza.³³

33 Clóvis Beviláqua, em "Comentário ao art. 30".