



Fábio Brumana

PARTIDOS POLÍTICOS, ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS E INSTITUIÇÕES CONFESSIONAIS: sua adequação ao novo Código Civil e a continuidade de convênios públicos*

Damião Alves de Azevedo

* Artigo elaborado a partir de parecer emitido em resposta a uma consulta do Conselho Nacional de Igrejas Cristãs (Conic) ao Ministério da Justiça.

101

RESUMO

Sustenta que partidos políticos e organizações religiosas têm a mesma natureza jurídica e o mesmo suporte fático das associações, mas, por uma razão de interesse público, o Código Civil os dispensa de se adequarem às exigências dirigidas às associações em geral.

Entende que as instituições não dedicadas ao culto religioso, embora confessionais, não configuram organizações religiosas e portanto devem adaptar seus estatutos às regras que o novo Código Civil impõe.

Alega a impossibilidade de transformar-se uma associação em fundação, podendo haver a extinção da primeira e criação da última, caso em que a fundação assim criada não poderia substituir a associação extinta nos convênios públicos em que esta for parte, salvo se a interrupção do convênio significar a interrupção de serviços públicos e prejuízos a determinada população.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Civil; Código Civil de 2002 – arts. 2031, 44, 57-60; Lei n. 10.838/04; partido político; organização religiosa; instituição confessional.

1 ADEQUAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS AO NOVO CÓDIGO CIVIL

A disciplina das pessoas jurídicas era um dos poucos pontos do Código Civil de 1916 que merecia críticas técnicas. O próprio Clóvis Beviláqua o reconheceu: *Em geral este capítulo das pessoas jurídicas resente-se de uma certa falta de methodo, consequencia de imperfeita agglutinação de opiniões divergentes dos que collaboraram no seu preparo*¹. O Código Civil de 2002 é mais uniforme. Embora existam críticas sobre o conteúdo, principalmente no que se refere à infeliz determinação do parágrafo único do art. 63 e a algumas inovações trazidas ao Direito Comercial decorrentes da nova disciplina das sociedades, pelo menos afastou-se a terminologia confusa da lei anterior. O Código de 1916 usava as expressões “associações” e “sociedades civis” como sinônimas², o novo Código define sociedade e associação de acordo com a existência ou não de finalidade lucrativa.

Enquanto o código anterior era quase lacônico no que diz respeito às associações sem fins lucrativos, o atual traz uma regulação mais detalhada e determina, em seu art. 2.031, a necessidade de as associações já existentes adequarem seus estatutos à nova disciplina. Imediatamente surgiu um problema. A redação original do Código Civil de 2002 previa apenas três formas de pessoas jurídicas de direito privado: associações, sociedades e fundações (art. 44). As igrejas e partidos políticos, constituindo-se a partir do agrupamento de pessoas e sem fins lucrativos, só poderiam caracterizar-se como associações. Contudo, os arts. 57 a 60 trazem uma série de regras de certo modo incompatíveis com o *modus operandi* típico de igrejas e partidos políticos. Podemos citar alguns exemplos. Os arts. 57 e 59 impõem regras democráticas para a exclusão de membros e para a eleição de diretoria, mas as igrejas em geral se baseiam em critérios de hierarquia. A nomeação de um pastor ou de um bispo, bem como sua expulsão, não são definidas pela base, em assembleia, decorrendo da ordem de um superior hierárquico. Como essa hierarquia é estabelecida em normas essenciais ao culto, violá-las poderia significar uma

restrição estatal à liberdade de certas religiões. Também os partidos políticos foram afetados. O Direito Eleitoral e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, diferentemente do passado, estabelecem que os partidos tenham representatividade nacional³. Sendo obrigatório o domicílio em Brasília e havendo membros em muitos estados, restou, na prática, inviável a obediência à disposição original do parágrafo único do art. 59⁴, que exigia que a assembleia-geral só pudesse destituir os administradores ou alterar o estatuto com a presença da

jam os mesmos, é necessário compreender que há outras formas associativas legítimas não-enquadradas na disciplina dos arts. 53 e seguintes do Código Civil e, portanto, são admitidas pelo Direito, já que representam formas tradicionais de organização, orientadas por concepções de vida distintas que devem ser respeitadas no Estado democrático de Direito, pautado pela garantia do pluralismo da sociedade.

As demais espécies de pessoas jurídicas continuaram obrigadas a adequar seus estatutos ao Código de 2002. Todavia apareceram inúmeras dificuldades,

(...) mesmo antes de entrar em vigor, o novo Código Civil foi alterado pela Lei n. 10.825/03, que incluiu, no art. 44, as organizações religiosas e os partidos políticos como novas espécies de pessoas jurídicas e, no art. 2.031, um parágrafo único que dispensou essas duas novas espécies de se adequarem ao novo Código.

maioria absoluta dos associados, em primeira convocação, ou de um terço, nas convocações seguintes. Tradicionalmente, as reuniões de partidos políticos dão-se por meio de delegados regionais. Mesmo com a extinção da figura dos delegados, o caráter nacional dos partidos ficaria comprometido, dada a dificuldade de convocar e reunir rotineiramente todos os filiados do país. Sendo já frágil a fidelidade partidária, entendeu-se que isso seria contra o interesse público. Assim, mesmo antes de entrar em vigor, o novo Código Civil foi alterado pela Lei n. 10.825/03, que incluiu, no art. 44, as organizações religiosas e os partidos políticos como novas espécies de pessoas jurídicas e, no art. 2.031, um parágrafo único que dispensou essas duas novas espécies de se adequarem ao novo Código.

O reconhecimento de que a disciplina do Código Civil não se aplica a todas as formas de pessoas jurídicas levou o Conselho da Justiça Federal a elaborar alguns enunciados acerca do art. 44 do Código Civil. O CJF admitiu, por meio do enunciado 144, que *a relação de pessoas jurídicas de Direito Privado, constante do art. 44, incs. I a V, do Código Civil, não é exaustiva*. Assim, ainda que a natureza jurídica e o suporte fático das pessoas jurídicas de base associativa (associações, organizações religiosas, partidos políticos, sindicatos, associações indígenas etc.) se-

principalmente no que diz respeito à sociedade, o que tem levado a continuas prorrogações de prazo⁵. O art. 2.031 previa inicialmente o prazo de um ano após a entrada em vigor do código para que sociedades, associações e fundações adequassem seus estatutos. A Lei n. 10.838/04 aumentou esse prazo para dois anos. Depois foi prorrogado para 11 de janeiro de 2006, pela Medida Provisória n. 234, de 10/1/05. Por fim, a Lei n. 11.127, de junho de 2005, prorrogou-o para 11 de janeiro de 2007. Essa última lei trouxe significativas mudanças no título das pessoas jurídicas, modificando radicalmente os arts. 59 e 60. Embora o art. 2.031 do Código Civil pareça estar tomando o mesmo destino do Código Penal de 1969, revogado em 1978 sem jamais ter entrado em vigor, permanece a obrigação de os referidos entes adequarem-se ao Código de 2002 e, conseqüentemente, o debate acerca de como cumpri-la.

Praticamente toda a bibliografia sobre Direito Societário no Brasil direciona-se às sociedades comerciais, de modo que a polêmica sobre a adequação das pessoas jurídicas ao novo Código está voltada para o Direito Comercial. Neste artigo, pelo contrário, trataremos das organizações sem fins lucrativos, em especial das associações de inspiração religiosa, visto que tais entidades têm reivindicado para si o enquadramento no parágrafo único do

art. 2031, o que as dispensaria da necessidade de adequação ao novo Código.

2 ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS E ASSOCIAÇÕES DE INSPIRAÇÃO RELIGIOSA

Algumas associações de inspiração religiosa, como escolas e universidades confessionais, têm demandado sua caracterização como organizações religiosas. Seu entendimento é fundado no Decreto 119-A, de 7/1/1890, que regulamentou a separação entre Estado e Igreja após a proclamação da República e consagrou a liberdade de culto. Dispõe esse decreto:

Art. 3.º A liberdade aqui instituída abrange não só os indivíduos nos atos individuais, senão também as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituírem e viverem coletivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder público⁶.

As associações que assumem em seus estatutos determinada orientação religiosa afirmam que a exigência de adequação ao novo Código Civil estaria infringindo direito adquirido desde a promulgação daquele decreto. Várias associações confessionais são fortemente influenciadas pela religião que professam. É comum as universidades católicas serem dirigidas pelo bispo da diocese ou por alguém por ele nomeado. Também é comum que certas confrarias e irmandades, mesmo compostas por leigos, tenham uma diretoria nomeada pelos dirigentes da religião a que se vinculam ou mesmo exijam voto de obediência ao presbítero, seja pastor ou padre. A vinculação é expressa não apenas no nome das entidades, mas também em seus estatutos, que assumem publicamente um objetivo proselitista e catequético.

(...) há de se distinguir claramente entre as organizações religiosas (previstas no art. 44, inc. IV, do Código Civil e excluídas da obrigação estabelecida pelo art. 2.031, de acordo com seu parágrafo único) e outras organizações que, não obstante baseadas em princípios e valores religiosos, não se destinam ao culto religioso, isto é, não são igrejas.

Não obstante as denominações de todas essas instituições fazerem referência a certas religiões, isso não as torna organizações religiosas, pois não integram a estrutura hierárquica das igrejas que mencionam. São inspiradas por valores religiosos e, certamente, contribuem com a divulgação de determinado credo ou ideologia. Mas o fazem sem estarem inseridas na estrutura própria das igrejas a que se vinculam.

O parágrafo único do art. 2.031 abriu exceção às organizações religiosas quanto às normas relativas às associações porque o novo Código Civil estabeleceu uma série de princípios democráticos que se tornaram obrigatórios para as associações em geral, como as competências privativas da assembleia-geral. As igrejas, sendo expressão de valores místicos e sobrenaturais, não se organizam sobre bases democráticas, mas sim sobre um princípio de ordem, isto é, exige-se a obediência a comandos hierárquicos que permitam a manutenção do credo nas bases

místicas em que foi concebido. A ideologia religiosa não se inspira na vontade da maioria. Para o fiel, o credo religioso é a expressão de uma verdade revelada (portanto não sujeita a adaptações ou modificações em assembleia) à qual, em regra, só se tem acesso pela obediência à vontade eterna e imutável da divindade. Ao seguir uma estrutura baseada em ordens absolutas, o fiel acredita que não obedece aos líderes religiosos, mas sim a uma tradição instituída sobrenaturalmente. Logo, se o Direito Civil exigisse, por exemplo, que a ordenação de um bispo fosse feita em assembleia dos presbíteros e diáconos da diocese, isso feriria a liberdade de culto, pois o culto católico exige que a ordenação só será feita por alguém que tenha recebido esse poder do Espírito Santo, jamais por uma assembleia humana⁷. Mas quanto às pessoas jurídicas que não se dedicam prioritariamente ao culto, e para as quais as limitações da lei civil não impõem violação à consciência nem à liberdade de religião, sendo apenas inspiradas em uma certa ideologia religiosa, elas deverão necessariamente adaptar-se às regras que o novo Código Civil impõe às associações.

Portanto, há de se distinguir claramente entre as organizações religiosas (previstas no art. 44, inc. IV, do Código Civil e excluídas da obrigação estabelecida pelo art. 2.031, de acordo com seu parágrafo único) e outras organizações que, não obstante baseadas em princípios e valores religiosos, não se destinam ao culto religioso, isto é, não são igrejas. Confirma-se a lição de Pontes de Miranda:

O fato de ter nome de santo, ou aludir a alguma religião o nome da associação pia, ou moral, não a faz sociedade ou associação religiosa. Sociedade religiosa é a que se dedica ao culto. Se, ao lado do culto, pratica beneficência, ou ensino moral ou assistência moral, é mista. Se o culto é secundário, cessa qualquer caracterização como sociedade ou associação religiosa. Tal sociedade ou associação fica fora de qualquer hierarquia religiosa⁸.

A liberdade a que faz menção o art. 3º do Decreto n. 119-A, de 1890, diz respeito à liberdade de confissão religiosa, que abrange a liberdade de culto, privado e coletivo, e a proteção contra tratamento discriminatório em função da religião escolhida. Esse decreto não tem por escopo abrir exceções à organização civil das pessoas jurídicas, mas simplesmente corrigir situações de tratamento discriminatório e autorizar o funcionamento, como pessoa jurídica, de igrejas de qualquer culto ou confissão. Basta lembrar que a Constituição do Império não apenas proibia que as igrejas, exceto a Católica, possuíssem templos, obrigando-as a restringirem-se ao culto domiciliar, como também reservava certos cargos públicos, como o de senador, além dos de monarca, príncipe herdeiro e cônjuge do herdeiro, exclusivamente aos católicos.

O art. 3º do Decreto n. 119-A versa que, sobre a liberdade religiosa e a separação entre Igreja e Estado, não pode ser entendido como se estabelecesse uma exceção à legislação civil. Deixa claro que a liberdade de que trata não é apenas uma liberdade de consciência religiosa, mas da liberdade de manifestação pública do sentimento de religião, expurgando do ordenamento as práticas que obrigavam os fiéis a se reunirem em sociedades secretas (como certos grupos durante a Idade Média) ou a se restringirem ao culto domiciliar (como no Brasil Imperial).

A regulamentação sobre as associações na vigência do Código Civil de 1916 era mais flexível. Mas a natureza das associações era essencialmente a mesma. Afinal, qualquer associação deve ser constituída pela reunião de associados, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas. Jamais foi juridicamente possível uma associação sem quadro associativo. Sem associados, é óbvio, nunca pôde existir associação. O Direito brasileiro só permite a organização de pessoas jurídicas com base patrimonial (fundações), associativa (associações) ou pela combinação de ambos os elementos, como nas sociedades, em que cada sócio também contribui com a constituição do patrimônio, por isso chamado "capital social". Pontes de Miranda classifica a assembleia-geral como um dos raros exemplos de órgão necessário nas pessoas jurídicas de Direito privado, esclarecendo tratar-se de um órgão que não pode ser extinto nem por decisão unânime dos associados: *A diretoria ou órgão que administra não pode ser extinta, porque é requisito para o registo haver órgão diretivo (art. 19, II; Decreto n. 4.857 de 9 de novembro de 1939, art. 128, II); nem a assembleia dos membros, tratando-se de associação ou de sociedade.*

(...).

Os órgãos ou são necessários ou são facultativos. A diretoria e a assembleia-geral, nas sociedades e associações, são órgãos necessários; os mais, facultativos.

(...).

*A assembleia, ainda quando a pessoa jurídica se compo- nha de poucos membros, é o órgão pelo qual esses manifes- tam vontade. Se falta a assembleia, não se trata de associa- ção, nem de sociedade*⁹. (Grifos nossos)

Há um grande número de entidades registradas em cartório como se fossem associações, mas que não possuem associados, tendo apenas uma diretoria que, em regra, é nomeada por terceiros (frequentemente um conselho central, que é outra pessoa jurídica). É o que acontece muitas vezes com algumas entidades vinculadas à tradicional e respeitada Sociedade São Vicente de Paula, cuja forma de organização, que remonta ao Brasil Colônia, inspira-se claramente nas ordens religiosas, afinal trata-se de uma irmandade leiga.

Há ainda pessoas jurídicas registradas como associações, mas que, na realidade, destinam-se exclusivamente a administrar um patrimônio, frequentemente doado a uma irmandade para fins de caridade. Deveriam ser fundações, pois se organizam em torno de um patrimônio e não possuem quadro associativo. Mas o desconhecimento dos princípios de Direito Societário gerou irregularidades que se reiteraram no tempo e se consolidaram nas práticas dos cartórios de todo o país. Embora saibamos que são práticas nacionalmente difundidas e reiteradas ao longo do século XX, elas não geram direito subjetivo, pois tais formas de organização não encontram amparo em nenhuma norma do ordenamento. Portanto, o fato de muitas entidades não terem quadro associativo, apesar de serem formalmente registradas como associações, não gera direito adquirido, pois sua constituição foi, desde o início, irregular. Elas jamais tiveram direito de existir sem associados. Eram, na realidade, sociedades de fato, isto é, existiam, mas não estavam constituídas conforme o direito.

A confusão decorre da elaboração de estatutos de entidades civis inspiradas em modelos religiosos e ao fato de a Santa

Sé ser tradicionalmente considerada pessoa jurídica internacional. Durante muitos séculos havia territórios papais, o que determinou a relação dos Estados nacionais com a Igreja Católica como uma relação de Direito Internacional. Mesmo depois da extinção dos territórios papais e antes que o Vaticano fosse separado da Itália por Mussolini, a Igreja Católica continuou a ter *status* de Estado.

Nas designações do art. 16, I, devem compreender-se as ordens monásticas, as congregações religiosas, as confrarias e irmandades. A Igreja Catholica, as dioceses e as parochias não são pessoas jurídicas de direito privado. A primeira, corporificada na Santa Sé, entra, como já dito, na classe das pessoas jurídicas de direito público externo. As dioceses e as parochias serão personalidades jurídicas na esfera do direito ecclesiastico; mas, no campo do direito civil brasileiro, que é essencialmente leigo, desde que não formam sociedades, não podem adquirir personalidade.

As ordens monásticas, porém, as congregações, as confrarias e as irmandades são sociedades nas condições previstas pelo Código Civil.

(...).

*Entre fundações e estabelecimentos viam alguns escriptores diferenças assignaláveis; mas, no estado actual do direito civil, não há que destacar mais uma classe de pessoas jurídicas. Estas ou são aggregados de pessoas naturaes (sociedades, associações, corporações) ou são conjunctos de bens personificados (fundações)*¹⁰. (Grifos nossos)

Há quem distinga entre a Santa Sé, pessoa jurídica de Direito Internacional, e a Igreja Católica no Brasil, que atuaria internamente como uma associação de direito privado, porque, se a Igreja não for uma pessoa de Direito privado, como descrito acima, os bispos e cardeais no Brasil, bem como a sede de suas representações, deveriam ter caráter de embaixada. Todavia essa ressalva ao comentário de Beviláqua não atinge as organizações não dedicadas ao culto religioso, como as entidades de assistência e as escolas confessionais. E não muda o fato de que as associações sempre precisaram observar o princípio, já consagrado no Código de 1916, segundo o qual não há associação sem associados. Assim, não se pode falar em direito adquirido, visto que elas jamais tiveram direito de se organizar sem observar aquele princípio. O direito adquirido pressupõe a realização fática de uma descrição hipotética da norma. Se durante a vigência da norma a pessoa realiza a hipótese abstrata nela prevista, então essa pessoa tem um direito subjetivo oponível *erga omnes*, a ser respeitado ainda que a lei seja alterada. Mas, no caso, nunca foi possível uma pessoa jurídica organizar-se, juridicamente, por outra forma que não fosse a associativa ou a patrimonial. Se os estatutos não mencionavam a assembleia-geral, sua constituição foi irregular e antijurídica e, por evidente, não se adquirem direitos não admitidos pelo Direito.

3 A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFORMAR UMA ASSOCIAÇÃO EM FUNDAÇÃO

Outra opção que algumas associações têm buscado construir é transformarem-se em fundações, acreditando que podem assim continuar sua existência sem a necessidade de adequação ao Código, visto que as fundações não têm associados. O objetivo é dar continuidade à forma tradicional de administra-

ção sem perder eventuais benefícios fiscais e sem interromper convênios firmados com o poder público, visto que várias dessas entidades dependem de verbas públicas, como asilos, creches, abrigos e hospitais, ou gozam de benefícios fiscais, como instituições de ensino e hospitalares. Entretanto, essa opção ignora um fato: é possível extinguir uma associação e criar uma fundação, mas não é possível transformar uma em outra.

Uma fundação só pode ser instituída de duas maneiras: por escritura pública ou por testamento. Uma associação não pode transformar-se em fundação e vice-versa. São naturezas jurídicas distintas. Não obstante todas as pessoas jurídicas de Direito privado possuam fundamento legal comum, têm suportes fáticos distintos. As associações formam-se da reunião de diversas pessoas, enquanto as fundações são a personificação de um patrimônio que se destaca da pessoa de seu instituidor.

Uma fundação só pode ser instituída de duas maneiras: por escritura pública ou por testamento. Uma associação não pode transformar-se em fundação e vice-versa. São naturezas jurídicas distintas. (...) as associações formam-se da reunião de diversas pessoas, enquanto as fundações são a personificação de um patrimônio que se destaca da pessoa de seu instituidor.

Assim, uma alteração estatutária não tem o condão de transformar a natureza de uma pessoa jurídica. Se uma associação, ainda que por decisão unânime da assembléia, decide destinar todo o seu patrimônio à constituição de uma fundação para substituir a associação, assumindo todas suas finalidades estatutárias, não estaremos diante de uma simples reforma do estatuto. Ocorreria, nesse caso, a desconstituição da associação e o nascimento de uma nova pessoa jurídica. Não haveria transformação, mas o desaparecimento de uma pessoa jurídica e o nascimento de nova pessoa jurídica, organizada sob a forma de fundação. Como qualquer instituição de fundação, esta também deveria ser precedida de aprovação do Ministério Público e de todas as outras sujeições que a lei determina às fundações privadas.

Tendo fundamentos fáticos distintos, não se pode admitir a mutação da natureza das pessoas jurídicas, a não ser tal-

vez por lei. A lei, sendo instrumento capaz de inovar no ordenamento jurídico, poderia transformar uma autarquia pública em uma sociedade comercial, como se deu, por exemplo, nos processos que precederam a privatização de alguns bancos estaduais nos anos 90, embora o rigor técnico de tal transformação seja questionável. Mas, no âmbito do Direito privado, a vontade das partes não tem capacidade de mudar a natureza das coisas, pois a natureza jurídica das associações, sociedades e fundações não decorre do arbítrio do legislador, mas de uma constatação fática. São realidades diferentes. A lei, ao determinar disciplinas específicas para cada uma delas, o faz somente em decorrência das distinções de fato: *O que importa é assentar-se que o direito não as cria ex nihilo; traz, para as criar, algo do mundo fático. (...) As teorias sobre a pessoa jurídica aí se situam; são perspectivas do mundo fático, que apañham parte do mundo jurídico, mas*

*somente porque o conceito de pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico*¹¹.

Se uma associação delibera destinar todo o seu patrimônio à constituição de uma fundação, e, além disso, encarrega a fundação a ser constituída de dar prosseguimento a suas finalidades estatutárias, em verdade a associação está se extinguindo. Sem associados, já se afirmou e reiterou, não há associação: *Os membros são os elementos mais relevantes do suporte fático das sociedades e associações. Projetam-se no tempo, com eventuais substituições e entradas, mantendo a vida e a atividade delas*¹². Se os membros deixam de compor a associação, esta desaparece, extingue-se. Não ocorreria a transformação da associação em fundação, mas sim a extinção da associação e o nascimento de uma fundação.

A vontade dos sujeitos privados não pode alterar a natureza jurídica de uma pessoa porque não se trata de opção, e muito menos de ficção, mas de um dado *a priori*¹³. Se esse dado, esse elemento

fático, desaparece, com ele deixa de existir a própria pessoa jurídica. Pontes de Miranda, ao enumerar as causas de extinção das pessoas jurídicas, relaciona em primeiro lugar a dissolução de seu suporte fático.

Não é possível admitir continuidade entre a pessoa jurídica organizada sob a forma de associação e a pessoa jurídica que se pretende criar sob a forma de fundação: *Pôsto que os juristas empreguem as expressões “dissolução da pessoa jurídica”, pessoa jurídica não se dissolve, – pessoa jurídica deixa de ser, isto é, a entidade que se personificara perde a capacidade de direito*¹⁴. Ou seja, se os associados abandonam a associação, jamais se pode afirmar que permaneceria um substrato da pessoa jurídica no patrimônio remanescente e que, por esse patrimônio, a pessoa jurídica se reorganizaria sob a forma de fundação. Extraindo-se os associados da associação, esvazia-se por completo sua personalidade jurídica. Sem associados não há sequer vestígio de personalidade, pouco importando se há patrimônio remanescente. O patrimônio em uma associação é mero acessório. Tanto que é possível existirem associações sem patrimônio. O fato de a assembléia destinar o patrimônio eventualmente existente à criação de uma fundação em nada importa, afinal todo processo de extinção deve prever a liquidação do patrimônio eventualmente existente e sua destinação.

As fundações, por sua vez, além de suporte fático distinto, têm um procedimento especial de constituição. As fundações privadas só podem ser criadas por escritura pública ou testamento. Assim, não bastaria uma ata de assembléia registrada em cartório, deliberando a afetação do patrimônio da associação, para que se constituísse uma fundação. Necessário seria que, autorizada pela assembléia, a diretoria elaborasse o instrumento público competente (a escritura). Seria preciso ainda a elaboração de novo estatuto. O estatuto da associação que se extingue não poderia fazer as vezes de um estatuto de fundação, pois, ainda que a assembléia instituidora deliberasse que a forma de administração seria a mesma da associação, seria preciso excluir-se todas as disposições relativas a associados e outras incompatíveis com a natureza patrimonial das fundações. Embora os estatutos das associações de inspiração

religiosa tenham as irregularidades apontadas no item anterior, e não disponham sobre quadro associativo, seria necessária a aprovação do Ministério Público para que pudessem ser registrados no cartório de pessoas jurídicas, deixando novamente claro não se tratar de mera alteração estatutária, mas sim do registro do estatuto de uma nova pessoa jurídica. O estatuto anterior não tem qualquer relação com o novo, mesmo podendo coincidir em praticamente todas suas disposições. É perfeitamente possível existirem duas entidades com estatutos idênticos, mas continuam sendo duas entidades

Na eventualidade de a associação extinta possuir um convênio em andamento, seria preciso demonstrar que a constituição da fundação foi absolutamente necessária à continuidade dos serviços de interesse público, não se tratando de medida meramente organizacional, e que, sem ela, a continuidade da própria atividade objeto do convênio estaria ameaçada.

distintas, com dois registros distintos. O mesmo ocorreria em nosso caso. O estatuto aprovado pelo Ministério Público para a nova fundação seria necessariamente objeto de um novo registro. Seria uma nova pessoa jurídica nascendo para o Direito, e não a modificação de uma pessoa jurídica já existente no ordenamento.

A pessoa – física ou jurídica – que institui uma fundação não continua a existir na fundação. A fundação constituída é, necessariamente, uma nova pessoa jurídica. Não há continuidade entre fundador e fundação. O patrimônio destacado pelo instituidor, ou instituidores, não guarda qualquer vínculo com o instituidor. *No suporte fático, de que sai a fundação, não há pluralidade de pessoas, ainda quando o ato fundacional parta de pluralidade de pessoas; pois esse ato coletivo, de procedência plural, não projeta no futuro essas pessoas*¹⁵. (Grifos nossos)

A palavra “fundação” tem sua origem no fato de que a constituição de uma pessoa jurídica de base patrimonial é necessariamente um ato criador. Só se pode fundar algo novo. Em razão disso, Pontes de Miranda denomina a instituição das fundações de “negócio jurídico criativo”¹⁶.

A vontade do fundador perdura, a sua declaração de vontade entrou no

mundo jurídico, e desde o ato institucional começou de irradiar efeitos. (...) A voluntas, aí, é o que a voluntas deixou após si; a voluntas não é mais, – só é a sua eficácia. Tal como a luz da estrela, que se acabou; o que se lhe vê é a luz. Assim no testamento e na fundação, como em todos os atos e negócios jurídicos; não importa se vive, ou não, quem manifestou a vontade, ou praticou o ato. (...)

*Não há negócio de fundação, sem a vontade de se criar pessoa jurídica, isto é, de se criar, com o registo, sujeito de direito*¹⁷. (Grifos nossos)

Infelizmente já encontramos casos em que o Ministério Público aprovou registro de estatuto de fundação como se fosse mera alteração estatutária. Também já vimos casos de fundações registradas pelo cartório de pessoas jurídicas sob o mesmo número de uma associação, constando a escritura pública e o novo estatuto como mera alteração. Tais práticas só podem ser entendidas como equívocos ou completo desconhecimento do Direito, pois não há espaço para uma interpretação diferente.

A relevância dessa observação decorre do fato de que muitas associações confessionais, desde grandes hospitais e universidades até pequenas creches e asilos, têm convênios com a Administração Pública. E a extinção de tais associações confessionais para a criação de fundações poderia comprometer a continuidade desses convênios, pois há várias leis a exigir que uma pessoa jurídica privada sem fins lucrativos só pode receber verbas públicas se existir há um certo tempo. No âmbito federal, por exemplo, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei n. 10.934/04, dispõe, em seu art. 34, inc. IV, que só podem ser destinados recursos públicos a entidades em funcionamento há pelo menos três anos. Tal medida visa evitar o repasse de dinheiro público a entidades sem represen-

tatividade social, artificialmente criadas para esse fim. Nesse caso, a nova fundação estaria impedida de firmar convênio ou receber qualquer subvenção de origem federal até completar o tempo de existência determinado.

Na eventualidade de a associação extinta possuir um convênio em andamento, seria preciso demonstrar que a constituição da fundação foi absolutamente necessária à continuidade dos serviços de interesse público, não se tratando de medida meramente organizacional, e que, sem ela, a continuidade da própria atividade objeto do convênio estaria ameaçada. Só com elementos bem convincentes, demonstrados no caso concreto, poder-se-ia eventualmente permitir que uma fundação recém-criada assumisse a continuidade de um convênio já em andamento. Com exceção de uma situação assim excepcional, não nos parece razoável admitir que uma fundação recém-criada possa assumir um convênio público, substituindo a parte original.

O mesmo pode-se dizer do título de utilidade pública federal, Lei n. 91/35, para cuja declaração o Decreto n. 50.517/61 exige que a entidade esteja em efetivo funcionamento há pelo menos três anos. Só seria admissível dispensar esse prazo, que não está na lei, se demonstrada sua absoluta necessidade para a continuidade de serviços de interesse público.

4 CONCLUSÕES

Os partidos políticos e as organizações religiosas têm a mesma natureza jurídica e suporte fático das associações, as quais são erigidas sobre uma pluralidade de pessoas e não possuem fins lucrativos, como dispõe o art. 53 do Código Civil, que as define. Entretanto, foram destacados individualmente no art. 44 e dispensados de se adequarem às disposições relativas às associações em geral, apenas em função de um reconhecimento público das formas de organização que lhes são próprias, o que não significa que estejam fora da abrangência das normas gerais do Direito Civil.

As associações não-dedicadas ao culto religioso, embora confessionais, não são organizações religiosas para fins do parágrafo único do art. 2.031 e devem adequar seus estatutos ao Código Civil. A adoção de um modelo de administração inspirado em normas religiosas deve

ser limitada pelas disposições de ordem pública contidas no Código Civil.

Não é possível transformar uma associação em fundação. Se a associação confessional decidir criar uma fundação, deve fazê-lo por meio de assembléia-geral que determine a extinção da associação e a destinação dos bens à criação de uma fundação que mantenha suas mesmas finalidades estatutárias, autorizando, para isso, que a diretoria o faça por escritura pública. A assembléia deverá também determinar a forma de direção da futura fundação e incumbir os responsáveis pela elaboração de seu estatuto. Se o Ministério Público não aprovar as disposições da assembléia, o caso se resolve pelos procedimentos de praxe, tal qual uma fundação instituída por testamento, pois também se trata de uma disposição de última vontade. O ato de extinção se consubstancia pelo registro em cartório da ata da assembléia que decidiu extinguir a associação. Sendo um ato jurídico perfeito, não há possibilidade de convocar a assembléia para tomar conhecimento dos pontos de discordância do Ministério Público, pois a pessoa jurídica já teria deixado de existir. Convocar os associados de uma associação extinta seria um ato nulo. Assim como o testador não pode se manifestar quanto aos procedimentos a serem adotados pelos testamentários e pelo Ministério Público, a associação extinta não pode ser convocada, porque já não mais existe. Portanto, sendo opção da assembléia extinguir a associação e criar uma fundação, seria conveniente que, antes de se consumar o ato, a diretoria consultasse o promotor da comarca para verificar sobre a licitude e regularidade das disposições relativas à forma de administração da fundação que se pretende criar.

Em regra, uma fundação assim criada não poderia substituir a associação extinta em um convênio com a União, pois as leis de diretrizes orçamentárias sempre impõem requisitos de tempo mínimo de existência para que uma organização sem fins lucrativos possa receber recursos públicos. Excepcionalmente, no entanto, isso poderia ser admitido desde que, num caso concreto, a não-substituição pudesse significar a interrupção de serviços públicos essenciais ou trazer prejuízos a comunidades atendidas por meio do convênio. Para isso, precisaria demonstrar não haver naquela localidade nenhuma outra entidade que atendesse aos requisitos da legislação orçamentária ou não tivesse capacidade técnica de dar continuidade aos serviços.

REFERÊNCIAS

- 1 BEVILACQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Alves, 1940. v. 1.
- 2 Idem, p. 219; e _____. Teoria Geral do Direito Civil. Ministério da Justiça: Serviço de Documentação, 1972. p.134; BARBOSA, Rui. Parecer sobre a redação do Código Civil. v. 29, t. 1. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t.1. e PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 215.
- 3 A Lei n. 9.096/95 exige que o estatuto de um partido seja registrado em cartório da capital federal e assinado por no mínimo 101 pessoas com residência em pelo menos um terço dos estados.
- 4 Esse artigo foi totalmente modificado pela Lei n. 11.127, de 28/6/05.
- 5 A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) chegou a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.272, impugnando os incs. I e II do art. 59 do novo Código Civil, bem como seu parágrafo único.

- 6 Este decreto fora revogado pelo Decreto n. 11, de 18/1/1991, mas foi ripristinado pelo Decreto n. 4496/2002.
- 7 É esse o argumento pelo qual os teólogos católicos admitem como "verdadeira" a missa das igrejas ortodoxas orientais e não admitem a da igreja anglicana, distinguindo entre cisma e reforma.
- 8 MIRANDA, op. cit., p. 324.
- 9 Idem, p. 287, 289 e 383.
- 10 BEVILACQUA, Código Civil..., op. cit., p. 217 e 238.
- 11 MIRANDA, op. cit., p. 280.
- 12 Idem, p. 381.
- 13 Antes de se personificar, as associações e as sociedades já têm membros. O que se personifica não é a pluralidade estável de elementos-pessoas; é o que já resultou da entrada do suporte fático no mundo do direito, portanto a própria associação, ou a própria sociedade. (Grifos nossos). MIRANDA, op. cit., p. 391.
- 14 Idem, p. 430.
- 15 Idem, p. 442.
- 16 Idem, p. 454.
- 17 Idem, p. 442 e 453-454.

Artigo recebido em 13/7/2005.

ABSTRACT

The author states that political parties and religious organizations have the same juridical nature and the same fattispecie of the associations, but, due to a public interest reason, the Civil Code excuses them from adjusting themselves to the requirements made to associations in general.

He understands that the institutions that do not hold religious services, albeit confessional ones, do not qualify as religious organizations and, therefore, they must adapt their statutes to the rules imposed by the new Civil Code.

He alleges that it is impossible to change an association into a foundation; there may be the demise of the former and the creation of the latter. In such case, the foundation that has been created could not substitute for the extinct association in the public covenants to which this association is a party, unless the covenant interruption means the interruption of public services and losses to some particular population.

KEYWORDS

Civil Law; 2002 Civil Code – articles 2,031, 44, 57-60; Law n. 10,838/04; political party; religious organization; confessional institution.

Damião Alves e Azevedo é coordenador de títulos e qualificação do Ministério da Justiça e pesquisador do grupo de estudos Sociedade, Tempo e Direito da Faculdade de Direito da UnB.