

Transformação, incorporação, cisão ou fusão de ou por Fundações de Direito Privado

José Marinho Paulo Junior*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundações e bens: um binômio desde a gênese da entidade. 3. Da transformação de pessoas jurídicas de outra natureza em fundações de direito privado. 4. Da transformação de fundações de direito privado em pessoas jurídicas de outra natureza. 5. Conclusão.

Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a viabilidade jurídica da mutabilidade entre fundações de direito privado e pessoas jurídicas de outra natureza. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clóvis Beviláqua, justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com preservação da vontade do instituidor. Conclui que, nesta hipótese, a lógica sistemática permite apenas a transformação, incorporação, cisão ou fusão de pessoas jurídicas de outra natureza por Fundações de Direito Privado, mas não destas por aquelas.

Abstract

This article aims to assess through bibliographic review if it is legally allowed to turn foundations into other forms of corporate organization. Under the light of Clovis Bevilacqua's foundation-as-a-group-of-rights theory as a scientific reference, the research is justified by the need of comprehension of the enforceability of the Brazilian Law, protecting the will of its founders. The article concludes that, on account of systematic logic, other forms of corporate organization might be converted into foundations, but not the way back.

Palavras-chave: Fundação de direito privado. Transformação. Incorporação. Cisão. Fusão.

Keywords: *Foundations. Transformation. Merger. Fusing. Split. Incorporation.*

* Pós-Doutorando (IVIG-COPPE/UFRJ). Doutor em Direito (UNESA). Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Mediação e Negociação pelo *Justice Institute of British Columbia* (Canadá). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a viabilidade jurídica da mutabilidade entre fundações de direito privado e pessoas jurídicas de outra natureza. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clóvis Beviláqua, justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de extinção judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com preservação da vontade do instituidor.

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

Prima facie, constata-se o tratamento sucinto (e algo precário) dado pelo Código Civil à matéria fundacional.¹ É, pois, singela e lacunosa a base normativa a partir da qual se tece a presente análise.²

De toda sorte, relembre-se aqui a lição de Masagão (1945)³ de que “a instituição da fundação [...] visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar esses bens em

¹ Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: I – assistência social; II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – educação; IV – saúde; V – segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX – atividades religiosas e X – (VETADO). Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante. Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial. Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz. Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público. Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. § 1º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. § 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público. Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma: I – seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação; II – não contrarie ou desvirtue o fim desta; III – seja aprovada pelo órgão do Ministério Público no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual ou no caso de o Ministério Público a denegar, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado. Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias. Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa à fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

² Disto não se extrai que não haja uma vasta e errática normatização do direito fundacional privado, vide por todos *Vade Mecum de Direito Fundacional Privado* das Provedorias de Fundações da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. (PAULO JUNIOR, José Marinho *et al.* (Org.). 1ª edição, Rio de Janeiro: Câmara Brasileira do Livro, 2021, p. 1617, ISBN 978-65-00-28547-5, disponível em plataforma Kindle)

³ MASAGÃO, Mário (1945). Fundações criadas por testamento. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, 40, 70-76. Recuperado de: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66040>>. Consulta em: 17 ago. 2021.

pessoa jurídica, atribuindo-lhes fim especial a que, como pessoa, ficarão jungidos”, escorada nos ensinamentos de Clóvis Beviláqua de que a fundação é uma universalidade de bens personalizada em atenção ao fim que lhe dá unidade. Dallari (1995),⁴ em igual sentido, anota que fundação é a vinculação de um patrimônio a determinado fim, dando-lhe personalidade jurídica, isto é, um patrimônio personalizado – o que significa que “o patrimônio adquire a condição de pessoa, passando a ser sujeito de direitos, ao mesmo tempo em que pode assumir obrigações jurídicas”.

E uma pergunta angular: se não há bens, poderá haver fundação? Evidentemente que não. A fundação, enquanto universalidade de bens, tem nestes a sua essência e não pode nunca existir sem estes. Não por outra, FABIÃO GUASQUE (2008, p. 65) bem entrevê a fundação como “um fundo em ação”.⁵ E daí porque uma fundação sem bens deve ser extinta, na forma do artigo 69 do Código Civil.⁶

Tal *vexata quaestio* leva à fundamental premissa de criação de fundações por testamento: esta, se possível, somente ocorrerá diante da efetiva partilha e não antes (ao menos, como vista acima, em regra, ressalvada autorização judicial incidental, *ex vi* do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil).⁷

Nas palavras de Azevedo,⁸ para se criar uma fundação não bastam “direitos eventuais” – o que justamente é, afinal, a previsão de sua dotação até que seja ultimada: um direito em potencial e nada mais, a despeito da redação ditada pelo artigo 1923 do Código Civil,⁹⁻¹⁰ que, em verdade, apenas se aplica a legatários, do que se distingue a fundação instituída – que não é legatária, nem herdeira, mas uma dotação. (MASAGÃO, 1945)¹¹

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

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

⁶ Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

⁷ Já acima transcrito.

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

⁹ Art. 1.923. Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. § 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria. § 2º O legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial.

¹⁰ Rodrigues (2003) expõe: “[...] faz-se preciso recorrer à distinção entre posse direta e indireta. O legatário, no momento da morte do testador, adquire o domínio da coisa certa legada, bem como a posse indireta dela (CC, art. 1.923). A posse direta, entretanto, só será por ele adquirida no momento em que o herdeiro lhe entregar o objeto do legado (CC, art. 1.923, § 1º). Até esse momento, cabe-lhe o direito de reclamar a entrega daquilo que se tornou seu por força do testamento, e cuja propriedade resultou da morte do testador. (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 7: Direito das Sucessões. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.)

¹¹ Neste mesmo sentido, FERREIRA, Sergio de Andréa. *In As Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público no Brasil*. Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf>. Consultado em: 05 out. 2021), para quem “[é] uma liberalidade, mas constitui categoria jurídica específica, diversa que é da doação, a cujo regime e restrições não está sujeita. Fala-se, aliás, no particular, em dotação ou atribuição de bens e não em doação

Fosse diferente, haveria o absurdo de instituidor insolvente pretender formar uma fundação sem lhe garantir bens, sendo suficiente o desejo quiçá egoísta e mesquinho de ter para si mesmo algum legado pessoal. Tampouco se admite que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários,¹² uma vez que, em interpretação sistêmica do Diploma Material e à luz do primado de vedação ao enriquecimento sem causa, não se pode tolerar isto.

Noutras palavras, parece razoável interpretar-se o Código Civil no sentido de que a fundação instituída por testamento¹³ – e a é tão logo este é cumprido – somente vem a se formar se e quando, da partilha, houver bens suficientes para concretizar aquela última vontade. Tal exegese clareia, aliás, o sentido do artigo 63 do diploma na medida em que não se exige ali seja antes extinta a fundação (o que, estivesse criada, o disposto no artigo 69 seria de observância obrigatória).

Nestes termos, em hipóteses de instituição de fundação via testamentária, com o escopo de dirimir as eventuais dúvidas sobre os bens destinados à dotação patrimonial, salutar adotar a partilha em vida, em sua modalidade partilha-testamento, nos moldes delineados pelo artigo 2018,¹⁴ preservados, por óbvio, a legítima dos herdeiros necessários,¹⁵ nos moldes determinados pelo Código Civil.

3. Da transformação de pessoas jurídicas de outra natureza em fundações de direito privado

À exceção, por demais evidente, das fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política (por expressa e específica ressalva legal),¹⁶ é polêmica a possibilidade de conversão de pessoas jurídicas de outra natureza em fundação de direito privado.

(217). O ato de instituição é formal, podendo ser *inter vivos* ou *mortis causa*. Exige o art. 24 do Código Civil que ele se exteriorize por escritura pública ou testamento. Pelo mesmo ato deve ser feita dotação especial de bens livres, especificando-se, obrigatoriamente, o fim a que se destina a fundação e, facultativamente, a maneira de administrá-la. Neste primeiro momento, temos o que SADY CARDOSO DE GUSMÃO (218) chama de fundação instituída ou imperfeita.” (p. 112)

¹² Assim dispõe o Código Civil: “Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente. [...] Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.”

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

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

¹⁵ Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

¹⁶ Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Art. 53. A fundação ou instituto de direito privado, criado por partido político, destinado ao estudo e pesquisa, à doutrinação e à educação política, rege-se pelas normas da lei civil e tem autonomia para contratar com instituições públicas e privadas, prestar serviços e manter estabelecimentos de acordo com suas finalidades, podendo, ainda, manter intercâmbio com instituições não nacionais. § 1º O instituto poderá ser criado sob qualquer das formas admitidas pela lei

Há quem enxergue no artigo 62 do Código Civil¹⁷ uma única via (de duas faixas) pela qual se possa criar um ente fundacional: por escritura pública ou testamento.¹⁸ Tudo e apenas isto, em silêncio eloquente¹⁹ contrário à transformação. Nesta direção, tenha-se o disposto no item 32 do Capítulo XVIII do Provimento nº 58/89 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (Normas de Serviço – Cartórios Extrajudiciais – Tomo II),²⁰ que expressamente veda a transformação de associação ou fundação em sociedade. Em dúvida registral²¹ sobre a possibilidade em sentido

civil. § 2º O patrimônio da fundação ou do instituto de direito privado a que se referem o inciso IV do art. 44 desta Lei e o *caput* deste artigo será vertido ao ente que vier a sucedê-lo nos casos de: I – extinção da fundação ou do instituto, quando extinto, fundido ou incorporado o partido político, assim como nas demais hipóteses previstas na legislação; II – conversão ou transformação da fundação em instituto, assim como deste em fundação.

¹⁷ Art. 1857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

¹⁸ SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. Transformação de associação em fundação: incompatibilidade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1030, 27 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8307>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

¹⁹ “Há silêncio nas palavras, elas produzem silêncio. O próprio ato de falar exclui o que não foi dito, pois quando se diz algo – porque se elegeu para dizer – o que não foi dito vem em forma de silêncio, mas está em determinado lugar com seu significado.” (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 5ª ed. Campinas (SP): Unicamp, 2002. p. 14). Ou na letra de JOSÉ SARAMAGO: “Aquilo que a literatura preguiçosa chamou durante muito tempo silêncio eloquente não existe, os silêncios eloquentes são apenas palavras que ficaram atravessadas na garganta, palavras engasgadas que não puderam escapar ao aperto da glote” (em *O Homem Duplicado*, por seu protagonista Tertuliano Maximo Afonso. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, 7ª edição, p. 65).

²⁰ 32. É vedada a averbação de transformação de associação ou fundação em sociedade, ressalvada a hipótese de instituição de ensino superior referidas no art. 13 da Lei nº 11.096/2005 e as associações que tenham seu patrimônio dividido em cotas ou frações ideais, nos termos do art. 56, parágrafo único, do Código Civil. 32.1. Aplicam-se às associações os institutos da fusão, incorporação e cisão. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=138285>>. Consulta em: 23 fev. 2023.

²¹ “Como acima mencionado, a associação está disciplinada no artigo 53 do CC e caracteriza pessoa jurídica de finalidades não econômicas, que se constitui pela união de pessoas, entre as quais se destaca o terceiro setor, que pode assumir o aspecto de associação ou fundação, enquanto que a sociedade simples tem por objetivo o lucro. A questão posta a desate já foi objeto de apreciação pela Egrégia Corregedoria Geral da Justiça (Processo nº 2011/80114; 2015/00155467). Transcrevo a ementa e trecho do Parecer do Processo CG 226/2007, da lavra do Juiz Drº Álvaro Luiz Valery Mirra, aprovado pelo Corregedor Geral da Justiça Des. Gilberto Passos de Freitas, que bem elucida o impasse: “Registro Civil de Pessoa Jurídica – Operação de incorporação de sociedade limitada por associação civil – Pessoas jurídicas de naturezas diversas e submetidas a regimes jurídicos igualmente diversos – Ausência de previsão legal que autorize a incorporação – Inviabilidade da prática de incorporação realizada por uma associação civil relativamente a uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com extinção desta última e incorporação do patrimônio respectivo por aquela primeira. Contudo, tal não se apresenta possível, pesem embora os argumentos expendidos pela recorrente. Isso porque, como sabido, as associações civis se formam pela reunião de pessoas, físicas ou jurídicas, com objetivos não econômicos, inexistindo, entre os associados, obrigações recíprocas (art. 53 do Código Civil). Já as sociedades – sejam elas empresárias ou não – constituem-se de pessoas que somam esforços ou recursos para atingir objetivos de natureza econômica, partilhando entre si os resultados (art. 981 do Código Civil). Assim, enquanto nas sociedades se verificam o desempenho de atividade econômica e a distribuição de lucros entre os sócios, nas associações tal não ocorre, não se buscando fins lucrativos e nem havendo entre os associados partilha e distribuição de eventual superávit. Perminente invocar, neste passo, a doutrina de Marcelo Fortes Barbosa Filho sobre o tema: (...) tanto a sociedade não empresária quanto uma sociedade empresária obtêm uma remuneração pelo implemento de sua atividade fim e buscam auferir lucros, a serem distribuídos, de conformidade com o disposto em seus atos constitutivos, entre os sócios. A distribuição de lucros constitui o elemento distintivo entre a sociedade e a associação, visto que, nesta última, mesmo obtida uma remuneração pelo exercício da atividade-fim e auferido superávit, este não será compartilhado e distribuído entre os associados, mas reinvestido. As associações empreendem atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico aos associados, buscando atingir finalidades de ordem moral. (In: PELUSO, Cezar –

inverso, isto é, de transformação de sociedade em associação ou fundação, o órgão correccional concluiu tampouco ser possível.

Contrapõe-se tal disposição às demais constantes dos artigos 64²² e 2033,²³ ambos do mesmo diploma: o primeiro, prevê seja constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos; o segundo, dispõe amplamente sobre as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44²⁴ (ali, pois, incluídas as fundações de direito privado). Sustenta-se que, em interpretação sistêmica, fundações poderiam ser criadas por negócio jurídico outro que não os daquelas vias estreitas do artigo 62 – o que justificaria mesmo a previsão legal contida no artigo 2033.²⁵

Neste sentido, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Alagoas, pelo Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, no âmbito dos autos nº 0000542-64.2020.8.02.0073, no exercício de sua competência para decidir suscitações de dúvidas registras, declarou a legalidade do procedimento de transformação da Sociedade Empresária em Fundação Privada,²⁶ entrevedo, apenas, que (1) haja consentimento

Coord. *Código Civil Comentado* – doutrina e jurisprudência. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 823, comentário ao art. 982) Como se pode perceber, está-se diante de pessoas jurídicas de natureza completamente diversa, uma, a sociedade voltada à atividade eminentemente econômica, com distribuição de lucros entre os sócios, e a outra, a associação, sem fins econômicos, de ordem eminentemente moral, que não partilha ou distribui eventual remuneração ou superávit entre os associados. A hipótese ora em discussão, portanto, não cuida de mutações realizada em pessoas jurídicas de mesma natureza, como uma sociedade incorporando outra sociedade, ou uma associação incorporando outra associação, o que se admite, à luz do disposto no art. 1116 do CC, relativamente às sociedades, e nos termos do art. 2033 do CC, segundo se pode deduzir, no tocante às associações". (Disponível em: <<https://www.ggv.com.br/arquivos/5497>>. Consulta em: 23 fev. 2023)

²² Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial.

²³ Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão regem-se desde logo por este Código.

²⁴ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações; IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos; VI - (Revogado pela Lei nº 14.382, de 2022). § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. § 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. § 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.

²⁵ Inclusive, o Enunciado 615 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao dispor sobre a possibilidade das associações civis poderem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão, implicitamente permitiria sua conversão em fundação. (Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Consultado em: 06 out. 2021)

²⁶ Leia-se o seguinte excerto: "08. Pois bem, em que pese exista controvérsia quanto à possibilidade de alteração da natureza jurídica de uma sociedade para uma fundação, o que demonstra a legitimidade na cautela apresentada pelo interino, tal como entendido pela Juíza Auxiliar desta CGJ/AL, penso que seja totalmente possível a aludida transformação na natureza das pessoas jurídicas, desde que, obviamente, não haja lesão a terceiros e sejam consideradas todas as cautelas de estilo, conforme demonstrarei adiante. 09. No tocante ao procedimento de transformação social, sabe-se que este é regido pelo Código Civil de 2002, que especificamente nos artigos 1.113 e 2.033 preveem que: 'Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.' Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código'. 'Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

de todos os sócios, conforme prevê o art. 1.114 do Código Civil, (2) não modifique ou prejudique direitos dos credores, conforme o art. 1.115, do mesmo diploma e (3) possua como finalidade uma das listadas no art. 61 do Código Civil de 2002.

No Estado do Rio de Janeiro, é de se recordar que a vedação se dá em sentido inverso, isto é, o que não se permite é a conversão de fundação em pessoa jurídica diversa, na esteira do artigo 73 da Resolução GPGJ 68/1979,²⁷ admitida excepcionalmente a das fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política (isto por força, como dito, de expressa e específica ressalva legal).²⁸ Adrede, em precedente favorável lavrado pela Provedoria de Fundações da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no procedimento administrativo n.º 2023.00111235, admitiu-se a conversão do Instituto de Pesquisa em Educação e Desenvolvimento Social em fundação.

Recorde-se, também, do *leading case* referente à incorporação (ou fusão) da ONG *Save the Children* pela Fundação Abrinq pelos Direitos das Crianças e Adolescentes, tida como um avanço no relacionamento com organizações internacionais,²⁹ conquanto

I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos; VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada.’ 10. Constata-se, pois, que a celesuma em questão surge justamente pelo fato de que o mencionado art. 1.113 regulamenta apenas e tão somente a transformação das Sociedade Empresárias, nada dispondo acerca da viabilidade do procedimento em relação às demais pessoas jurídicas de direito privado. 11. Ocorre que, visando atender a complexidade inerente à dinâmica de funcionamento social, que exige do intérprete constante atualização na forma de observar e aplicar o direito, a jurisprudência nacional evoluiu no sentido de estender o instituto da transformação também às demais modalidades de organização, conforme se vê do Enunciado n.º 615, do Conselho da Justiça Federal, firmado quando da VIII Jornada de Direito Civil, *litteris*. ‘As associações civis podem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão.’ 12. Ora, estendido tal entendimento às associações, pessoa jurídica de direito privado de natureza diversa, nada impossibilita que o mesmo raciocínio também se aplique às demais pessoas jurídicas não empresárias, a exemplo das Fundações, demonstrando, a princípio e no plano teórico, a possibilidade da pretendida alteração objeto da suscitação de dúvida. [...] 16. Da mesma forma, devem-se obedecer as previsões e requisitos legais e normativos para adoção da nova modalidade que deseja cambiar. É que se tratando de fundação de direito privado, faz-se necessário atentar ao disposto no art. 61 e seguintes do CC/2002, que regulamenta a criação, finalidades possíveis e demais disposições relativas a essa espécie de pessoa jurídica.” Disponível em: <<https://www2.tjaj.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>> (informe o processo 0000542-64.2020.8.02.0073 e código 465D03A). Consulta em: 23 fev. 2023.

²⁷ Art. 73 - É proibida a transformação de fundação em sociedade ou associação ou sua incorporação a entidade dessas espécies ou sua fusão com as mesmas.

²⁸ Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Art. 53. A fundação ou instituto de direito privado, criado por partido político, destinado ao estudo e pesquisa, à doutrinação e à educação política, rege-se pelas normas da lei civil e tem autonomia para contratar com instituições públicas e privadas, prestar serviços e manter estabelecimentos de acordo com suas finalidades, podendo, ainda, manter intercâmbio com instituições não nacionais. § 1º O instituto poderá ser criado sob qualquer das formas admitidas pela lei civil. § 2º O patrimônio da fundação ou do instituto de direito privado a que se refere o inciso IV do art. 44 desta Lei e o *caput* deste artigo será vertido ao ente que vier a sucedê-lo nos casos de: I - extinção da fundação ou do instituto, quando extinto, fundido ou incorporado o partido político, assim como nas demais hipóteses previstas na legislação; II - conversão ou transformação da fundação em instituto, assim como deste em fundação.

²⁹ SITAWI. *Fusões e outras Colaborações Estruturadas de Longo Prazo no Setor Social*. 2013. Disponível em: <<https://www.sitawi.net/publicacoes/fusoes-e-outrascolaboracoes-estruturadas-de-longo-prazo-no-setor-social/>>. Acesso: 23 fev. 2023.

não imune a críticas.³⁰ Tal tendência,³¹ de toda sorte, é vista como um aprofundamento das relações sociais capitalistas e o incentivo dos países centrais à aproximação com o setor privado, criando uma nova característica ao terceiro setor, com fusões para propiciar a entrada facilitada de organizações internacionais no país, não mais para executar projetos pontuais, agora entram para disputar o fundo público por dentro das políticas sociais brasileiras.

Reconheça-se, de todo modo, que a transformação de uma entidade não fundacional em fundacional tende a publicizar o patrimônio envolvido, preservando, em última análise, os fins sociais a que se pretende dedicar seu patrimônio. Não há, assim, privatização de bens dedicados ao coletivo, mas o inverso – o que sensibiliza a seu favor tal metamorfose.³²

4. Da transformação de fundações de direito privado em pessoas jurídicas de outra natureza

Ainda mais funda a polêmica acerca da possibilidade de conversão de fundação de direito privado em pessoas jurídicas de outra natureza, à exceção, repita-se uma vez mais, das fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política (por expressa e específica ressalva legal).³³

De fato, há quem, em leitura isolada do artigo 2033 do Código Civil,³⁴⁻³⁵ conclua, precipitadamente, que a clareza do diploma seria cristalina em permitir que fundações, enquanto elencadas no artigo 44 do *Codex*, poderia sofrer tais mutações, livremente transformando-se, fundindo-se, cindindo-se ou se incorporando em pessoas jurídicas de outra natureza. Esta, aliás, parece ser a conclusão implícita da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Alagoas, no âmbito dos autos nº 0000542-64.2020.8.02.0073.³⁶

³⁰ A fusão gerou desconfianças nas ONGs apoiadas pela *Save the Children* no Brasil; na Fundação Abrinq, no mesmo período, houve um desgaste entre membros da administração, considerando que a mesma se tornaria uma fábrica de distribuição de selos, fazendo referências ao Projeto Empresa Amiga da Criança. (ARAGÃO, Daniel Maurício de. O controle global da solidariedade: transnacionalização e privatização na adaptação estratégica de ONGs britânicas no Brasil. *Caderno CRH*. Salvador, v. 25, n. 65, p. 269-283, maio/ago. 2012.)

³¹ SANTANA, Nathália Gregório de. *Fusão entre organizações não governamentais: tendência das políticas sociais?* Fonte: <<https://www.sitawi.net//a-sitawi/>>. Acesso em: 20/05/2018. Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social. Consulta em: 23 fev. 2023.

³² Esta, a feliz expressão de BORBA, José Edwaldo Tavares. (In *Direito Societário*. 8ª ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 479)

³³ Já acima transcrito.

³⁴ Já acima transcrito.

³⁵ Neste mesmo sentido, ainda sob a égide do Código Civil anterior, FERREIRA, Sergio de Andréa. In *As Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público no Brasil*. Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf>. Consultado em: 05 out. 2021), para quem “[é] possível, finalmente, a transformação da fundação, a novação de personalidade, compreendendo as hipóteses de mudança de fim, fusão, incorporação, conversão em associação, em autarquia. Pode ser transmutada, também, em órgão da Administração Direta, perdendo, destarte, sua personalidade. Para tais fatos, há necessidade de embasamento legal”. (p. 131)

³⁶ Leia-se o seguinte excerto: “[...] 11. Ocorre que, visando atender a complexidade inerente à dinâmica de funcionamento social, que exige do intérprete constante atualização na forma de observar e aplicar o direito, a jurisprudência nacional evoluiu no sentido de estender o instituto da transformação também às

Entretanto, há quem vislumbre, no artigo 69 do Código Civil em sua forma combinada com o artigo 1204 do Código de Processo Civil, uma única via pela qual se possa dar fim ao ente fundacional: quando sua finalidade se tornar “ilícita, impossível ou inútil”, ou se o prazo da existência dessa instituição estiver vencido, o órgão do Ministério Público promoverá a respectiva extinção. Tudo e apenas isto, em silêncio eloquente contrário à transformação – o que, por sua vez, de algum modo, contraria o disposto no artigo 1.113 (ao anunciar que “o ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se”).

A correta interpretação intrassistêmica, sob tal prisma, é a de que se admitem transformações das pessoas jurídicas elencadas no artigo 44, mas não em todas as direções e em irrestrita extensão. Uma associação civil poderia, por exemplo, transformar-se em fundação, mas não o reverso. Uma fundação poderia fundir-se com outra, mas não com uma associação civil. Sob pena de contundente incongruência intralegal, portanto, a exegese do dispositivo legal não pode ferir de morte o microsistema fundacional.

Como dito, no Estado do Rio de Janeiro, consta vedação expressa de conversão de fundação em pessoa jurídica diversa (artigo 73 da Resolução GPGJ 68/1979),³⁷ jamais tendo sido tal dispositivo sequer desafiado judicialmente, a despeito de sua longevidade. Seu fundamento lógico-sistemático está na contraposição entre ontologias e regimes jurídicos incompatíveis entre si: se, na fundação, o patrimônio é posto em ação, sem que doravante pertença a ninguém, as associações e afins possuem sim seus titulares, com direito a quinhão dos bens associativos. Noutras palavras, se o patrimônio foi estimulado pelo Estado, por benefícios legais diversos, para atingir determinada finalidade de interesse social, deve tal patrimônio ser mantido com tal característica essencial.

Nesta direção, confrontando regimes incompatíveis para eventual transformação, tenha-se o artigo “A Operação de Transformação Societária de Associações em Sociedade Anônima: Uma Crítica Possível”³⁸ por Fernando Ferreira Castellani e Sávio Rui Brabo de Araújo, que assim concluem:

demais modalidades de organização, conforme se vê do Enunciado nº 615, do Conselho da Justiça Federal, firmado quando da VIII Jornada de Direito Civil, *litteris*. ‘As associações civis podem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão.’ 12. Ora, estendido tal entendimento às associações, pessoa jurídica de direito privado de natureza diversa, nada impossibilita que o mesmo raciocínio também se aplique às demais pessoas jurídicas não empresárias, a exemplo das Fundações, demonstrando, a princípio e no plano teórico, a possibilidade da pretendida alteração objeto da suscitação de dúvida. [...] 16. Da mesma forma, devem-se obedecer as previsões e requisitos legais e normativos para adoção da nova modalidade que deseja cambiar. É que se tratando de fundação de direito privado, faz-se necessário atentar ao disposto no art. 61 e seguintes do CC/2002, que regulamenta a criação, finalidades possíveis e demais disposições relativas a essa espécie de pessoa jurídica.” Disponível em: <<https://www2.tjaj.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>> (informe o processo 0000542-64.2020.8.02.0073 e código 465D03A). Consulta em: 23 fev. 2023.

³⁷ Já acima transcrito.

³⁸ No prelo.

Essa condição faz com que o Estado ofereça tratamento diferenciado e privilegiado a tais associações, variando para maior ou menor expressão, a depender de seu caráter beneficente de interesse social, classista ou egoística. Em todas elas, contudo, o Estado promove seu desenvolvimento, sendo suportado tal benefício e incentivo por toda a sociedade.

O reconhecimento disso, inclusive, é corroborado pela destinação legal do patrimônio em caso de extinção.

Dessa forma, mostra-se incoerente, ilegal e ilógica a operação de transformação de tais associações. A constatação prática do caráter empresarial de algumas associações é a comprovação do desvirtuamento de suas finalidades, o que não pode ser motivação e justificação para permitir a apropriação desse patrimônio por pessoas privadas.

O desvio anterior não justifica o equívoco posterior. As associações identificadas pelas características empresárias devem ser extintas, com a correta destinação de seu patrimônio a associações similares, sem finalidade lucrativa. Seus antigos associados, caso queiram, devem constituir sociedade, com finalidade lucrativa, iniciando a atividade econômica, sem apropriação indevida do patrimônio associativo.

É sofismática – mas não incomum – a assertiva de que a ausência de patrimônio ou o desequilíbrio de contas seria suficiente para se permitir tal conversão – com o que não se pode puerilmente concordar. Caso haja, de fato, algum ativo fundacional que interesse à outra pessoa jurídica (de igual ou de natureza diversa), nada impede seja o mesmo alienado, em valor de mercado e solvidos, na medida de sua força, os débitos existentes. Tenha-se, neste diapasão, o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União, por seu relator, Ministro Valmir Campelo, no âmbito do Acórdão de nº 2444/2012, considerando que a “transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas jurídicas, objeto de reestruturação empresarial, já está devidamente consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras”.³⁹ Nada além disto.

Deve-se, portanto, desafiar a oferta aparentemente altruísta de uma fundação deficitária ser absorvida por uma associação civil ou outra entidade não fundacional qualquer, investigando-se o ativo almejado pela interessada – que pode ser a própria exploração da reputação da fundação, de seu patrimônio, material ou imaterial (ainda que comprometido por dívidas ou má gestão), ou mesmo de sua carteira de assistidos. Todos, aliás, podem vir a ser cedidos como ativos, mediante justa retribuição,

³⁹ Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBB359F273F7D&inline=1>>. Acesso: 23 fev. 2023.

preservando-se, no que for possível, o restante de seus bens e, em cenário ideal, sua própria existência reestruturada.

Importante mencionar um princípio basilar em direito societário que poderia ser transposto, com os devidos ajustes, para o tema em estudo: o princípio da preservação da empresa,⁴⁰⁻⁴¹ a intuitivamente inspirar o “princípio da preservação das fundações”. Nestes termos, admitir a existência de fundações de fato, ainda que em caráter excepcional, privilegia a preservação das atividades fundacionais e a consecução de seus objetivos, em reconhecimento de sua relevância intrínseca para a sociedade. Neste sentido, a cessão de ativo – e não a transformação da fundação – seria solução mais desejável do ponto de vista sistemático.

5. Conclusão

Em apertada síntese, conclui-se, portanto, que a lógica sistemática impõe seja admitida a transformação de pessoas jurídicas de outra natureza em fundações de direito privado, mas não o inverso.

Em março, 2023.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. *In Curso de direito comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79. Assim conceitua o princípio da preservação da empresa: “O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, ‘empresa’ é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (‘empresário’) nem com o lugar em que explorada (‘estabelecimento empresarial’). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento.” E complementa: “O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito”.

⁴¹ Sobre o princípio da preservação fundacional, vide uma vez mais *Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição*. (coautoria com Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto – *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 82 – out./nov. 2021)