

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

ALEXANDRE BUENO CATEB

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Alexandre Bueno Cateb – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-102-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresas – Legislação. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

O GT DIREITO EMPRESARIAL II contou com 28 artigos muito bem elaborados por pesquisadores de todo o Brasil. Com satisfação, pudemos participar de debates acalorados entre os participantes. A opinião corrente é a de que o Direito Empresarial não pode ser analisado como um ramo de proteção de classes, mas como um mecanismo de crescimento e desenvolvimento econômico.

Preocupados com os rumos recentes pelos quais vem passando o país, em que a crise política se soma à recessão que perdura por mais de um ano, os participantes foram uníssomos em afirmar a necessidade de se garantir à classe empresarial, por meio de instituições fortes e seguras, meios para incentivar o investimento no setor produtivo brasileiro.

SOBRE A POSSIBILIDADE DAS ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES TRANSFORMAREM-SE EM SOCIEDADES

OF THE POSSIBILITY OF ASSOCIATIONS AND FOUNDATIONS TURN INTO COMPANIES

**Ássima Farhat Jorge Casella
Flávia Costa Machado**

Resumo

O presente trabalho visa analisar a possibilidade de transformação das associações e das fundações em sociedades. Este estudo justifica-se pelo fato de não haver previsão legislativa específica sobre o tema no Código Civil permitindo ou mesmo negando, a possibilidade desta transformação. O cerne desta questão está no fato das associações e das fundações constituírem-se para fins não econômicos, enquanto as sociedades objetivam, necessariamente, fins econômicos. Embora esta diferença não constitua em si mesma nenhuma novidade para os estudiosos, evidencia-se que os objetivos estabelecidos por uma associação e por uma fundação são diversos daqueles que se intenta obter por via de uma, sociedade e, assim, uma resposta positiva ou negativa sobre a possibilidade das associações ou fundações transformarem-se em sociedades, depende de uma pesquisa elaborada a partir de uma ampla leitura bibliográfica. Em virtude de o tema situar-se entre dois ramos do Direito, a pesquisa bibliográfica desenvolveu-se no âmbito do Direito Empresarial em sintonia com referenciais tratados pelo Direito Civil. Sendo assim, utilizou-se técnica de pesquisa essencialmente teórica. Por outro lado, a investigação desenvolveu-se em consonância com três opções de ordem metodológica, quais sejam: jurídico-comparativa, jurídico-descritiva e jurídico-propositiva.

Palavras-chave: Associações, Fundações, Transformação, Sociedades

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to examine the possibility of transforming the voluntary organizations and foundations in societies. This study is justified by the fact that no specific legislative forecast on the subject, allowing or denying even the possibility of this transformation. The heart of this issue lies in the fact of voluntary organizations and foundations to constitute non-economic purposes, while the aim companies necessarily economic purposes. Although this difference does not constitute in itself nothing new to scholars, it is evident that the objectives set by an association and a foundation are many of those who intends to obtain by way of a company and thus a positive or negative response on the possibility of associations or foundations turn into company depends on an elaborate research from extensive research and literature reading. Because the theme is between two branches of law, literature developed under the Corporate Law in line with benchmarks handled by Civil law. Thus, one

will use essentially theoretical and technical research. On the other hand, the research will be developed in line with three options methodological, namely: legal- comparative, legal-descriptive and legal-purposeful.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Associations, Foundations, Transformation, Companies

1. INTRODUÇÃO

Observa-se que o nosso ordenamento jurídico admite diversos tipos de sociedades personificadas. Os tipos societários previstos em nosso ordenamento jurídico são: as sociedades simples, as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comandita simples, as sociedades limitadas, as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações.

As sociedades simples servem para atender atividades não empresarias, embora possam adotar outros tipos societários sem que percam a característica de sociedades que praticam atividades não empresariais. A exceção encontra-se nas sociedades por ações, pois independente do objeto da atividade são sempre consideradas empresarias em virtude de determinação legal neste sentido.

Esta gama de tipos societários permite que se escolha quais dos tipos melhor atende as necessidades daqueles que desejam constituírem uma sociedade para prática de uma atividade econômica onde se pretende distribuir o lucro entre os seus sócios. Normalmente, a opção dos pretensos sócios é pautada no tipo de responsabilidade pessoal dos sócios que poderá ser atraída em virtude da disciplina normativa do tipo escolhido, isto é, opta-se pela limitação ou não da responsabilidade dos sócios pelas dívidas pessoais.

Entretanto, frisa-se que esta escolha inaugural não é imutável, pois se admite que, futuramente, haja mudança do tipo societário originariamente escolhido para outro diverso, por intermédio de uma operação denominada de transformação societária. Este tipo de operação é expressamente admitido em nosso ordenamento jurídico e assim, não há qualquer discussão sobre a juridicidade e legalidade da transformação de tipos societários, desde que atendidos os pressupostos legais e contratuais ou estatutários.

Por outro lado, existem outros tipos de pessoas jurídicas de direito privado previstos em nosso ordenamento jurídico. As associações e as fundações são exemplos destes outros tipos, mas o legislador manteve-se silente quanto à possibilidade de se alterar o tipo de pessoa jurídica após a sua constituição.

Com efeito, visa-se perquirir se e possível admitir que as associações e as fundações possam transformar-se em sociedades, isto é, se a omissão legislativa impede ou permite este tipo de operação.

Em regra, as relações patrimoniais não previstas de forma expressa podem ser realizadas pelos particulares por força do princípio da autonomia privada. Contudo, este princípio deve ser lido com cautela no que toca esta questão, pois as associações e as fundações são criadas

com objetivos diversos daqueles que se pretende alcançar com a constituição de uma sociedade, ou seja, aqueles que constituem uma sociedade pretendem partilhar os resultados entre si, mas esta pretensão não está presente quando se constitui uma associação ou uma fundação.

Por outro lado, é possível afirmar que estas pessoas jurídicas são constituídas em virtude de uma manifestação de vontade ou de um complexo de manifestações de vontade. Portanto, a manifestação de vontade é essencial para criar um dos tipos de pessoas jurídicas arroladas em nossa legislação e assim sendo, é possível concluir que a escolha, em regra, é livre no ato de criação quanto ao tipo de pessoa jurídica. Portanto, não haveria óbice para alterar o tipo de pessoa jurídica num ato posterior à sua constituição, já que há liberdade neste âmbito, pois inexistente vedação legal neste sentido.

Contudo, para encontrar uma resposta mais profunda sobre esta questão é necessário analisar com maior acuidade as diferenças e semelhanças entre estes tipos de pessoas jurídicas e as sociedades. Sendo assim, inicialmente, analisar-se-á quais características revelam semelhanças e diferenças entre as associações, as fundações e as sociedades, objetivando avaliar sobre a possibilidade desta operação de transformação de tipo de pessoa jurídica ser admitida em nosso ordenamento jurídico. Em momento posterior, realizar-se-á um estudo sobre a operação de transformação de tipos societários para compreender melhor o instituto da transformação. Por fim, enfrentar-se-á o tema proposto, ou seja, responder-se-á sobre a possibilidade das associações e das fundações transformarem-se em sociedades.

2. DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO SEM FINS ECONÔMICOS:

2.1 DAS ESPÉCIES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO:

Ao lado da pessoa natural atribuiu-se a qualidade de sujeito de direito às pessoas jurídicas.¹ Em outros termos, o legislador conferiu personalidade jurídica própria a agrupamentos de pessoas – distinta da personalidade das pessoas que a compõem – ou a uma afetação patrimonial – distinta da personalidade de seu instituidor. “ A personalização desses grupos é construção técnica destinada a possibilitar e favorecer-lhes a atividade” (GOMES, 2010, p.142).

¹ Existem outras nomenclaturas para definir o fenômeno, existem países que utilizam a expressão pessoa coletiva e outros que utilizam a expressão pessoa moral. Sobre estas expressões, ASCENSÃO afirma que “toda terminologia é má. Falamos em pessoa coletiva porque assim fazem a lei e os juristas em Portugal, mas isso pareceria literalmente implicar que esta fosse necessariamente um agrupamento de pessoas, o que veremos que não é o caso. No estrangeiro fala-se em pessoa jurídica, mas o qualificativo aplica-se na realidade a todas as pessoas. Os franceses falam em pessoas morais, dado o frequente recurso que fazem a este adjetivo, mas entre nós seria inadequado, pois cria confusão com moral, ordem normativa distinta” (2010, p.174).

Define-se pessoa jurídica como

entes criados pela vontade do homem, os quais operam no mundo jurídico adquirindo direitos, exercendo-os, contraindo obrigações, seja pela declaração de vontade, seja pela imposição da lei. Sua vontade é distinta da vontade individual dos membros componentes, seu patrimônio, constituído pela afetação de bens, ou pelos esforços dos criadores ou associados, é diverso do patrimônio de uns e de outros, sua capacidade, limitada a consecução de seus fins pelo fenômeno da especialização, é admitida pelo direito positivo (PEREIRA, 2011, pp. 257-258)

Estas pessoas jurídicas admitidas pelo direito positivo estão relacionadas no artigo 44 do Código de Civil, ao estabelecer que as sociedades, as associações, as fundações, as empresas individuais de responsabilidade limitada –EIRELI –, os partidos políticos e as organizações religiosas são tipos de pessoas jurídicas de direito privado.²

As sociedades são agrupamentos de pessoas que possuem objetivos comuns, as quais almejam partilhar lucros mediante a prática de atividades econômicas.³ Enquanto as associações podem ser definidas como agrupamentos de pessoas cujos objetivos são comuns, mas inexistente partilha de lucros entre os seus membros. Em contrapartida, as fundações são “(...) um patrimônio destinado a um fim” (GOMES, 2010, p. 150).

Com base nestes conceitos, é comum separar estas pessoas jurídicas de direito privado, no que tange a sua estrutura, em corporações ou em instituições. Enquanto as primeiras são “(...) grupos de pessoas, b) são os próprios membros que a administram, c) o patrimônio comum é de livre disposição do grupo” (GOMES, 2010, p. 148), as segundas são “ (...) criadas por uma só pessoa ou por uma corporação para satisfazer o interesse de destinatários, que não a administram nem dispõem do seu patrimônio (...)” (GOMES, 2010, p. 148). Com base nesta classificação, assevera-se que as fundações enquadram-se neste último grupo e as sociedades e as associações são espécies de corporações.

Sobre as empresas individuais de responsabilidade limitada – EIRELI, o artigo 980 -A do Código Civil determina que

² Com fulcro na distinção doutrinária clássica entre pessoas jurídicas de direito privado e pessoas jurídicas de direito público, o legislador também previu as pessoas jurídicas desta última categoria, relacionando no artigo 41 do Código Civil as pessoas jurídicas de direito público interno e no artigo 42 do mesmo diploma elencou as pessoas jurídicas de direito público externo.

³ Ressalta-se que a expressão sociedade poderá representar tanto a pessoa jurídica como o ato constitutivo da sociedade, ou seja, a pessoa jurídica ou seu contrato ou estatuto (ABREU, 2005, p.3). Por outro lado, não se pode esquecer que nem sempre uma sociedade será uma pessoa jurídica, isto porque dependerá do registro dos seus atos constitutivos no órgão competente. E assim, a sociedade em comum é uma sociedade, mas não é uma pessoa jurídica.

A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País

Com efeito, verifica-se que não é possível enquadrar este tipo de pessoa jurídica nem como uma corporação, pois inexistente um agrupamento de pessoas e, tão pouco enquanto uma instituição, vez que o titular do EIRELI administra e possui disponibilidade sobre o patrimônio desta pessoa jurídica. Em virtude destes aspectos, há quem afirme que o EIRELI possui natureza própria, *sui generis*.

Noutro aspecto, a sociedade e a EIRELI são classificadas como pessoas jurídicas com fins econômicos e as fundações e as associações enquadram-se na modalidade de pessoas jurídicas sem escopo econômico. Esta classificação é realizada com fulcro na finalidade a ser perseguida por aqueles que constituíram o ente, assim é possível afirmar que nas sociedades o objetivo dos seus membros é partilhar os resultados econômicos positivos da atividade praticada e nas fundações e nas associações inexistente partilha de lucros em prol dos seus instituidores ou membros.

Não se pode olvidar que na redação original do artigo 44 do Código Civil, os partidos políticos e as entidades religiosas deveriam constituir-se por intermédio de uma associação. Entretanto, no mesmo ano que o Código Civil entrou em vigor, alterou-se este dispositivo por intermédio da Lei nº 10.825/2003, passando-se a considerar os partidos políticos e as organizações religiosas tipos próprios e diversos das associações.

Tal alteração legislativa teve por objetivo quanto às entidades religiosas, não criar obstáculos para a sua criação em virtude das exigências formais aplicáveis às associações. Esta separação ocorreu com o objetivo de efetivar a liberdade de culto religioso sem que se exija a observância de formalidades excessivas que poderiam obstar o exercício da liberdade de forma concreta (GONÇALVES, 2014, p.248). Noutras palavras, “com a alteração, as igrejas passaram a figurar como espécie distinta de pessoa jurídica de direito privado. A medida protege a autonomia das organizações religiosas, pois garante a liberdade de criação, organização, estruturação interna e funcionamento, vedada a ingerência do poder público (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2007, p. 121).

Em relação ao fundamento dos partidos políticos terem sido elevados a uma categoria própria de pessoa jurídica, PEREIRA justifica que estes “ (...) encontram-se regulados pela Lei nº 9096, de 19 de setembro de 1995, que lhes assegura também autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e determina igualdade de direitos e deveres entre os filiados”(2011, p.265).

Sendo assim, acerta GONÇALVES ao advertir que os partidos políticos “(...) têm eles natureza própria. Seus fins são políticos, não se caracterizando pelo fim econômico ou não” (GONÇALVES, 2014, p.249).

Sobre à existência ou não de finalidade econômica nas organizações religiosas, é possível afirmar que o culto religioso não é um bem ou um serviço à disposição do mercado. Portanto, enquadram-se na categoria de pessoas jurídicas sem fins econômicos.

Uma questão importante é saber se o rol do artigo 44 do Código Civil que versa sobre os tipos de pessoas jurídicas de direito privado é taxativo ou enunciativo, isto é, se é possível ou não a criação de outras pessoas jurídicas, com fins ou sem fins econômicos, não mencionadas no artigo 44 do Código Civil com fulcro no princípio da autonomia privada.

Sobre esta questão, o enunciado nº 144 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal assentou o seguinte: “a relação das pessoas jurídicas de direito privado constante no art. 44, incs. I a V, do Código Civil não é exaustiva”

Esta posição, contudo, não reflete a tendência majoritária da doutrina e da jurisprudência. Tanto é assim que, o artigo 44 do Código Civil foi alterado pela lei nº 12.441/2011, incluindo um novo tipo de pessoa jurídica, a empresa individual de responsabilidade limitada –EIRELI– e, também, a alteração por meio da lei nº 10.825/2003 que inseriu as organizações religiosas e os partidos políticos, no artigo em comento. Se houvesse prevalência do enunciado comentado, não haveria motivo para incluir um novo tipo de pessoa jurídica por alteração legislativa.

Tal postura se justifica pelo fato do Código Civil ter adotado a teoria da realidade técnica⁴ para qualificar a natureza jurídica das pessoas jurídicas em nosso ordenamento⁵. Sobre esta teoria, AMARAL nos explica que “para tal concepção a pessoa jurídica resulta de um processo técnico, a personificação, pela qual a ordem jurídica atribui personalidade a grupos em que a lei reconhece vontade e objetivos próprios” (AMARAL, 2003, p.282-283).

⁴ Outras teorias foram criadas na tentativa de justificar a existência das pessoas jurídicas, quais sejam: a Teoria da ficção de Savigny, que sustenta que as pessoas jurídicas são criadas por uma ficção legal, sendo uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais e facilitar a função de certas entidades. A Teoria da realidade orgânica de Gierke, Zitelmann, onde diz que as pessoas jurídicas possuem uma identidade organizacional própria, e que esta identidade deve ser preservada, assim, as pessoas jurídicas coexistem ao lado das pessoas naturais, e são importantes na realização de objetivos sociais. Ainda, a teoria individualista que considera as pessoas jurídicas teriam mera aparência, considerando que os destinatários dos direitos das pessoas jurídicas são as pessoas físicas. Para melhor compreensão das teorias, ver: Nader (2011, p. 207 a 213).

⁵ Em Portugal, não se admite o registro de outros tipos de pessoas jurídicas não relacionadas não mencionadas no Código Civil português. Neste sentido, ASCENSÃO afirma que “como as pessoas coletivas são um *numerus clausus*, só são admitidas as que corresponderem a um tipo previsto em lei. Não seria possível assim, por exemplo, adotar uma figura vigente em país estrangeiro, mas que não tenha correspondência na legislação portuguesa” (2010, p.184). No Brasil, a atividade notarial de registral estão submetidas, dentre outros princípios, ao princípio da legalidade. Assim, os notários e registradores, no exercício da função pública exercida, devem se observar o princípio da legalidade, ou seja, só podem praticar os atos permitidos por lei para seu ofício.

A teoria da realidade técnica está estampada no artigo 45 do Código Civil, na medida em que estabelece a necessidade de realizar o registro do ato constitutivo para aquisição da personalidade jurídica. “O registro da pessoa jurídica tem natureza constitutiva, por ser atributivo de personalidade jurídica, diferente do registro civil de nascimento de pessoa natural (...)” (GAGLIANO/PAMPLONA FILHO, 2013, p. 234).

Importa ressaltar que a competência registral é diversa no tocante ao tipo de pessoa jurídica a ser constituída. Portanto, a cargo do Registro Civil de Pessoas Jurídicas é possível o registro de sociedades não empresárias, as associações, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos⁶, já no Registro Público de Empresas Mercantis, o empresário e as sociedades empresárias.⁷

2.2. DAS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE AS ASSOCIAÇÕES E AS SOCIEDADES:

O Código Civil de 1916 tratava as associações e as sociedades de forma conjunta, mas era assente que nas primeiras inexistia fins lucrativos entre os seus membros e nas segundas, o escopo dos seus membros era lucrativo. Atualmente, a legislação vigente define a associação como a reunião de pessoas para fins não econômicos. Com efeito, cumpre esclarecer se a expressão fins não econômicos possui o mesmo sentido e alcance da expressão fins não lucrativos.

Conceitua-se a atividade econômica como toda atividade de produção, troca, intermediação de recursos naturais, produtos e serviços para a satisfação humana. Neste diapasão, ABREU afirma que

“Actividade económica”. Não é fácil dizer o que seja. Tanto na economia como no direito aparece económico entendido de vários modos.

Se se fala de económico, ter-se-á de falar do não económico. Podemos na verdade distinguir na vida social o domínio da economia e os domínios não- económicos – da cultura, da política, da religião, etc. Diremos então que o domínio ou campo da economia é preenchido pela produção(nos setores primários, secundário e terciário) de bens materiais e imateriais ou serviços que exige ou implica o uso e a troca de bens (ABREU, 2005, p.8).

⁶ Os partidos políticos deverão ser registrados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas da Capital Federal, conforme art. 9º da resolução - TSE nº 23.282. Ainda, de acordo com o artigo 7º da Lei nº 9.096/95, O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, deverá registrar seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

⁷ A competência registral da EIRELI dependerá do tipo objeto escolhido. Portanto, se o objeto da atividade a ser praticado for empresária, o registro ocorrerá no Registro Civil de Empresas Mercantis. Entretanto, se o objeto for atividade não empresária, ou seja, intelectual, artística, científica ou literária e não contendo elemento de empresa, o registro far-se-á no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Com base na redação da nossa lei na qual define a associação como uma espécie de pessoa jurídica sem fins econômicos e no conceito apresentado sobre atividade econômica, uma primeira questão deve ser aventada, é correto compreender que uma associação não poderá praticar atividade econômica?

Não parece ser coerente entender que as associações não possam praticar atividades econômicas. Isto porque uma compreensão no sentido oposto implica na falsa noção que as atividades de produção, troca e intermediação de recursos naturais, mercadorias e serviços para satisfação das necessidades humanas não podem ser praticados pelas associações, ou seja, seriam atividades privativas de tipos específicos de pessoas jurídicas, as sociedades e o EIRELI. Não é preciso ir muito longe para compreender que esta interpretação não é razoável, conforme será demonstrado.

Se a prática de atividade econômica não é privativa de alguns tipos de pessoas jurídicas específicos, isto significa dizer, em contrapartida, que uma associação pode praticar atividades econômicas. Em outro aspecto, ainda que se considere fora do âmbito econômico as atividades praticadas pelas associações, ABREU adverte que

Os domínios ou campos não econômicos não são – globalmente considerados – preenchidos da mesma maneira, não obstante, também estes campos apresentam aspectos ou dimensões econômicas: quando a prestação dos respectivos serviços acarrete o uso e a troca de bens (materiais ou imateriais) (ABREU, 2005, p. 8).

Contudo, esta afirmação nos leva a outro questionamento: se é possível praticar atividade econômica e, por outro lado, evidencia-se que existem aspectos econômicos em atividades que se insere no âmbito não econômico, o que diferencia uma associação de uma sociedade?

Numa tentativa de elucidar esta questão, a doutrina nacional tende a afirmar que uma associação pode praticar atividade econômica, mas não poderá realizar a distribuição de lucro advinda desta atividade entre os seus membros. Neste sentido, GONÇALVES esclarece que:

A circunstância de uma associação, eventualmente, realizar negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, sem, todavia, proporcionar ganhos aos associados não a desnatura, sendo comum a existência de entidades recreativas que mantêm serviço de venda de refeições aos associados, de cooperativas que fornecem gêneros alimentícios e conveniências a seus integrantes, bem como agremiações esportivas que vendem uniformes, bolas, etc. aos seus componentes. (GONÇALVES, 2014, p.234-235)

Com efeito, admite-se que a associação pratique atividades econômicas que visem a sua manutenção ou para gerar aumento patrimonial, mas veda-se a distribuição dos resultados entre os seus associados. Em outras palavras, “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.” (PEREIRA, 2011, p.292).

Em consonância com esse entendimento, o art. 157º do Código Civil português disciplina que:

As disposições do presente capítulo são aplicáveis às associações que não tenham por fim o lucro económico dos associados, às fundações de interesse social, e ainda às sociedades, quando a analogia das situações o justifique.

Sobre este ponto, PINTO esclarece que a atividade das associações “(...) abrange, portanto as corporações de fim desinteressado e as de fim interessado, ideal ou económico não lucrativo.” (PINTO, 2005, p.292)

É possível evidenciar uma semelhança entre as sociedades e as associações, na medida em que “são pessoas coletivas de tipo corporativo, e, nessa qualidade, opõem-se as fundações”, isto é, são formadas pela reunião de pessoas que possuem objetivos comuns (PINTO, 2005, p. 294).

Noutra aspecto, as associações e as fundações⁸ se aproximam, mas se distanciam das sociedades, vez que “estas visam fins económicos lucrativos e aquelas não” (PINTO, 2005, p. 294).

Ainda, a distinção entre sociedades e associações, não tem como fator primordial o caráter econômico ou não da atividade desempenhada, pois apesar do Código Civil definir as associações como entidades voltadas para fins não econômicos, tal expressão não pode ser interpretada no sentido literal, pois os associados ao se unirem para determinado fim, buscam extrair desta união algum tipo de vantagem que poderá resultar em alguma atividade ou serviço prestado pela associação, surgindo daí a natureza econômica. Portanto, nas associações não haverá a finalidade lucrativa, ou seja, o objetivo primordial de produzir lucros e reparti-los entre

⁸ Conforme o previsto no artigo 150, VI, c, da Constituição Federal, as instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos gozam de imunidade tributária quanto aos impostos, desde que atendidos os requisitos previstos na lei. Portanto, algumas associações e fundações privadas podem se incluir nesse conceito de instituições de educação e de assistência social e, com isso, gozarem de imunidade tributária. Para tanto, é necessário observar o preceito do artigo 14 do Código Tributário Nacional, onde prevê que as entidades farão jus a imunidade quanto impostos desde que: não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. Além dos requisitos previstos no art. 14 do CTN, ora elencados, se a fundação quiser ter imunidade de impostos federais deverá observar, também, as regras da Lei nº 9.532/97, onde previa que para fazer jus a imunidade quanto aos impostos, não seria possível remunerar, por qualquer forma, os dirigentes a instituição de educação ou de assistência social pelos serviços prestados. Entretanto, com o advento da recente lei nº 13.151/2015, que alterou tal exigência, será possível ser pago salários aos dirigentes das entidades sem que, com isso, elas percam a imunidade. Ainda, importa mencionar a súmula 724/STF que aduz: “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades”.

os associados, vez que, a persecução de lucros e sua partilha são traços que caracterizam as sociedades (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2007, p. 140).

Com efeito, as associações e as sociedades se distanciam não pelo fato daquela não poder praticar atividade econômica conforme alguns já defenderam outrora, mas por força de eventual lucro obtido não ser repartido entre os seus membros.

Numa outra perspectiva, ASCENSÃO afirma que as associações podem ser classificadas em: associações com fins interessados e associações de fins desinteressados. Em relação às primeiras, explica o autor que a associação terá fim interessado quando “ (...) os próprios membros da pessoa coletiva se propõem receber um benefício com o funcionamento desta pessoa” (2010, p.189). Em contrapartida, disciplina que as associações de fins desinteressados enquadram-se nas situações em que os associados “(...) não prosseguem nenhum benefício próprio” (2010, p. 189).

Sobre esta classificação, observa-se que não está em questão a finalidade econômica, mas benefícios ou proveitos, independente da sua natureza, que podem ser retirados pelos associados da atividade praticada pela associação. Em relação ao aspecto econômico, ASCENSÃO compreende que as associações de fins interessados podem visar fins econômicos diversos da repartição do lucro entre os seus associados (2010, p.189).

Com efeito, as associações e as sociedades poderão ter fins econômicos, mas apenas nas sociedades haverá a possibilidade de repartição de lucros entre os seus membros, vez que as associações poderão almejar fins interessados econômicos para os seus membros diversos da obtenção de lucro. Para ficar mais claro, ASCENSÃO exemplifica a existência de associações de fins interessados e econômicos afirmando que “(...) se várias empresas corticeiras se conjugam para aperfeiçoar um tratamento novo de cortiça, do agrupamento resultarão perdas e não lucros, mas o fim é interessado e econômico, embora não lucrativo” (2010, p.189).

Embora o caput do artigo 53 do Código Civil discipline que as associações constituem-se para fins não econômicos, as associações de fins interessados econômicos diverso da distribuição de lucros, tais como referenciadas na classificação acima, não podem ser descartadas em nosso ordenamento jurídico, pois o ponto fulcral que diferencia as sociedades e as associações é a repartição dos resultados naquela entre os seus membros, conforme referenciado por nossa doutrina.

Portanto, é possível afirmar que a distinção entre ambas as pessoas jurídicas mencionadas refere-se à distribuição de lucros entre os seus membros, mas não há, verdadeiramente, uma necessidade de distinção em relação ao objeto a ser explorado, isto é, a atividade a ser praticada por uma associação ou por uma sociedade poderá ser idêntica. E assim,

não é estranho verificarmos que, atualmente, temos times de futebol que se constituíram por via de uma associação e outros que optaram por constituírem-se por intermédio de uma sociedade.

Por fim, não se deve olvidar que nas associações inexistem direitos e obrigações recíprocos entre os seus membros, conforme disciplina o parágrafo único do artigo 53 do Código Civil. Em sentido oposto, as sociedades estabelecem entre os seus sócios direitos e obrigações recíprocas, em consonância com o disposto no artigo 981 do Código Civil.

2.3 DAS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE AS ASSOCIAÇÕES E AS FUNDAÇÕES:

As fundações são um conjunto de bens personificado, instituídas por escritura pública ou testamento. Com base nesta noção, é possível identificar o distanciamento entre as sociedades e as fundações, pois aquelas são formadas pela reunião de pessoas e não constituem afetação patrimonial como estas.

Sendo assim, as fundações não admitem a distribuição de lucros entre os seus membros, pois inexistem membros com direitos e obrigações recíprocos como ocorre nas sociedades. Entretanto, embora esteja claro que a forma de constituição é diversa entre essas duas modalidades de pessoas jurídicas, não se pode deixar de perquirir sobre a possibilidade de uma fundação praticar atividade econômica.

Em nossa legislação cível, originariamente, as fundações apenas poderiam ser constituídas para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência conforme estabelecia o parágrafo único do artigo 62 do Código Civil. Entretanto, recentemente, o parágrafo único do artigo citado foi alterado pela lei nº 13.151/2015⁹, ampliando a descrição dos fins para os quais as fundações podem ser criadas. O atual dispositivo legal traz a previsão dos seguintes fins:

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de:
(Redação dada pela Lei nº 13.151, de 2015)

I – assistência social; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
(Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

⁹ Neste sentido, Gonçalves, (2014). Ainda, enunciado 8 e 9, I Jornada de Direito Civil, respectivamente estabelecem : “Art. 62, parágrafo único: A constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no Código Civil, art. 62, parágrafo único. Art. 62, parágrafo único: Deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações com fins lucrativos”.

- III – educação; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)
- IV – saúde; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)
- V – segurança alimentar e nutricional; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)
- VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)
- VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)
- VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)
- IX – atividades religiosas; e (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

No que cerne ao antigo rol estabelecido pelo o parágrafo único do artigo 62º quanto às finalidades nas quais de admite a criação de uma fundação – alterado pela Lei nº 13.151/15, a doutrina majoritária era no sentido do seu conteúdo ser meramente exemplificativo, admitindo-se que a fundação poderia se prestar a outras finalidades, desde que afastado o caráter lucrativo.

10

Contudo, esta posição majoritariamente perfilhada pela doutrina pode ser revista em virtude de a redação anterior ter previsto de forma mais genérica as finalidades nas quais se admitia a criação de uma fundação e, atualmente, o conteúdo do parágrafo único do artigo. 62 utilizar técnica legislativa mais descritiva do que a anterior. Com efeito, parece ter havido uma tentativa de limitar o conteúdo das finalidades que podem ser perseguidas pelas fundações.

Em consonância com o que foi dito, frisa-se que a Lei nº 13.151/15 continha a previsão do inciso X, o qual estabelecia que a fundação poderia ser instituída para fins de “habitação de interesse social.” Entretanto, o mesmo foi vetado pela Presidenta da República, sob o seguinte argumento:

Da forma como previsto, tal acréscimo de finalidade poderia resultar na participação ampla de fundações no setor de habitação. Essa extensão ofenderia o princípio da isonomia tributária e distorceria a concorrência nesse segmento, ao permitir que

¹⁰ Existem outras alterações oriundas desta legislação, a referida norma alterou o parágrafo 1o do artigo 66 do Código Civil, corrigindo uma imperfeição do texto original do Estatuto Civil, pois esclarece que as fundações que atuam no âmbito do Distrito Federal são fiscalizadas pelo Ministério Público do Distrito Federal, e não pelo Ministério Público Federal – questão que já havia sido decidida no julgamento da ADIn 2794/DF, pois o Supremo Tribunal Federal já havia declarado a inconstitucionalidade da redação originária, afirmando, expressamente, que a fiscalização das fundações atuantes no Distrito Federal fica a cargo do Ministério Público do Distrito Federal, e não do Ministério Público Federal. Finalmente, no novo texto, legislador prevê no inciso III do artigo 67 do Código Civil que se a mudança estatutária da fundação não for aprovada pelo Ministério Público, ou se este deixar de se manifestar no prazo de 45 dias, o juiz poderá suprir a aprovação e autorizar a mudança no estatuto da fundação.

fundações concorressem em ambiente assimétrico, com empresas privadas, submetidas a regime jurídico diverso. (CAVALCANTE, 2015, p. 03 e 04).

Sendo assim, parece que as finalidades das fundações descritas na atual redação do parágrafo único do artigo 62 do Código Civil tendem a ser enxergadas como taxativas, pois se o rol é meramente exemplificativo, o veto da Presidenta da República pode ser contornado socorrendo-se desta premissa.

E assim sendo, analisando-se o rol transcrito acima sobre os fins das fundações é possível observar que as atividades elencadas pelo legislador – assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação; saúde; segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; atividades religiosas – embora restritas, a maioria delas também podem ser exploradas economicamente na forma de empresa ou não, por intermédio de uma sociedade empresária ou não, EIRELI, empresária ou não, ou por pessoa natural, empresária ou não.

Com efeito, o objeto de uma fundação, embora restrito a este rol, poderá ser idêntico ao objeto da atividade de uma sociedade, de um EIRELI ou de uma pessoa natural que pretendem explorar economicamente estas atividades. Portanto, o objeto da atividade não é suficiente para distinguir as fundações das sociedades, pois embora estas possam praticar qualquer atividade econômica, não estão proibidas de explorar economicamente as atividades descritas acima.

Sendo assim, o que irá determinar a diferença entre as fundações e as sociedades quanto ao objeto é o fato de não haver distribuição de lucros destas atividades em prol dos seus dirigentes ou fundadores, já que aqui não se pode falar em membros por se tratar de uma afetação patrimonial. Esta é a razão pela qual ASCENSÃO afirma que as fundações não podem ser classificadas como pessoas jurídicas de fins interessados ou de fins desinteressados, tal como ocorre com as sociedades e as associações, pois “ (...) não tem membros que possam procurar um proveito através da pessoa coletiva” (2010, p. 189)

Por outro lado, não se deve confundir os fins para os quais podem ser criadas uma fundação com o fato de estas poderem ou não praticar atividades econômicas e obter lucro. Sobre esta questão, COELHO esclarece que “(...) quem não deve visar o lucro, são os instituidores ou dirigentes, não a própria entidade (...)” (COELHO, 2005, p.52)

3. TRANSFORMAÇÃO SOCIETÁRIA

O nosso ordenamento jurídico estabelece uma gama de tipos societários capazes de adquirir personalidade jurídica com o registro no órgão competente, prevendo a possibilidade de se constituir sociedades simples, sociedades em nome coletivo, sociedades em comandita simples, sociedades limitadas, sociedades anônimas e sociedades em comandita por ações. Entre outros motivos, os sujeitos que pretendem empreender no mercado por intermédio da prática de uma atividade econômica e partilhar o resultado desta atividade entre si, normalmente, escolhem o tipo social em face da modalidade de responsabilidade pessoal que poderá ser atraída, caso o patrimônio societário não seja suficiente para solver os seus credores e/ou porque o regime jurídico do tipo societário é mais simples comparando-se com os demais. Esta escolha, fruto do consenso entre os sócios, no momento da formação do elo contratual é exteriorizada no ato constitutivo da sociedade a ser arquivado no órgão competente e assim sendo, atrairá o regime jurídico do tipo societário escolhido.

No entanto, os sócios poderão optar pela mudança do tipo de sociedade após o seu arquivamento por intermédio de uma operação chamada de transformação societária.¹¹ Esta operação, nas palavras de MENEZES CORDEIRO

em termos técnicos, (...) opera como uma mudança de forma: uma sociedade constituída segundo um dos tipos legalmente permitidos adota a forma correspondente a um tipo diferente. Importante é que não se verifique quebra de identidade entre a sociedade considerada antes e depois da transformação (CORDEIRO, 2011, p. 1139)

Em outros termos, afirma-se que a transformação societária é “(...) a operação pela qual uma sociedade passa, independente de dissolução ou liquidação, de uma espécie para outra” (MARTINS, 2011, p. 323).

Inobstante esta conceituação do instituto referir-se à transformação de tipo de sociedade, não se pode esquecer que a EIRELI também poderá ser objeto da operação de transformação, embora configure um tipo próprio de pessoa jurídica, ou seja, diverso das sociedades. Admite-

¹¹ Sobre esta última hipótese, o site da Junta Comercial de Minas Gerais prevê quais são os atos necessários para transformar uma EIRELI em uma sociedade. E assim, estabelece que “Transformação de empresa individual de responsabilidade limitada em sociedade limitada: Será apresentado um único ato de transformação, ou seja, o contrato social da sociedade limitada por transformação de Eireli com admissão de sócio (s). Deve-se utilizar o ato 002 - alteração e o evento 046- transformação”. <http://www.jucemg.mg.gov.br/ibr/servicos+transformacao-eireli>, acesso em 24/08/2015.

se que uma sociedade se transforme em EIRELI na hipótese da pluralidade de sócios ficar prejudicada em momento posterior a sua constituição, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 1033 do Código Civil e o parágrafo 3º do artigo 980 –A do Código Civil. Por outro lado, embora não haja menção expressa, entende-se que é possível uma EIRELI se transformar em uma sociedade, pois o titular do EIRELI poderá pretender desenvolver a atividade objeto da sua EIRELI com a participação de outra pessoa no capital social em momento posterior a constituição da pessoa jurídica, como não é possível admitir sócios no EIRELI, em virtude da sua estrutura, para que essa pessoa figure como titular do capital social, será necessário realizar-se a transformação do EIRELI numa sociedade.¹²

E ainda, o legislador admitiu a transformação do registro do empresário individual, ou seja, da pessoa natural em sociedade caso venha admitir sócios – parágrafo 3º do artigo 968 do Código Civil. Sobre esta possibilidade, MAMEDE disciplina que “(...) é uma situação excepcional de metamorfose jurídica, isto é, de transformação de natureza jurídica do titular da empresa, que seixa de ser pessoa natural (empresário) e passa a ser pessoa jurídica (sociedade empresária)” (2011, p.97).

A operação de transformação societária está regulada em nossa legislação, devendo atender os requisitos legais para a produção de efeitos jurídicos. Os requisitos são: o consentimento unânime dos sócios ou previsão contratual, nas sociedades de pessoas, e estatutária, nas sociedades de capitais, de quórum diverso. Ressalva-se aos sócios discordantes nesta última hipótese, poderão exercer o direito de retirada com o respectivo reembolso dos seus haveres, conforme estabelece os artigos 1.114 e 1.031 ambos do Código Civil.

Em relação ao consentimento unânime dos sócios – que deverá ocorrer no caso do ato constitutivo ser silente quanto à transformação - certo é, que no caso de discordância de qualquer membro da pessoa jurídica, obsta a transformação, por isso, mostra-se salutar a previsão desta operação societária no ato constitutivo.

Em relação aos efeitos da transformação societária, a sociedade transformada passará a ser regida pelas regras do novo tipo societário. Todavia, convém esclarecer que o fato do novo tipo social modificar a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais de ilimitada para limitada,

¹² Sobre as modificações das sociedades, CORDEIRO observa que “ as sociedades dão, muitas vezes, corpo jurídico às empresas. Estas evoluem, adaptando-se a novas condições de produção, à evolução tecnológica e ao próprio progresso social. Verifica-se, ainda, que as sociedades se submetem à lei da concentração capitalística, à medida que a concorrência vai destruindo os competidores mais débeis. Resistem a esse fenômeno, apoiadas pelo Direito da concorrência: mas sofrem, em função dele, permanentes mutações. Diversas vicissitudes podem, igualmente, atingir os sócios, estes desejarão, nesta altura, adequar as sociedades a novas conjunções pessoais, promovendo, nelas, as necessárias modificações” (2011, p.1091).

não produzirá efeitos em relação àqueles que negociaram com a sociedade em momento anterior a transformação. Por outro lado, se há alteração na via reversa, os credores anteriores terão as suas garantias alargadas, na medida em que os sócios passarão a responder ilimitadamente, ou seja, se o patrimônio social não for suficiente, será possível alcançar o patrimônio pessoal dos sócios – artigo 1.115 do Código Civil.

Efetuada a transformação de um tipo social cuja responsabilidade dos sócios era ilimitada para outro que a limita, pode-se questionar se o ingresso de novos sócios acarretará para estes a responsabilidade pessoal das obrigações assumidas pela sociedade na época que o tipo social atraía a responsabilidade pessoal dos sócios, ou seja, a reponsabilidade dos mesmos pelas dívidas anteriores à aquisição da qualidade de sócio. Sobre esta questão, RIZZARDO afirma que “os novos sócios, ou acionistas que ingressaram, não suportarão as consequências de obrigações do passado, ou do período que não compunham o quadro social” (2012, p. 977).

Entretanto, não se pode esquecer que o artigo 1025 do Código Civil estabelece que “o sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão”. E assim sendo, deve-se confrontar este dispositivo com o disposto no parágrafo único do art. 1115 do Código Civil, ao estabelecer que “a falência da sociedade transformada somente produzirá efeitos em relação aos sócios que, no tipo anterior, a eles estariam sujeitos, se o pedirem os titulares de créditos anteriores à transformação, e somente a estes beneficiará”.

Uma leitura cautelosa dos dispositivos indica que a matéria abordada por esses é diversa, pois, enquanto um dispositivo legal regula a responsabilidade pessoal dos sócios pelas dívidas sociais anteriores ao ingresso de um novo sócio, o outro regula os efeitos da falência sobre a pessoa do sócio, ingressante ou não, após a alteração de tipo societário. Sendo assim, conclui-se que os sócios que ingressaram na sociedade, em momento posterior a alteração do tipo social, responderão pelas dívidas sociais anteriores, já que a redação do artigo supramencionado não faz qualquer menção a exclusão da sua aplicação em situações de transformação societária, mas não sofrerão efeitos pessoais da falência.

O aspecto jurídico mais importante no processo de transformação é o fato desta operação não culminar na necessidade de extinção da pessoa jurídica anterior para criação de uma nova pessoa jurídica, isto é, a pessoa jurídica é a mesma, sendo esta alteração oponível perante terceiros após a averbação no órgão competente, por este motivo DINIZ afirma que “a sociedade prosseguirá com um novo revestimento social” (DINIZ, 2011, p. 584).

Sobre este aspecto, no âmbito tributário, não haverá incidência de imposto de transmissão, vez que não haverá deslocamento de bens de uma pessoa para outra. Se houvesse exigência de dissolução prévia, os bens que integravam a pessoa jurídica deveriam solver as dívidas e o

restante, havendo, seria distribuído aos sócios na proporção de suas participações sociais para após constituírem nova pessoa jurídica com os bens que lhe foram reembolsados da pessoa jurídica anterior. E assim, haveria incidência tributária pelo deslocamento de riquezas¹³.

4. CONCLUSÃO: SOBRE A POSSIBILIDADE DE TRANSFORMAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS SEM FINS ECONÔMICOS EM SOCIEDADES

Não há vedação e nem permissão expressa no Código Civil sobre a possibilidade de transformação de pessoas jurídicas em outra modalidade de pessoa jurídica, embora haja disciplina legal sobre a modificação/transformação de tipo societário. Sendo assim, o que se deve perquirir é sobre a necessidade de previsão expressa ou não para realizar este tipo de operação.

Conforme dito em outra oportunidade, a transformação não extingue a pessoa jurídica anterior e assim não é necessário realizar a sua dissolução. Portanto, admitir a transformação de pessoas jurídicas sem fins econômicos em outra modalidade de pessoa jurídica com fins econômicos implicará em sua continuação e não na sua extinção.

Para responder esta questão, deve-se considerar que a livre associação para fins lícitos é direito fundamental previsto no artigo 5º, XVII da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, não podemos olvidar que a transformação societária é um negócio jurídico complexo, pois dependerá de deliberação social e registro posterior para produção de efeitos em relação a terceiros. E sendo negócio jurídico, a autonomia privada é o seu fundamento.

Com efeito, o primado da autonomia privada aliado à liberdade de associação para fins lícitos poderiam, desde logo, refutar qualquer negativa em se aceitar a realização da transformação de pessoas jurídicas sem fins lucrativos em sociedades. Todavia, a tendência é compreender ser impossível a transformação porque a gênese dessas pessoas jurídicas é diversa. Por outro lado, numa posição intermediária, admite-se a transformação de alguns tipos de pessoas jurídicas em outros desde que o órgão de registro não seja diverso.

Embora se tenha dito que não há disciplina específica sobre a possibilidade da operação em análise, o artigo 2033 do Código Civil estabelece o seguinte: “salvo o disposto em lei especial,

¹³ De acordo com o disposto no artigo 132 do Código Tributário Nacional, no caso de transformação da pessoa jurídica de direito privado ocorrerá a sucessão empresarial e, portanto, a pessoa jurídica que resultar da operação societária será responsável pelas dívidas anteriores, sendo assim, haverá responsabilidade empresarial até a data do ato. Para melhor compreensão do tema, ver: SABBAG (2009, p. 662 e 663)

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”.

Este dispositivo ao tratar da transformação, não a restringe apenas as transformações de tipo social. Daí é necessário saber se um dispositivo que consta no livro complementar do Código Civil – Das disposições finais e transitórias – permite a realização da transformação das pessoas sem fins econômicos em sociedade e vice-versa. De todo o modo, se observa que este dispositivo não regulamentou o instituto e a ausência de regulamentação específica gera incerteza quanto a esta possibilidade. Embora o princípio da autonomia privada permita que as partes autorregulem suas relações patrimoniais, desde que não violem a lei, os bons costumes e a ordem pública.

Inobstante a ausência de regulamentação específica no Código Civil, não podemos deixar de mencionar que a lei nº 11.096/2005 admitiu que pessoas jurídicas de fins não econômicos que mantenham instituição de ensino superior se transformassem em pessoas jurídicas com fins lucrativos.¹⁴

Importa ressaltar que, em 2014, na cidade de São Paulo, foi julgado pedido de averbação da transformação de associação em sociedade, em razão da expressa disposição legal, art. 13 da Lei nº 11.096/2005, para que as associações – transformadas em sociedades - pudessem participar dos programas PROUNI e FIES – concessão de bolsas e financiamento estudantil.

No processo em questão, a requerente pleiteava a averbação da transformação de associação em sociedade para adequar-se aos programas do PROUNI e FIES, com o escopo de proporcionar um melhor atendimento aos alunos de baixa renda com a concessão de bolsas de estudos e financiamento estudantil. Em razão do pedido, o oficial registrador do 4º Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital recusou o pleito sob o fundamento de que a pretensão contraria os precedentes desta Corregedoria Permanente, bem como reiteradas decisões proferidas pela Corregedoria Geral de Justiça e desta maneira, suscitou o procedimento de dúvida¹⁵. O oficial registrador pautou-se na da disposição normativa expressa artigo 13 da Lei nº 11.096/2005, já mencionado, e não descartou a eventual possibilidade de

¹⁴ Art. 13. As pessoas jurídicas de direito privado, mantenedoras de instituições de ensino superior, sem fins lucrativos, que adotarem as regras de seleção de estudantes bolsistas a que se refere o art. 11 desta Lei e que estejam no gozo da isenção da contribuição para a seguridade social de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição Federal, que optarem, a partir da data de publicação desta Lei, por transformar sua natureza jurídica em sociedade de fins econômicos, na forma facultada pelo art. 7º-A da Lei no 9.131, de 24 de novembro de 1995, passarão a pagar a quota patronal para a previdência social de forma gradual, durante o prazo de 5 (cinco) anos, na razão de 20% (vinte por cento) do valor devido a cada ano, cumulativamente, até atingir o valor integral das contribuições devidas (grifos nossos).

¹⁵ De acordo com CENEVIVA (2010, p. 507), "dúvida é pedido de natureza administrativa, formulado pelo oficial, a requerimento do apresentante de título imobiliário, para que o juiz competente decida sobre a legitimidade da exigência feita, como condição de registro pretendido”.

realizar a averbação, apresentando alguns requisitos para a efetiva transformação, quais sejam: aprovação por unanimidade dos sócios; apresentação de balanço patrimonial para verificação da manutenção da paridade patrimonial ente a associação e a sociedade e integralização das cotas sociais. O Ministério Público opinou pelo parcial acolhimento do pedido, autorizando-se a averbação da transformação, desde que observadas as condicionantes levantadas pelo registrador. Em face da não oposição da transformação comentada pelo registrador e o Ministério Público, o pedido foi deferido pelo magistrado, reconhecendo, portanto, a possibilidade de transformação da associação em sociedade, no caso relatado.

Sobre a possibilidade de uma associação transformar-se em sociedade, a Receita Federal (Consulta nº 7, 2002) compreende ser possível apenas a transformação de uma entidade de ensino superior sem fins lucrativos em sociedade simples, não admitindo a transformação em sociedade empresária. O argumento utilizado foi o fato do órgão competente para o registro ser diverso, enquanto para sociedade simples é o Registro civil de pessoas jurídicas, a sociedades empresárias é a Junta Comercial. Como são órgãos distintos, a Receita Federal compreendeu que a transformação de associação em sociedade empresária dependeria da baixa no cartório e consequente registro na junta comercial concluindo, que só seria possível a transformação em sociedade simples, já que é o mesmo órgão competente para proceder ao registro.

Os argumentos utilizados pela Receita Federal não são suficientemente fortes para refutar a possibilidade de uma associação transformar-se em sociedade empresária, pois uma sociedade simples registrada no Cartório de Pessoas Jurídicas poderá se transformar numa sociedade limitada e requerer o arquivamento da sua transformação na Junta Comercial. Sendo assim, a baixa que se dará num dos órgãos não extinguirá a pessoa jurídica, pois esta ocorrerá apenas para adequação do órgão competente e não em prejuízo da sua personalidade jurídica.

Em consonância com o exposto, vale transcrever parte do parecer emitido pela OAB/SP sobre a possibilidade de transformação de sociedade de advogados em sociedade empresária e os passos que devem ser seguidos:

a transformação das Sociedades de Advogados em sociedade empresária deve-se fazer em três passos: primeiro, averbação da transformação no Registro da OAB, segundo, registro no RPEM e, terceiro, depois de registrada a sociedade mercantil, informar o Registro de Sociedades de Advogados, com a devida certidão, de que a pessoa jurídica tem forma empresária e, como tal, está registrada no RPEM, pedindo a baixa (AZZI/ALONSO, 2009).

Por outro lado, em relação à transformação de uma fundação em sociedade, embora a Consulta da Receita Federal retro mencionada não esclareça os motivos, nega a possibilidade de esta transformar-se em sociedade.

Desta forma, as fundações apenas poderão ser constituídas para estes fins descritos na legislação cível, embora tenha havido um latente alargamento dos fins para os quais podem ser criadas, conforme mencionado no decorrer do texto. Neste seara, as fundações dificilmente se enquadrarão no conceito de atividade econômica, já que as atividades elencadas não visam disponibilizar ao mercado bens ou serviços para aferição e distribuição de lucros entre os seus membros.

Frisa-se que as fundações não possuem membros com direitos patrimoniais por força de sua dissolução, tal como ocorre com as associações e as sociedades. Sendo assim, a fundação apenas será dissolvida nos termos do artigo 69 do Código Civil e não por vontade dos seus membros, já que inexistentes.

Não havendo disposição no estatuto ou no ato constitutivo de forma diversa, os bens da fundação dissolvida serão integrados a outra fundação com fim igual ou semelhante. Pelas mesmas razões, não será possível também transformar uma fundação em uma associação.

Sobre a possibilidade de uma sociedade transformar-se em fundação, não é uma questão de fácil solução. O grande problema de se aceitar reside no fato da continuação da pessoa jurídica anterior não extinguir as obrigações anteriores. A fundação é formada por afetação patrimonial e o seus bens devem ser desembaraçados, sem ônus para que seja criada esta espécie de pessoa jurídica, especialmente porque os seus bens podem servir para atender os seus fins.

E ainda podemos mencionar que a lei nº 9.532/97 faz menção a fusão, a cisão e a incorporação de pessoas jurídicas sem fins econômicos, embora também não haja regulamentação específica para as pessoas jurídicas, que não sejam sociedades, realizarem esses tipos de operações no Código Civil.¹⁶

Com base no exposto, concluímos que as associações poderão transforma-se em sociedades simples ou empresárias e vice-versa com fulcro nos princípios da autonomia privada e da liberdade de associação para fins lícitos.

¹⁶ Art. 16. Aplicam-se à entrega de bens e direitos para a formação do patrimônio das instituições isentas as disposições do art. 23 da Lei n.º 9.249, de 1995.

Parágrafo único. A transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, deverá ser efetuada pelo valor de sua aquisição ou pelo valor atribuído, no caso de doação (grifos nossos).

Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio (grifos nossos).

De todo o modo, não se pode olvidar que o artigo 61 do Código Civil estabelece o seguinte:

Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação (grifos nossos).

O que se pode questionar é se todo o patrimônio da associação poderá formar o capital social da sociedade a qual pretende se transformar com base na redação do artigo 61 do Código Civil, ao estabelecer que estabelece que

Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

No entanto, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal permite que os associados mediante previsão estatutária ou deliberação decidam sobre a destinação dos valores remanescentes, pois prevê que “ (...) podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação”. Com efeito, parece que não há vedação para que os valores das contribuições, devidamente atualizados, possam formar o capital social da sociedade que se pretende constituir. Entretanto, se ainda assim houver valores remanescentes, a dúvida permanece, pois a redação deste dispositivo legal comporta dúvidas se apenas se admite a devolução dos valores investidos corrigidos, sem mencionar o que poderá ser feito com os valores remanescentes após a devolução das contribuições dos associados.

Por fim, conclui-se que o agente registrador, ao se deparar com o pedido da parte de transformação em sociedades das demais pessoas jurídicas previstas no artigo 44 do Código Civil, poderia fazê-lo, pois os órgãos registrares, não obstante serem diversos, guardam semelhantes quanto às finalidades registrares, ou seja, a publicidade, a segurança, a autenticidade e a eficácia. Especificamente quanto ao registro de ato constitutivo de uma pessoa jurídica, acresce-se que ambos os órgãos, ao procederem o registro, conferirão personalidade jurídica ao ente. Desta forma, embora sejam órgãos diversos, a falta de comunicação entre os mesmos, não pode ser um óbice para a realização destes tipos de operações e tais órgãos devem buscar

adaptarem-se a esta possibilidade jurídica, evitando entraves para efetivação desta em virtude do sistema de registro dos atos constitutivos das pessoas jurídicas não ser unificado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Curso de direito comercial**, vol. II, Coimbra: Almedina, 2005.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª ed. rev., atua. e aum., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: Teoria geral, vol. 1: Introdução. As pessoas. Os bens**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

AZZI, Celso de Souza/ALONSO, Félix Ruiz. **Parecer sobre transformação de sociedades de advogados**. In [file:///C:/Users/usuario/Downloads/parecer_transformacao%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/parecer_transformacao%20(2).pdf). Acesso em 05/06/2014.

CAVALCANTE, André Lopes Marcio. **Dizer o Direito: Comentários à Lei 13.151/2015, que altera regras sobre as fundações privadas**. <http://www.dizerodireito.com.br/2015/07/comentarioslei131512015quealtera>. Acesso: 12/08/2015.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos**. 20ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010.

COELHO, Júlio César Leão. **As fundações em face dos artigos 62 a 69 do Código Civil**, Belo Horizonte, Ed. do Autor, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito das sociedades**, volume 1, 3ª edição, ampliada e atualizada, Coimbra: Almedina, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 8: direito da empresa, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral – de acordo com a Lei 12.874/2013. 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, volume 1 – 5ª edição – São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio.** Ed. revista e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – parte geral.** Volume 1, 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil,** 24ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil,** 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito da empresa,** 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. **Personalidade Jurídica do Condomínio Edifício.** In <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI101933,61044Personalidade+Juridica+do+Condominio+Edificio>. Acesso: 20/08/2015

ROVAI, Armando Luiz. **Possibilidade jurídica de transformação de uma associação ou sociedade cooperativa em sociedade empresária.** In <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI157425,61044Possibilidade+juridica+de+transformacao+de+uma+associacao+ou>. Acesso em 01/06/2014.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** São Paulo, Saraiva, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Comentado conforme a Constituição da Republica.** 2º edição. Volume 01. Rio De Janeiro. Renovar. 2007.