

**APONTAMENTOS SOBRE FUNDAÇÃO, ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO\***  
*NOTES ON FOUNDATION, AND POOL INSTITUTE*

*Adélcio Salvalégio \*\**

**Resumo:** Quando uma determinada empresa resolve implementar ações sociais mais relevantes, de trato continuado e duradouro, pode se deparar com a necessidade de constituir uma pessoa jurídica para a prática social. O que fazer: uma fundação; um instituto (estruturado juridicamente como associação)? Considerações a respeito serão traçadas a seguir, no propósito de dar lance inicial ao estudo, alinhavando aspectos diferenciadores entre um e outro modelo.

**Palavras-chave:** Fundação. Instituto. Associação.

**Abstract:** When a corporation decides to implement more relevant social actions and in a way made so to last, it may come across the need to establish a legal person to the social practice. What to do: a foundation; or an institute (juridically structured as association)? There now follows some considerations, with the purpose of making an inception at the study of this matter, outlining aspects that differentiate between one and the other.

**Keywords:** Foundation. Institute. Association.

---

\* Artigo escrito para cumprir exigência das disciplinas Política da Produção do Direito e Teoria dos Direitos Fundamentais, ministradas pelo Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, Curso de Mestrado em ciência jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. A metodologia empregada é a que consta na seguinte obra: PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo : Conceito Editorial, 2011.

\*\* Graduado em Ciências da Computação pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (1988) e em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (1994). Atualmente é advogado associado - Pabst & Hadlich Advogados Associados, professor da Fundação Universidade Regional de Blumenau e conselheiro do Conselho Municipal de Contribuintes do município de Blumenau. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil.

## 1 INTRODUÇÃO

Veza por outra, empresas interessadas em aprimorar ações sociais vêm-se as voltas como uma dúvida crucial para dar andamento no seu projeto: estabelecer uma fundação ou um instituto (associação)?

A resposta nem sempre é fácil de se alcançar. Vai depender, em boa medida, da intenção maior, do que efetivamente se pretende fazer, daquilo que se tenciona por em prática, dos reais objetivos e, especialmente, dos controles que se deseja submeter.

Falar-se em vantagens e desvantagens de um ou outro modelo carece, portanto, de um esquadramento do tema, de modo a avaliar profunda e objetivamente os propósitos perseguidos. Não há, por assim dizer, prevalência de uma forma sobre a outra, tudo deriva do que se busca. É da conjugação desses elementos que se concluirá, em cada caso concreto, qual das duas melhor se amolda à situação.

Pensam alguns que a opção por uma fundação traz vantagens tributárias, pois se poderia cogitar em isenções. Ou ainda que facilitaria o ingresso de doações por terceiros interessados em prestar apoio à prática social. Todavia, embora este estudo não explore a questão tributária, pode-se registrar, en passant, que não é o modelo constituído o que definirá os aspectos tributários, podendo qualquer deles usufruir benefícios, a depender preponderantemente da natureza das atividades realizadas, das suas finalidades e da existência (ou não) de vantagens e remunerações distribuídas aos associados e/ou dirigentes, bem como de atender as exigências previstas em lei. No tocante ao recebimento de doações e ajudas, numa primeira análise, parece não importar o modelo implementado, mas sim os fins perseguidos.

O presente estudo, sem a pretensão de esgotar o assunto, ocupar-se-á também, em certos aspectos, de uma abordagem comparativa, dando fundamentos para auxiliar aqueles envolvidos no tema.

## 2 FUNDAÇÃO OU INSTITUTO (ASSOCIAÇÃO)?

Ao que se infere da problemática exposta, corporações tencionam praticar atividades

afetas à chamada “responsabilidade social”, voltadas, por exemplo, para a prestação de auxílio a “crianças e hospitais de crianças” de determinada região, apoio à educação, ao esporte e à cultura. Para implementar o propósito, pretendem criar um ente com personalidade jurídica, ocorrendo, então, a dúvida se o melhor caminho a trilhar é uma **fundação** ou um **instituto** (associação).

A constituição de fundações privadas é regulada, em linhas gerais, pelo disposto nos arts. 40 a 52; e 62 a 69, do Código Civil; e arts. 1.199 a 1.204 do Código de Processo Civil. Na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/77), também existem previsões a respeito, notadamente nos arts. 114 e 120.

Outras especificidades poderão ser encontradas na legislação esparsa, conforme a matéria. Mas, de um modo geral, no que concerne às fundações privadas, o tema é disciplinado pelos dispositivos mencionados.

Sabe-se que:

[...] no tocante a sua estrutura, as pessoas jurídicas de direito privado se dividem em corporações ou fundações. A corporação é um conjunto de pessoas reunidas para a consecução de uma finalidade comum, já na fundação prevalece o aspecto material e objetivo do patrimônio personalizado a uma certa finalidade, sem que exista uma união de esforços. Basta a afetação patrimonial. Enquanto a corporação possui fins internos, voltados ao bem-estar de seus membros, as fundações existem e vivem para a consecução de fins externos, estabelecidos pelo instituidor<sup>1</sup>.

Necessário consignar que as fundações diferem, consideravelmente, dos demais entes jurídicos, especialmente porque nelas não predomina o elemento pessoal. Enquanto as corporações (sociedades e associações) giram em torno dos seus sócios/associados e suas deliberações, as fundações não gravitam na órbita ou no interesse dos seus dirigentes ou membros, mas sim no âmbito de um patrimônio destinado à consecução de interesses predeterminados (fim específico e previamente fixado, com recursos apartados para alcançá-los), segundo vontade do instituidor. “Fundação é um acervo de bens, com destinação específica, a

---

<sup>1</sup> ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002** : contém o Código Civil de 1916 / coordenador César Peluso. 5. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2011, p. 2394;

que a lei atribui personalidade jurídica”<sup>2</sup>.

Não é comum nas fundações, via de regra, o quadro de membros ou sócios, que é elemento essencial nas associações e sociedades.

Diferenciam-se das corporações justamente pelo fato dessas serem agrupamentos de pessoas que agem em benefício próprio – mesmo quando não pretendam lucros -, enquanto as fundações são patrimônios personificados cuja estrutura serve ao fim benemérito para o qual foram criadas, não sendo um fim em si. Por isso, não admitem sócios e seus órgãos só existem para cumprir as normas estatutárias<sup>3</sup>.

Para PAULO LÔBO, “a fundação difere, fundamentalmente, das demais pessoas jurídicas pela singularidade de não ser integrada por pessoas físicas. Nem o instituidor nem os administradores por ele indicados são membros da pessoa jurídica que for constituída”<sup>4</sup>.

SILVIO VENOSA entende que “nas fundações, há de início um patrimônio despersonalizado, destinado a um fim. Ao contrário das sociedades, que são uma reunião de pessoas, uma coletividade, as fundações assentam sua razão de ser no patrimônio para certa finalidade”<sup>5</sup>.

A fundação, basicamente, orbita em torno do seu objeto (fins) estabelecido pelo instituidor e do patrimônio para atingi-lo. Na busca e no direcionamento das atividades em harmonia com suas finalidades, devem atuar seus administradores, integrantes dos órgãos diretivos, e o quadro de membros, caso contemplado em estatuto.

Embora não usual nas fundações a existência de sócios, formando um quadro de membros, seria oportuno indagar: acaso previsto, o estatuto estaria irregular?

Ainda que opiniões doutrinárias de respeito apregoem não ser prática recorrente a presença de sócios em fundações, é preciso destacar que, até onde se conseguiu apurar, não se encontrou óbice legal ao proceder. Nos artigos do Código Civil que tratam especificamente das

---

<sup>2</sup> DUARTE, Nestor. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002** : contém o Código Civil de 1916 / coordenador César Peluso. 5. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2011, p. 69;

<sup>3</sup> ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002** : contém o Código Civil de 1916 / coordenador César Peluso. 5. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2011, p. 2396;

<sup>4</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil Parte Geral**. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 191;

<sup>5</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 4 ed. São Paulo : Atlas, 2004, p. 299;

fundações (arts. 62 a 69) inexistem disposições contrárias. O mesmo se notando no Código de Processo Civil (arts. 1.199 a 1.204). Já na Lei de Registros Públicos (L. 6.015/77), ao discorrer sobre o ato constitutivo das pessoas jurídicas, o art. 120, que faz expressa referência às fundações, exige, dentre outras indicações, que se preveja se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. Dá a entender, portanto, que a existência de membros numa fundação não é vedada.

Evidentemente que as condições de sócio de associação (instituto) diferem consideravelmente das de um membro de uma fundação. Enquanto que na associação o sócio dela usufrui, nos limites estabelecidos no seu estatuto, numa fundação isso não será possível, pois a fundação, não custa recordar, existe para a busca de um intento previamente fixado pelo instituidor, com patrimônio por ele apartado para essa empreitada, e não para a satisfação de interesses pessoais ou meros deleites de membros. Portanto, há relevante distinção entre um membro (sócio) de uma associação para um membro de uma fundação, notadamente no que toca à sua relação direta com a entidade personificada. Numa associação pode afirmar que um membro possui direitos, já numa fundação nem sempre será possível fazer esta assertiva.

Mas, não se pode censurar nem glosar o estatuto de uma fundação pelo só fato de contar com um quadro de membros. Imperioso avaliar em que medida e qual a participação desses na entidade. Melhor dizendo, é preciso aquilatar se são os membros que se beneficiam da fundação ou se ocorre o contrário. No primeiro caso, haverá incompatibilidade com a natureza jurídica da fundação. Se é certo que uma fundação existe para a prática de um fim predefinido, clara e objetivamente fixado no seu ato de constituição e, sendo seus fins, a teor do parágrafo único, do artigo 62, do Código Civil, de natureza religiosa, moral, cultural ou de assistência, parece claro que não poderá contar com sócios para dela colher proveito. Salvo se a fundação foi instituída justamente para prestar algum serviço ou auxílio a determinado e específico grupo de pessoas, como por exemplo uma fundação de seguridade social.

Todavia, e se o quadro de membros existir justamente para auxiliar na busca e realização destes fins morais, religiosos, culturais ou de assistência, qual é a impertinência ou impossibilidade de contar com ele? A meu sentir, com a devida *venia* daqueles que pensam em outro sentido, inexistente incompatibilidade. Aliás, analisando a questão sob o ângulo do instituidor,

seria até mesmo recomendado contar com um quadro de membros para servir de guia e bússola à fundação na caminhada de implemento das suas finalidade. Ora, se a fundação se aparta do seu instituidor, adquirindo personalidade jurídica com o acervo de bens que lhe foi destinado, quem será a fundação? Ninguém? Uma mera ficção do direito, que a lei dota de personalidade jurídica? De onde virão seus administradores? Quem (pessoas físicas), na prática, empenhará trabalho e esforço pessoais para o atingimento dos fins delineados pelo instituidor?

Essa reflexão parece aconselhar que a existência, no estatuto, de um quadro de membros, com previsões a ele inerentes diversas daquilo que se observa numa associação, mostra-se recomendável para o bem da própria fundação. Noutros termos, a existência de membros, com claras e objetivas regras estatutárias do seu papel de auxílio na realização dos fins fundacionais, não pode ser embaraçada, inclusive pelo Ministério Público que tem a função legal de por ela velar (CCB, art. 66). Calha dizer, os membros da fundação, estando a ela ligados mais intensa e proximamente, dela não se servirão como sói acontecer aos sócios das associações (instituto). Ao reverso, será a fundação que dessas pessoas abnegadas e altruístas se beneficiará, contando com suas experiências, conhecimentos, vivências e práticas, sem nada lhes dar em troca, para a consecução do seu mister.

Também não pode haver empecilho que esses membros, ainda que parcialmente, sejam nominados diretamente no estatuto, prevendo-se o preenchimento ou lotação de assentos a partir da indicação de determinados entes da sociedade civil organizada. Por exemplo, a entidade “A” indica uma pessoa, a entidade “B”, outra, e assim sucessivamente. Por óbvio que essas entidades devem ostentar currículo de respeito, credibilidade, notoriedade e confiança. Em assim sendo, figurarão inclusive como uma espécie de fiadoras, garantes do bom trabalho e funcionamento da fundação, pois seus nomes e boa imagem entrarão em cheque caso não ande bem a fundação.

Com efeito, cabe aos administradores da fundação atuar para que os fins aconteçam, sob a vigilância do Ministério Público. Este é mais um ponto importante a diferir uma fundação de outras sociedades, isto é, a constante e reiterada fiscalização desse órgão externo. A teor do art. 66, do Código Civil, velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. E a vigilância apregoada em lei, segundo tem entendido a doutrina, não se limita apenas à aprovação

do estatuto e suas alterações (CC, art. 65; CPC, art. 1200). Vai além, abrangendo inclusive o controle do patrimônio e da gestão.

A propósito,

[...] a fiscalização do Ministério Público, porém, não se limita a questões estatutárias, dispondo a lei que lhe incumbe ‘VELAR’ pelas fundações. Isso significa que sua atuação se estende à fiscalização da administração, inclusive para promover a destituição de administradores que se afastem de suas finalidades ou lhe imprimam gestão desastrosa. Quanto à preservação do patrimônio, em princípio, os bens são inalienáveis, até para assegurar o cumprimento dos seus fins. Não o tendo vedado o instituidor e o estatuto, é possível a alienação de bens, por necessidade ou utilidade, conforme deliberação dos competentes para gerir e representar a fundação e com aprovação do Ministério Público<sup>6</sup>.

De outro lado, uma Fundação, por força de lei, nasce com objeto restrito, devendo se enquadrar nas hipóteses do parágrafo único, do art. 62, do Código Civil, que assim dispõe: “A fundação somente poderá constituir-se para fins **religiosos, morais, culturais** ou de **assistência**”. Significa explicar, a vista do comando imperativo da norma, que toda e qualquer fundação será orientada, basicamente, por propósitos de ordem filantrópica ou altruística.

A legislação, em princípio, não disciplina a forma de estruturação das fundações. Apenas traça diretrizes básicas quanto à sua criação, finalidades, atuação, fiscalização e extinção. Comentando o art. 64, do CC, esclarece a doutrina que o

[...] instituidor, necessariamente, deverá indicar na escritura ou no testamento os fins a que a fundação se destina e fazer a dotação de bens. Facultativamente declarará a maneira de administrá-la (art. 62), cujo mister poderá atribuir a outrem, daí por que Washington de Barros Monteiro afirmar: ‘Duas são as modalidades de formação, a direta e a fiduciária. Na primeira, o próprio instituidor pessoalmente a tudo provê; na segunda, ele entrega a outrem a organização da obra projetada’<sup>7</sup>.

De fato, o art. 62, do CC, informa que para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a

---

<sup>6</sup> DUARTE, Nestor. **Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002** : contém o Código Civil de 1916 / coordenador César Peluso. 5. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2011, p. 72;

<sup>7</sup> DUARTE, Nestor. **Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002** : contém o Código Civil de 1916 / coordenador César Peluso. 5. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2011, p. 71;

que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Logo, estará obrigado o instituidor a declarar, no ato de criação, os fins específicos e o acervo de bens para alcançá-los, e facultativamente o modo de gestão.

Outro ponto incomum nas fundações, é a previsão de um “colégio eleitoral”, ainda que composto por fundadores/instituidores. A regra geral para as fundações é a alternância diretiva, ou seja, a rotatividade de dirigentes.

Segundo José Eduardo Sabo Paes:

[...] determinados cargos dentro da fundação, principalmente os instituidores, uma vez que o papel deles se exaure com o ato de instituição da fundação. A partir do momento em que a fundação adquire personalidade jurídica, ela ganha vida própria e, obviamente, distinta da vontade daqueles que foram seus instituidores<sup>8</sup>.

Continua o autor, sustentando que “a regra geral é a rotatividade, é a oxigenação da entidade com a integração de novas pessoas nos órgãos da fundação, visando dar seguimento e aprimorar o trabalho desenvolvido”<sup>9</sup>.

Ainda quanto à intervenção dos instituidores na fundação, assevera Gustavo Saad Diniz que “é possível que o estatuto regulamente a situação (direitos e deveres) dos próprios instituidores da fundação, conferindo-lhes prerrogativas para participar de Assembléias, qualificativos como ‘membro fundador’, exercer cargos de honra, dentre outras possibilidades”<sup>10</sup>. Todavia, não é usual que lhes sejam conferidos poder de decisão.

Para JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO,

[...] quer o instituidor, quer, quando este não o faz, a pessoa que designar, equivale dizer ‘o interessado’, a que o Código alude, não são inteiramente livres de dispor acerca da administração da Fundação, pois exigem as normas legais, tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil, que os estatutos da Instituição sejam submetidos a apreciação do Ministério Público. Pode parecer, à primeira vista, desarrazoada a exigência, pois, se se trata de liberalidade do instituidor, que entra com seus bens para a criação da pessoa jurídica, seria de se estranhar que tivesse de submeter a administração do patrimônio, de que se está despojando, ao controle estatal, através do pronunciamento do Ministério Público... Todavia, compreende-se a exigência, quando se pondera que, pelas

---

<sup>8</sup> PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2. ed. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, p. 221;

<sup>9</sup> PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 221;

<sup>10</sup> DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das fundações privada**. 3 ed. Lemos e Cruz Publicações Jurídicas : São Paulo, 2007, p. 348;



suas finalidades predominantemente de interesse filantrópico ou de assistência social, uma vez criada a Fundação, passa ela a gravitar fora do alcance do seu instituidor, e há de haver, então, a intervenção do Estado, para que os interesses de terceiros, a que visa amparar, possam ter correta e conveniente administração<sup>11</sup>.

Nesse panorama, a permanência indefinida das mesmas pessoas no exercício de cargos diretivos de uma fundação, em princípio, pode contrariar sua natureza jurídica. Todavia, valem aqui as mesmas considerações que se fez alhures acerca da existência do quadro membros. Pode parecer incomum a previsão de um colégio eleitoral ou da assembléia geral. Porém, se bem contrapesado, pode ser de grande valia para a fundação, pois são pessoas (físicas e/ou jurídicas) que, sem nada esperar em troca, emprestam seu apoio para a obtenção dos fins fundacionais.

De toda maneira, sempre que se falar em fundações privadas, não se poderá perder de vista que a legislação incumbiu o Ministério Público, não apenas com a atribuição de análise do estatuto e suas alterações, para ver se as bases da fundação e os bens destacados são suficientes ao fim a que se destina, mas também para “VELAR” pelas fundações (art. 66, do CC). E o verbo “velar”, consoante se demonstrou acima, tem sido interpretado de modo amplo, incluindo a fiscalização de atos de gestão (aprovação de contas, por exemplo) e de alienação do patrimônio.

De outro giro, ao que se tem conhecimento, no Código Civil e/ou leis esparsas não se avista a figura jurídica do *instituto*.

Pode-se constar na prática que instituto é mais uma denominação empregada em determinados entes, tanto de direito público (autarquias<sup>12</sup>, fundações<sup>13</sup>, etc.), quanto privado (associações<sup>14</sup>, sociedades<sup>15</sup>, etc.), sem, contudo, alterar sua natureza jurídica de criação. Com

---

<sup>11</sup> CASTRO FILHO, José Olympio de. **Comentário ao Código de Processo Civil**, v. X: arts. 1.103 a 1.220. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 303-4;

<sup>12</sup> Ver, por exemplo, a Lei nº 7.735/89, que criou o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis); Lei nº 8.029/90, art. 17, que criou o INSS (Instituto Nacional de Seguro Social); Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea);

<sup>13</sup> Ver Lei nº 8.029/90, art. 15, que deu nova redação ao art. 150, do Decreto-Lei nº 200/67, para autorizar o Poder Executivo a criar o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada); Decreto-Lei nº 161/67, que autorizou o Poder Executivo a criar a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Fundação IBGE), também regido pela Lei nº 5.878/73;

<sup>14</sup> Alguns exemplos: Instituto Ayrton Senna (<http://senna.globo.com>); Instituto Paulo Montenegro (<http://www.ipm.org.br>); Instituto Votorantin (<http://www.institutovotorantim.org.br>); Instituto Paulo Freire (<http://www.paulofreire.org>);

frequência, o termo batiza instituições de pesquisa, assistência, previdência, ensino ou saúde. Mas apenas na denominação, como uma espécie de “nome de fantasia”. No caso de uma associação privada, por exemplo, o fato de chamar-lhe instituto não a desnatura. Continua a ser uma associação, regida basicamente pelos arts. 53-61 e, supletivamente, pelos arts. 40-52, todos do Código Civil.

Não obstante, acham-se opiniões, como a do doutrinador DE PLÁCIDO E SILVA, para quem o instituto:

[...] é, pois, denominação propriamente atribuída às corporações artísticas, literárias, científicas, de ensino, ou mesmo de ordem econômica ou política. Dessa forma, instituto implica na significação do regime particular imposto à corporação, em virtude das regras ou bases, em que foi instituída. Tal como as instituições, os institutos mostram-se, por influxo da lei, pessoas jurídicas, que tanto podem ser de Direito Privado, como de Direito Público. As autarquias administrativas são institutos de Direito Público<sup>16</sup>.

De outro giro, depreende-se dos arts. 114, 119 e 120, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/77), que para a existência legal, das pessoas jurídicas, seus atos constitutivos deverão ser registrados no Registro Civil. O que vale também para as fundações.

Já o art. 45, do Código Civil, dispõe que começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado (fundações, associações, por exemplo), com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo (Ministério Público, no caso das fundações), averbando-se no registro todas as alterações que o ato constitutivo sofrer.

Portanto, no caso das fundações, para que elas passem a existir legalmente, é obrigatório o registro do seu estatuto. Todavia, a elas incide o disposto no parágrafo único, do art. 119, da Lei nº 6.015/77, que assim dispõe: “Quando o funcionamento da sociedade depender de aprovação da autoridade, sem esta não poderá ser feito o registro”. No mesmo sentido, reitera-se, são os arts. 45 e 64, do Código Civil, e arts. 1200 e 1203, do Código de Processo Civil.

Ou seja, sem a aprovação do Ministério Público, em princípio, o estatuto de uma fundação não será registrado e, por conseguinte, sua existência legal não terá início. Diz-se em

---

<sup>15</sup> Alguns exemplos: IBOPE (<http://www.ibope.com.br>);

<sup>16</sup> SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II, 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 487;

princípio porque, em havendo divergência entre os instituidores e/ou os encarregados pela elaboração do estatuto e o Ministério Público, caberá ao juiz solucionar o impasse (CPC, art. 1.201). Vale dizer, não é o Ministério Público o detentor da última palavras, mas sim o Poder Judiciário.

Nessa toada, uma vez

Elaborado o estatuto, será submetido ao Ministério Público, que verificará se foram observadas as bases da fundação e se os bens são suficientes ao fim a que ela se destina. O Ministério Público aprovará o estatuto, ou indicará as modificações que entender necessárias, ou, se considerá-la inviável, denegará aprovação, cabendo recurso ao juiz, que, antes de suprir a aprovação, poderá mandar fazer no estatuto modificações a fim de adaptá-lo ao objetivo do instituidor<sup>17</sup>.

E o mesmo se aplica, segundo pensamento de alguns, às modificações, pois “toda alteração estatutária tem de ser submetida ao Ministério Público, que, se não a admitir, ensejará recurso ao juiz”<sup>18</sup>.

Vale dizer, as alterações do estatuto fundacional também se sujeitam ao mesmo controle e registro. Por força do art. 67, III, do Código Civil e art. 1203, do Código de Processo Civil, igual raciocínio se aplica às alterações estatutárias. Isto é, se não forem aprovadas pelo Ministério Público, como se demonstrou acima, não poderão ser registradas, a não ser acaso o juiz diferentemente determinar, por provocação dos interessados. Por conseguinte, não terão validade, salvo se ratificados.

Diversamente será se a entidade a ser instituída for uma associação (instituto). Nesta hipótese, que independe de prévia aprovação do Ministério Público, o registro e/ou averbação do estatuto sujeitam-se apenas aos procedimentos burocráticos no Registro Civil, após a devida definição do texto estatutário pelos associados da entidade. Importa frisar, o Ministério Público em nada interferirá.

Não se pode olvidar, obviamente, que a entidade, qualquer que seja a sua natureza

---

<sup>17</sup> DUARTE, Nestor. **Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002** : contém o Código Civil de 1916 / coordenador César Peluso. 5. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2011, p. 71;

<sup>18</sup> DUARTE, Nestor. **Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002** : contém o Código Civil de 1916 / coordenador César Peluso. 5. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2011, p. 71;

(fundação, associação, instituto, etc.), se rege pelo estatuto registrado (CCB, art. 45). Assim, sempre que se promoverem alterações estatutárias, enquanto não estiverem registradas, permanece válida e em pleno vigor a disposição anterior. As alterações somente substituirão o texto registrado, nas partes alteradas, após o seu devido registro. E, para o registro da alteração do estatuto da fundação, como já se disse, deve se contar com a aprovação do Ministério Público no texto alterado, lembre-se, a não ser que o juiz supra a negativa.

Deste modo, enquanto o Ministério Público não aprovar as alterações do estatuto da fundação, não há registro e as novas disposições não poderão ser aplicadas. Até porque, perante terceiros, não terão validade alguma. Porém, repise-se, a recusa do Ministério Público não é definitiva. Não tem ele a última palavra. A fundação sempre terá a prerrogativa de submeter a matéria à apreciação do Poder Judiciário, a quem caberá dirimir a controvérsia (CPC, art. 1201). Se o Judiciário desacolher o pedido da fundação, então só restará o caminho de se ajustar o estatuto às exigências determinadas.

Eventual negativa de registro dos documentos da fundação, em tese, pode também dar ensejo ao procedimento de **suscitação de dúvida**, previsto na Lei de Registros Públicos. Trata-se de um processo judicial, no qual a controvérsia será levada à apreciação do juiz, que decidirá se a recusa do registrador é justa e respaldada em lei. Na primeira hipótese, confirma-se o não registro. Já na segunda, ou seja, sendo ilegal a pedida, o juiz a afastará, determinando que se promova o ato cartorário. Antes de decidir, o juiz poderá ouvir o Ministério Público a respeito.

Já numa associação (instituto), o controle do Ministério Público passa ao largo. Melhor dizendo, não há controle algum, quer seja sobre o texto do estatuto, sobre as contas, sobre alienação de bens, sobre a administração, ou ainda qualquer outra matéria. A associação (instituto), que pode inclusive ter seus fins alterados ao longo de sua existência (coisa que na fundação é praticamente impossível), rege-se básica e essencialmente pela vontade dos seus sócios/associados.

A razão de existir das fundações, em princípio, não é os seus membros, nem instituidores, embora até possa com eles contar, mas sim o seu patrimônio, destinado a determinado fim. São os bens que compõem o seu acervo que garantem a concretude dos propósitos idealizados pelo instituidor. Por conta disso, entendem alguns pela inalienabilidade

dos bens, já que diretamente vinculados às suas finalidades.

Neste sentido, é a doutrina de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

O estudo das fundações comporta ainda exame de outros aspectos de maior interesse. Um deles é atinente à inalienabilidade dos bens que integram o patrimônio das fundações. Normalmente, esses bens são inalienáveis, porque sua existência é que assegura a concretização dos fins visados pelo instituidor. Não podem eles, portanto, ser desviados de seu destino. Todavia, em casos especiais, comprovada a necessidade da venda, pode esta ser autorizada pelo juiz competente, com a audiência do Ministério Público, para a oportuna aplicação do produto em outros bens destinados ao mesmo fim<sup>19</sup>.

E prossegue, anotando ainda que em casos específicos já se decidiu que a “venda sem licença da autoridade judicial é nula, podendo ser reivindicado o imóvel alheado”<sup>20</sup>.

Entretanto, segundo JOSÉ EDUARDO SABO PAES, “existem outros bens que não sofrem essa limitação, pois eles são justamente destinados a propiciar meios para a realização dos objetivos da fundação, como, por exemplo, dotação em dinheiro ou outros móveis ou imóveis não vinculados diretamente aos fins da entidade”<sup>21</sup>.

Diante da existência de bens mais relevantes e, em princípio, insuscetíveis de serem vendidos por integrarem o patrimônio destinado à finalidade da fundação e outros, de menor expressão, que podem ser livremente alienados para investimentos à consecução do seu mister, é que também se entende pela necessidade do Ministério Público opinar pela possibilidade de venda, justamente para que haja certeza de que a pretendida alienação não comprometerá as finalidades da fundação.

De toda forma, a alienação do patrimônio das fundações é questão que guarda certa polêmica diante do rigor com o qual é tratada pelos órgãos fiscalizadores e até mesmo pelo Poder Judiciário. Sempre que se falar em fundação privada, no que se refere ao seu patrimônio, é preciso lembrar que, na prática, “é coisa privada administrada como se pública fosse”<sup>22</sup>.

Já numa associação (instituto) impera maior liberdade no tocante à disponibilidade

---

<sup>19</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 125;

<sup>20</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 125;

<sup>21</sup> PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social**: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 203;

<sup>22</sup> PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social**: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 203;

do patrimônio. Via de regra, a forma de alienação é regulada no Estatuto, reservando-se, não raro, a autorização de venda para a Assembleia Geral (dos associados), mediante deliberação inclusive por quorum privilegiado. Todavia, este método de pesos e contrapesos, nem de longe se assemelha à direta e reiterada intervenção do Ministério Público no trato do assunto, quando se relacionar a uma Fundação.

Convém recordar que o art. 66, do Código Civil, dispõe que velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. E o art. 1200, do Código de Processo Civil, menciona que, na análise das alterações estatutárias, o Ministério Público verificará se foram observadas as bases da fundação e se os bens são suficientes ao fim a que ela se destina. Por “bases”, entende-se os seus fins. Assim, interpretando-se conjuntamente esses dispositivos, tendo-se em mente ainda a natureza jurídica das fundações, que nascem para buscar propósito específico, dele não podendo se desviar, com patrimônio destacado para tanto, parece plausível a necessidade de prévia autorização do Ministério Público para a venda de bens que possam comprometer as finalidades da fundação, sejam eles móveis de maior valor ou imóveis.

Em relação à venda de bens imóveis, a necessidade de apreciação e concordância do Ministério Público é, no mais das vezes, recomendada. Se não aquiescer, poderá ser submetida a matéria ao Judiciário, que avaliará se a recusa tem procedência.

Convém ainda consignar que é assegurado o direito de se buscar, perante o Poder Judiciário, o suprimento da aprovação do estatuto e/ou sua alteração, negada pelo Ministério Público. Ou seja, uma ação judicial tencionando a aprovação do estatuto e/ou de suas alterações pelo Juiz. O art. 1201, § 1º do Código de Processo Civil, prevê, expressamente, que a aprovação do Ministério Público pode ser suprida pelo Poder Judiciário.

Para a doutrina, a função do Ministério Público, enquanto agente incumbido de apreciar e aprovar o estatuto, é a de fiscalização.

Recebendo o estatuto, cumpre-lhe, como diz o Código, verificar ‘se foram observadas as bases da fundação e se os bens são suficientes ao fim a que ela se destina’. ‘Bases da fundação’ são, numa palavra, o objetivo desta, determinado pelo instituidor. E ‘bens’ serão aqueles que o instituidor tenha especificado (Cód. Civil, art. 24<sup>23</sup>) e outros a esses acrescidos<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Refere-se ao Código Civil de 1916; que corresponde, ao atual (CC/2002), ao art. 62;

E vai adiante CASTRO FILHO, ponderando que,

No exercício da atuação que lhe traçou o Código, ao Ministério Público se abre oportunidade para verificar, no estatuto apresentado, se neste foram consignadas as bases que lhe marcara o instituidor. A mais não vai, nem pode ir, o Ministério Público, ressalvada a hipótese de que possa encontrar, quer no estatuto, quer, até mesmo, nas bases prefixadas pelo instituidor, disposição, ou objetivo, contrário ao interesse público<sup>25</sup>.

No entanto, frise-se que, ao se levar a matéria ao Judiciário, será instalado o contraditório, através do qual, de um lado, estarão os instituidores e/ou a própria fundação para sustentar seus pontos de vista, com a fundamentação jurídica que lhes socorrer, e, de outro, o Ministério Público também fará o mesmo, cabendo, no final, ao juiz decidir qual texto estatutário prevalecerá. Dessa demanda, poderá, inclusive, surgir uma terceira minuta, que preserve cláusulas propostas por um e por outro, ou até mesmo inserir e suprimir outras, de acordo com as convicções do Juiz a respeito do assunto.

É que

[...] ao juiz cabe solucionar a controvérsia que se tenha estabelecido entre o apresentante do estatuto e o Ministério Público. Homologa a redação elaborada pelo instituidor ou pessoa por este designada, ou determina que se façam no estatuto as modificações sugeridas pelo Ministério Público (art. 1.291), que acha devam ser atendidas, ou as modificações que ele próprio prescreve, com o poder que tem de agir *ex officio* (art. 1.107), ou de ‘adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna’<sup>26</sup>.

Antes de encerrar essas breves notas, frise-se que a natureza jurídica de uma fundação consiste num lote de bens destacados e gravados para a consecução de um propósito específico e, em princípio, inalterável durante sua existência. Adquire personalidade jurídica. Desgarra-se dos fundadores e, a partir de então, segue seu caminho na busca dos seus fins, submetendo-se a constante e permanente fiscalização do Ministério Público, desde alterações estatutárias, passando pela submissão das contas à aprovação, como também à necessidade de

---

<sup>24</sup> CASTRO FILHO, José Olympio de. **Comentário ao Código de Processo Civil**, v. X: arts. 1.103 a 1.220. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 305;

<sup>25</sup> CASTRO FILHO, José Olympio de. **Comentário ao Código de Processo Civil**, v. X: arts. 1.103 a 1.220. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 306;

<sup>26</sup> CASTRO FILHO, José Olympio de. **Comentário ao Código de Processo Civil**, v. X: arts. 1.103 a 1.220. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 308;

prévia autorização para se desfazer de bens, notadamente os imóveis. Numa sentença, é uma entidade engessada, sob este ângulo de análise.

Já uma associação, que pode ser chamada de instituto, é uma figura jurídica mais simples, maleável, que permite ter seu objeto social alterado ao longo de sua existência. Sujeita-se à vontade dos seus associados, que decidirão praticamente todas as matérias, notadamente aquelas expressamente previstas no Estatuto, em assembleia. Suas contas não precisam ser submetidas à aprovação do Ministério Público e, na alienação imobiliária, bastará seguir o rito previsto no estatuto. Ademais, seus associados não se apartam dela, podendo ocupar cargos diretivos sem a menor controvérsia. Em regra sua finalidade é não lucrativa, reinvestindo o superávit no seu mister. Também não distribui resultado e/ou lucros a seus membros.

Além disso, em tese e caso preencha os requisitos e condições legais, poderá ser reconhecida como uma OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público). OSCIP consiste num reconhecimento ou titulação feito pelo Ministério da Justiça. É uma certificação, uma vez atendidos os pré-requisitos ditados na legislação. Quem a possui pode mais facilmente ter acesso a convênios com o governo e órgãos públicos (federal, estadual e municipal).

A OSCIP é regulada fundamentalmente pela Lei nº 9.790/99. A qualificação de OSCIP é concedida pelo Ministério da Justiça, depois da avaliação do respectivo estatuto, que deverá atender, especialmente, o que preconizam os arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º desta norma. Todavia, tentar ser ou não uma OSCIP é uma deliberação interna da própria associação. Ou seja, é uma faculdade, não uma obrigação, podendo existir, como tantas assim o fazem, sem esta titulação.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Buscou-se neste estudo, em brevíssimas notas, discorrer acerca das figuras jurídicas fundação e associação (instituto), com vistas a aclarar aspectos, traçar horizontes e analisar situações para auxílio na tomada de decisões em casos concretos. Procurou-se mostrar pormenores do funcionamento da fundação e sua estreita flexibilidade, não se esquecendo que sofre, desde sua criação, constante e reiterada fiscalização do Ministério Público, a começar pela própria aprovação do estatuto. Na verdade, é possível conjeturar que uma fundação mais se aproxima da coisa pública, gerida por particulares, já que seus propósitos são externos e



desconectados do instituidor.

Uma associação diferente consideravelmente. Surge para congregar pessoas e seus interesses, sem finalidade lucrativa, nem distribuição de resultados. Seus atos serão praticados, em regra, para resguardar anseios desta coletividade interna, isto é, seu quadro de membros. Todavia, nada impede que os fins sejam para auxiliar terceiros, inclusive em práticas altruísticas. Outra importante diferenciação é a ausência de controle de um órgão externo, como ocorre nas fundações pelo Ministério Público. Ademais, é da reunião de pessoas (associados), que se fundamenta a associação. E os associados jamais dela se apartam, salvo por demissão voluntária ou exclusão, na forma da lei, formando o que se chama de quadro de membros. A administração, respeitados os preceitos estatutários, será exercida pelos associados.

Não era propósito ocupar-se de aspectos tributários atinentes a uma ou outra figura jurídica. Sobre este prisma, há campo para se realizar um outro estudo.

E quanto ao instituto, pode-se consignar que não se trata de figura jurídica propriamente dita e autônoma, sendo antes uma mera expressão empregada na denominação, tanto de uma fundação, quanto associação. Ou seja, nada impede que se constitua uma fundação e lhe chame de “instituto fundação de apoio e assistência aos idosos”, por exemplo, se esta for sua finalidade. Do mesmo modo, é perfeitamente possível criar uma associação para auxiliar crianças carentes, nominando-a de “instituto de apoio às crianças necessitadas”, por exemplo.

Ao fechar este artigo, merece registro, que, não obstante com um grau maior de engessamento, a fundação poderá, em tese, se encaixar perfeitamente para os propósitos numa determinada situação. O mesmo, também em tese, pode ocorrer com a figura jurídica da associação (instituto). Assim, caberá aos interessados, depois de refletir serenamente sobre a real intenção, decidir acerca da natureza jurídica que pretendem conferir ao seu braço social.

## REFERÊNCIAS

- CASTRO FILHO, José Olympio de. **Comentário ao Código de Processo Civil, v. X: arts. 1.103 a 1.220**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 303-4.
- DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das fundações privada**. 3 ed. Lemos e Cruz Publicações Jurídicas : São Paulo, 2007, p. 348.

DUARTE, Nestor. **Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002** : contém o Código Civil de 1916 / coordenador César Peluso. 5. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil Parte Geral**. São Paulo : Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 124-5.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 2. ed. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, p. 221.

ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002** : contém o Código Civil de 1916 / coordenador César Peluso. 5. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2011.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II, 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 487.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 4 ed. São Paulo : Atlas, 2004, p. 299.

RECEBIDO EM: SET/2012

APROVADO EM: NOV/2012