

FUNDAÇÃO. SUA CONCEITUAÇÃO NA DOCTRINA JURIDICA. COMO SE ORIENTOU NO ASSUNTO O NOSSO CODIGO CIVIL .(*)

PROF. DOLOR BARREIRA

(Catedrático de Direito Civil)

1 — É muito vária a conceituação da fundação na doutrina jurídica. Nesta, com efeito, variam os princípios e normas a que deve obedecer a sua construção.

Lacerda de Almeida, que escreveu a respeito do assunto em 1905, depois de dizer que “a fundação não tinha ainda entre nós *individualidade própria*, não podendo, portanto, em tais circunstancias, pretender o character e predicamento de pessoa jurídica; que este nasceu de disposições ordinariamente testamentárias, assinando o testador bens ou património para certa obra pia ou humanitária, se quizerem, sem designar a pessoa a quem se incumbiria o desempenho da disposição, e consequentemente a organização e administração da obra pia ou de pública utilidade; que duvidas surgiram a princípio, e ainda hoje trabalham certos espiritos respeito à validade da disposição feita, como observam, a pessoa não existente, pois o instituidor é quem a faz nascer juntamente com o patrimonio destinado a garantir-lhe a existencia e perpetuidade; que a natureza das coisas, porém, reagiu, como soi, contra os ápices da teoria, e ainda uma vez triunfou a necessidade imperiosa de sancionar um facto lícito, útil e realizavel, a despeito do tradicionalismo emperrado dos textos”; escreve, em seguida :

(*) — Excerto de um trabalho sobre Fundações a ser publicado.

“É construção esta admitida pelo Direito alemão e consagrada no moderno Código Civil do Imperio; o Projecto Bevilaqua adotava-a, e em face dos princípios de doutrina não vejo razão para que os Tribunais rejeitem entre nós por nula disposição assim concebida”. (1).

Dando assim como assente a validade das fundações *como instituto jurídico capaz de personalidade própria*, pergunta o egrégio civilista: Em que é que se encabeçam os direitos que lhes pertencem? Que é que na fundação, *simples património administrado*, constitue pessoa jurídica? Onde reside nela a personalidade? (2).

2 — Para uns — responde ele — *reside ela nos bens; a fundação é um património sem sujeito*.

Lacerda de Almeida, entretanto, critica essa teoria e a dá como insustentavel, dizendo:

“A própria natureza das coisas, porém, está mostrando a inconsequencia de tal teoria: *não ha relação jurídica sem sujeito*, ou antes, a relação jurídica é a ligação e nexos dos dois termos, objeto e sujeito”. (3).

3 — Outros — continua o grande mestre — outros, incorrendo em igual censura, confundem estes dois termos em um só, e afirmam que o patrimonio, isto é, o complexo de direitos e obrigações atribuidos à fundação, *é o próprio sujeito* desses direitos. (4).

(1) — Das Pessoas Jurídicas, Capitulo VII, pags. 69 e 70.

(2) — Obr. cit., pag. 70.

(3) — Ob. cit., pag. 70.

(4) — Obr. cit., pag. 70.

Parece ser esta a opinião de Windsheid, quando escreve:

“Nel nostro diritto, si presentano como persone giuridiche le seguenti :

3. Compendi patrimoniali. Quale soggetto di diritti ed obbligazioni si concepisce il patrimonio stesso, al quale appartengono. Tale é p. es. il caso dell'hereditá giacente. Ma é pur tale il caso del fisco... *Da ultimo, troviamo in fondo lo stesse punto di vista, quando si parla di fondazioni come persone giuridiche. Poichè per fondazione s'intende solo il patrimonio destinato ad un dato scopo. Se il conseguimento dello scopo della fondazione s'incarna in un istituto — cosa che non è necessaria — colla personificazione del patrimonio concorre la personificazione dell'istituto”* (Diritto delle Pandette, vol. 1, § 57, pag. 235).

Subsiste, neste particular, pelos mesmos motivos, a critica feita à teoria anteriormente exposta e criticada.

4 — Ainda outros — prosegue Lacerda de Almeida — sustentam que o sujeito dos direitos e obrigações atribuidos às fundações é o destino dos bens, asserto que o ínclito direitista impugna, afirmando :

“...ora, o destino é mera abstração, e uma abstração não pode ser sujeito de relações jurídicas”. (5).

5 — Entendem outros, outrossim, que o sujeito das relações jurídicas nas fundações são *as pessoas a quem aproveita a instituição pia ou os bens no destino a que se aplicam.*

(5) — Obr. cit., pag. 70.

É a teoria esposada por alguns teóricos, inclusive o grande Ihering, que com efeito considera os *destinatarios* os sujeitos de direito nas fundações. (6).

Essa teoria — diz Lacerda de Almeida — oferece à primeira vista grande vislumbre de verdade, pois o direito é de quem o exerce e em cujo proveito foi estabelecido. É esta a regra. Acrescenta, porém, logo em seguida, refutando-a:

“Mas, ainda sob a forma de pessoa indeterminada, e explicado pela teoria das pessoas indeterminadas, a qualidade de sujeito não se coaduna com as pessoas a quem aproveita a obra pia ou humanitaria ou de pública utilidade.

Determinado ou indeterminado o sujeito de um direito, bem observa Clóvis Bevilacqua, deve poder-lo exercer por si, o que, se não acontece com as associações ou corporações, muito menos com as fundações, porque as associações tem as suas assembleias gerais, que deliberam sobre o modo de exercer os direitos a elas pertencentes, podem dispôr do seu patrimonio para o caso de extinguirem-se, e estabelecem élas próprias os seus estatutos ou lei fundamental — norma de sua existencia coletiva; ao passo que nas fundações os supostos titulares do direito, os supostos sujeitos da relação jurídica não podem fazer valer a minima parcela de direito; são beneficiados, aceitam a esmola, os curativos, a educação: nisto tão somente cifra-se o seu direito, o qual nem usufruto se poderia chamar, por faltarlhe tudo o que caracteriza esse direito real”.

(6) — *Esprit du Droit Romain*, vol. 4º, pag. 430.

Lacerda de Almeida continua na sua refutação, escrevendo:

“Outra razão mais convincente ainda do que a do ilustre autor do Projeto do Código Civil é a de G. de Lapradelle, o qual, objetando à opinião do grande Ihering, diz que, se o sujeito do direito, v. g. de um hospital instituído em benefício dos doentes do município, são os doentes desse município deverá então o prefeito, que é o legítimo representante de todos os munícipes, ser o sujeito dos direitos da fundação, a pessoa jurídica da mesma e, nesse caso para que personificar o hospital, dando-lhe entidade, quando o sujeito real existe?” (7)

6 — Cunha Gonçalves, à sua vez, taxando de errado o conceito de Ihering, diz — rebatendo-o — que os destinatários não têm, nas fundações, em regra, direito algum, mas somente um *interesse impessoal*. As fundações — acrescenta o notável civilista português — são, sempre, a favor de *pessoas indeterminadas*, como os *pobres, doentes, orfãos, etc.*; e, por isso, o interesse de *qualquer pessoa* em se utilizar d’uma fundação é *objetivo*, derivado somente de estar nas condições visadas pelo fundador; e não pode servir de base a uma reclamação individual”. (8)

O mesmo Cunha Gonçalves, ainda em referencia à teoria esposada por Ihering, de que as fundações são patrimônios cujos sujeitos são os destinatários escreve:

“Foi esta, de certo, a primitiva concepção dos canonistas, que, pretendendo adaptar às fundações o

(7) — Ob. cit., pags. 71 e 72.

(8) — Tratado de Direito Civil, vol. 1º, pags. 786 e 787.

conceito romano da *universitas*, consideravam os asilos como *collegia miserabilium*, as leprosarias como *universitas leprosororum*, etc.”.

Todavia o insigne tratadista observa:

“Mas esta concepção não coresponde à realidade, já porque os beneficiarios das fundações, que mudam quotidianamente, e podem até ser anônimos, nenhum direito exercem no patrimonio delas, ou não são os sujeitos dos respectivos direitos e obrigações, já porque *a vontade do fundador impera perpetuamente* no destino da fundação, já porque ha fundações *sem destinatarios* (monumentos, templos, sufragios, lampadas votivas, etc.) ou destinadas a toda a humanidade sem distinção de pessoas, como *os premios Nobel*”. (9)

7 — Para outros, de outra parte, como o ilustre autor da “Teoria das Fundações Perpetuas”, o sujeito em quem se personifica a fundação é o Estado, por eles considerado *proprietario* dos bens das fundações, das quais são administradores os individuos disso encarregados, e *usufrutuários* ou beneficiados aqueles em cujo proveito foi criada a fundação.

Lacerda de Almeida, que a menciona, salienta que essa solução não lhe parece a melhor, “conquanto assás engenhosa”.

É que, no seu sentir, “além de perigosa e iniqua, pois arma o Estado de poderes discricionários sobre bens e direitos que lhe não pertencem, invertendo a posição do Estado, de simples mantenedor da ordem jurídica em dono dos direitos por esta assegurados, tal teoria incorre na pecha comum às outras,

(9) — Obr. cit. vol. 1º, pag. 746.

que é, ao seu ver, ir de encontro não só à consciência íntima do indivíduo ou da coletividade que por determinação do instituidor governa e dirige a fundação, mas ainda e igualmente à consciência geral, que afirma o contrario”.

E acentua :

“A pessoa singular ou coletiva que administra a obra pia, a fundação, sente-se por ventura representante do Estado ? Reconhece-se mandatário dos pobres ou dos orfãos ou de qualquer dos beneficiados pela fundação ? Julga-se órgão (se isso admissível fosse) da pura universabilidade de bens, patrimônio da fundação ? Não, evidentemente. O administrador ou a administração do instituto de caridade ou de utilidade pública não pode convencer-se de que é órgão ou representante de qualquer dessas entidades, reais ou abstratas; é sim órgão e representante do pensamento e vontade do instituidor, encarna o pensamento dele, corporifica-lhe a vontade, realiza-lhe os intuitos. De que maneira ? É questão de construção jurídica”. (10)

8 — Ferrara, por seu lado, atribue a qualidade de sujeitos de direitos das fundações aos respectivos gerentes e administradores. (11)

O grande civilista italiano, porém, abandonou mais tarde essa orientação — adverte-nos Cunha Gonçalves, que, a seu turno, manifestando-se sobre o assunto, escreve :

“É inadmissível, por *contraria à evidencia*, a

(10) — Obr. cit., páginas 72 e 73.

(11) — PERSONE GIURIDICHE e TRATTATO DI DIR. CIV. I, pag. 607, not. 2.

asserção de que os administradores das fundações, *que as vezes mudam de ano em ano*, sejam os sujeitos dos direitos e obrigações delas. Com razão disse Dias Ferreira: "Nas corporações os bens não pertencem nem àqueles que representam essas instituições e administram esses bens, *de que aliás devem dar contas*, nem aos que se aproveitam dos serviços prestados por essas instituições e em cujo favor elas foram criadas". (12)

9 — Lacerda de Almeida sugere uma solução, que lhe parece resolver a controversia. É assim que ele a expõe, depois de passar em revista, como vimos, as diversas opiniões e teorias que mencionou e criticou :

Do mesmo modo que as corporações são as fundações pessoas jurídicas, e nesta qualidade compõem-se dos dois elementos, *corpus* e *animus*. O *corpus*, que nas associações é, em regra, uma coletividade de mais ou menos vastas proporções, a qual se distribue em membros e órgãos, aqui consta de uma pessoa ou grupo limitado de pessoas, tantas quantas bastem para a respectiva administração. A fundação *não tem membros*, tem sim *órgãos* : os membros que na associação compreendem toda a coletividade, aqui falham por completo, porque em seu lugar ha beneficiados, ha coparticipantes das vantagens criadas pelo instituidor, não ha titulares do direito. O *animus* é a vontade do instituidor, que se corporifica nos órgãos da fundação, isto é, na administração dela, não mobil e modificavel como nas associações

(12) — Obr. cit., vol. 1º, pags. 746 e 747.

mas cristalizada e imóvel em sua expressão verbal como ultima vontade; não vivendo no animo de cada um dos individuos como nas associações de que são representantes os que as dirigem e governam; mas morta para a vida actual, e só tendo por órgãos os administradores, nos quais se encarna.”.

E acrescenta, justificando com uma explicação argutamente filosofica o seu ponto de vista :

“A analogia, que em outro lugar mostramos existir entre o direito em sua formação e desenvolvimento e a linguagem em sua morfologia e evolução, torna-se ainda uma vez visível aqui. *A fundação é uma instituição juridica com sujeito oculto*, assim como a associação ou corporação é uma instituição com sujeito claro. E do mesmo modo que a linguagem corrente aceita, e nem lhe prejudicam, ao contrario, aumentam-lhe a clareza e energia, as orações elíticas no sujeito, do mesmo modo a Jurisprudencia, que é o Direito em sua feição pratica, admite e reconhece as fundações, relação jurídica onde o sujeito não aparece, sem que contudo a elaboração scientifica, como a gramatica em relação à frase, deixe de investigar qual ele seja e onde existe”. (13)

10 — Ocupando-se da materia relativa à *natureza do ato da fundação*, Cunha Gonçalves, depois de dizer que esta é “rejeitada como pessoa colectiva por muitos escritores franceses, que a ignoram, só por ser desconhecida na legislação do seu país”, salienta que eles preferem, por isso, “explica-la como

(13) — Ob. cit., pags. 73 e 74.

doação onerosa, ou como depósito de capital e mandato anexo, ou como alienação sob condição resolutive e até como simples contrato oneroso. (14)

Afirma, porém, que, “pelo contrário, na Alemanha, cujo Código regula as *Stiftungen* nos arts. 29º90º, e onde esta matéria é brilhante e largamente discutida, o *acto de fundação* é desdobrado em *acto destinado ao nascimento do ente* e em *disposição patrimonial*. E, assim, enquanto Gierke designa o primeiro como *acto social de criação* e a segunda como *oferta de doação à fundação nascitura*; e Kohler afirma que tanto o acto de criação, como a dotação são actos unilaterais, que formam um tipo próprio de negócio jurídico, — Karlowa vê nos dois factos um só *acto de autonomia*, criador do sujeito de direito; enquanto outros, como na França, só encontram na fundação uma doação a pessoa indeterminada ou futura. (15)

Prossegue Cunha Gonçalves dizendo que “a teoria da *criação* é inadmissível, porque não é o fundador quem confere a personalidade”. E explica :

“A fundação é um acto jurídico *sui generis*, analogo ao testamento, e como este um acto *unilateral*, quer esteja incluído em disposição de ultima vontade, quer num contracto, acto para cuja validade se exige no fundador os requisitos de capacidade e vontade, e que produz efeitos jurídicos independentemente de aceitação, ficando firme e irrevogavel

(14) — Vejam-se de Lapradelle, *Théorie et pratique des fond. perpet.*; Lévy-Ullmann e Grunebaum, *Essai sur les fond. par testament* na *Rev. trim.*, 1904, pag. 253; Planiol, *Traité*, n. 3030; Fenélon, *Les fond. et établiss. eccles.*, pag. 83; Dejust, *Fondations des messes*, p. 30; etc..

(15) — Radulesco, *La fondations privée dans le dr. alem.*; Dornburg, *op. cit.*, I, pag. 592; Meurer, *Jurist. Person.*, pag. 248; Coviello, *Manuale*, pag. 204; Romano, *Fondazione di persona giuridica*, no *Foro Ital.*, 1912.

mesmo que o fundador depois morra ou se torne incapaz”.

Continua :

“O *acto de dotação* é quase sempre anexo ao da fundação; é um *acto accessorio*, de sorte que, anulada a fundação, fica aquele sem efeito; mas anulada a dotação, subsistirá a fundação. É um *acto de disposição*, e, por isso, o fundador, além da capacidade geral de agir, deve ter a capacidade especial de alienar; e, como se trata de uma *disposição a titulo gratuito*, poderá esta ser impugnada pelos credores com a *ação pauliana*, e pelos herdeiros legitimarios com a *ação de redução por inoficiosidade*; enfim, o fundador não será responsável pela evicção dos bens da dotação”.

E, depois de notar que a fundação, e, portanto, a dotação podem ser feitos por acto entre vivos ou por testamento, e de perguntar: *Mas qual é a natureza jurídica do acto de dotação?*, escreve :

“Quanto ao acto entre vivos, a opinião dos escriptores franceses atraz referida é contestada na Alemanha e na Italia, dizendo-se que não é uma *doação*, porque não é um contracto e não existe ainda o *donatario*. Mesmo que no acto da dotação intervenha uma autoridade pública, ou outra pessoa: presidente da Camara, bispo, provedor ou administrador de uma instituição de caridade, etc., esta pessoa não é nem poderá ser o *aceitante da doação*, porque tambem não é o *donatario*, mas apenas um *testis solemnus*”.

E, concluindo a sua douda argumentação:

“Por isso, *este acto é um negocio juridico especial, QUE SE PODE CHAMAR DE DESTINAÇÃO* e que recorda as figuras juridicas similares do direito canonico: *a dedicatio* e *a consecratio*. *Esta doutrina é admissivel e pode ter em direito positivo o seu assento nas palavras “fundadas” e “fundações”, que se lêem nos arts. 32º e 37º, e sobretudo nas frases “bens de dotação ou fundação”, que se lêem nos arts. 1º § 1º e 11º da Lei de 4 de abril de 1861 e que dizem alguma coisa de diverso das doações.”*

Cunha Gonçalves prossegue, lecionando :

“Quanto à disposição testamentaria, dizem uns que ela é nula, porque não se pode instituir herdeiro ou legatario a uma pessoa inexistente; replicam outros que há uma pessoa *embrionaria* e tanto basta para que a disposição seja valida; e ainda outros, rejeitando as duas opiniões anteriores, sustentam que a fundação testamentaria não é uma instituição de herdeiro nem um legado, mas sim *um acto juridico autonomo de destinação* de um patrimonio para uma obra, é um *tertium genus* ; acrescendo que a validade da fundação por testamento tem a seu favor uma tão longa tradição, desde o direito romano, que se pode dizer que existe um direito consuetudinario” (16)

11 — Os conceitos ora expendidos por Cunha Gonçalves calham de todo ponto ao direito brasileiro.

(16) — Obra citada, vol. 1º, pags. 769 a 771.

Realmente, embora se possam aplicar às fundações os princípios relativos às doações, como, *verbi gratia*, o de que o fundador *como o doador* não será responsável pela evicção dos bens da fundação e o de que, “como actos a titulo gratuito, a fundação e a dotação podem ser revogadas, nos mesmos casos e pela mesma forma em que o podem ser as doações”, (17) a verdade é que não se trata de *uma doação propriamente dita*, já porque não é um contracto, já porque se o instituidor pode ser considerado um doador, não existe simultaneamente o *donatario*, circunstancia sem a qual é inadmissivel a existencia de uma doação.

A fundação — na frase de Cunha Gonçalves — outra coisa não pode ser havida do que *um negocio juridico especial, que se pode chamar de destinação, melhormente, um acto juridico autonomo de destinação de um patrimonio para obra certa e determinada.*

Nem ha nenhuma dúvida de que, em verdade, o nosso Código Civil se filia a essa ordem de idéias, quando por estes termos diz no seu art. 24 :

“Para criar uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura publica ou testamento, *dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina* e declarando, se quizer, a maneira de administrá-la”.

(17) — Cunha Gonçalves, obr. cit., vol. 1º, pags. 770 e 772.