

# Fundações criadas por testamento

*Mario Masagão*

Muito se tem discutido entre nós, inclusive num rumoroso pleito, se o estabelecimento de fundação por ato de última vontade, onde se destinem bens para seu patrimônio, constitue caso de herança, ou de legado, de conformidade com os termos da instituição.

Rebelamo-nos contra essa maneira de encarar o problema.

E' certo que a fundação, ou já existente, ou ainda em embrião (por ter sido criada por outrem e se achar em via de aperfeiçoamento) pôde ser nomeada, por qualquer testador, herdeira ou legatária.

Mas, quando o próprio testador a institue, destinando-lhe bens livres, — tal destinação não constitue herança, nem legado. E' ato jurídico de outra espécie, a saber, *doação*.

Esse é o princípio vigente em nosso direito positivo, como adiante demonstramos. E domina atualmente no direito de todos os países cultos, com excepção da França.

Semelhante excepção ocorre porquê a doutrina francesa, apesar de antiquíssima tradição jurídica em contrário, está empedernida em negar a própria figura da fundação autónoma, desconhecendo-lhe personalidade, e explicando-a com as formas mais disparatadas, como "doação onerosa", "depósito de capital com mandato anexo", e outras que tais. (Vejam-se PLANIOL e RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, ed. de 1925, vol. I, § 78; LEVY-ULMANN ET GRUNEBaum-BALLIN, *Essai sur les fondations par testament*, in Re-

vue Trimestrielle de Droit Civil, 1904, pg. 235; FÉNÉLON, *Les fondations et les établissements ecclésiastiques*, 1902 pg. 83; DEJUST, *Fondations des messes*, pg. 30, e outros).

Na Alemanha é de longa data pacífico, assim na doutrina como na jurisprudência, que a destinação de bens, constitutiva da fundação, não é instituição de herdeiro, nem de legatário, mas *dotação*, figura inconfundível com aquelas outras, porque tem o fim especial de dar vida a uma nova pessoa jurídica, consubstanciada nos próprios bens que para isso se reservam. E nenhuma dúvida pôde rasoavelmente surgir nêssa matéria diante das demonstrações feitas por WARNEYER, *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch fuer das Deutsch Reich*, Tuebingen, 1930, vol. I, pgs. 104 e segs; SARTORIUS, palavra "Stiftungen", no *Worterbuch Deutschen Staats-und Verwaltungsrechts*, de STEN- GEL e FLEISCHMANN, Tuebingen, 1914; OERTMANN, *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen*, Berlin, 1927, pg. 215 e segs; PLANCK, *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch nebst Einfuehrungsgesetz*, Berlin, 1913, vol. I, pg. 151 e segs; VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Buergerlichen Rechts*, Leipzig, 1910, vol. I, pg. 599, e, em geral, por todos os civilistas alemães modernos.

Na Itália o mesmo princípio é exposto e aceito pelos mais recentes autores, e magnificamente defendido pelo egrégio ROMANO, *Fondazione e Dotazione di Persone Giuridiche*, em *Il Foro Italiano*, 1912, vol. III, coluna 36 e segs; por COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, Milano, 1924, pg. 217 e *passim*; por FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, pgs. 792 e segs., e outros. E a jurisprudência italiana já vai consagrando a doutrina, apesar de alguns julgados ainda se prenderem à antiga concepção da fundação testamentária como instituição de herdeiro ou de legatário.

Esse retardamento da jurisprudência tem na Itália causa especial, inexistente no Brasil, e que é, no dizer de ROMANEL-

LI, a deficiência da lei italiana quanto a normas sôbre pessoas jurídicas: “E ciò si dovette en gran parte alle deficienze del nostro sistema legislativo cosi povero di norme generali in materia di persone giuridiche” (*Il Negozio di Fondazione*, Napoli, 1935, pg. 13).

No Brasil a legislação exclúe dúvidas.

Realmente, no art. 16 n.º I da Parte Geral, o Código Civil inclúe as fundações entre as pessoas jurídicas de direito privado. Incontestável, assim, a personalidade, de que élas se revestem.

O áto de destinação de bens, institutivo da fundação, tem, consequentemente, por objeto, *criar uma pessoa jurídica*, que deve cumprir a finalidade visada pelo instituidor.

A nomeação de herdeiro, ou de legatário, supõe a existência, atual ou embrionária, do sujeito, a quem a liberalidade beneficía.

A instituição da fundação, ao contrário, visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar êsses bens em pessoa jurídica, atribuindo-lhes fim especial a que, como pessoa, ficarão jungidos.

Por isso é que CLOVIS define a fundação “uma universidade de bens personalizada em atenção ao fim, que lhe dá unidade” (*Cod. Civ. Comentado*, Obs. I ao art. 24). E ESPÍNOLA define-a como “o complexo de bens destinado a certo fim, e que, para consegui-lo, assume o carater de pessoa jurídica.” (*Anotações ao Cod. Civil*, vol. I pg. 404).

Além dessa diferença, que distingue visceralmente o áto creador de fundação do áto que institue herdeiro ou legatário, ocorrem as seguintes:

I — A nomeação de herdeiro ou de legatário somente pode ser feita por testamento. Ao contrário, a destinação de bens, constitutiva de fundação, tanto pode ser feita por testamento como por qualquer escritura pública (Cod. Civil, art. 24).

II — O herdeiro, ou legatário nomeado, recebe o benefício somente quando se abre a sucessão. Ao contrário, a fundação, quando decorrente de ato *inter vivos*, opera a deslocação dos bens do instituidor durante a vida deste.

O crear-se a fundação por testamento nada tem, pois, de comum com a instituição de herdeiro ou de legatário. Como negócio jurídico autónomo, tem também denominação especial, que acertadamente lhe dá a nossa lei: é uma *dotação*. (Código Civil, art. 24).

Se ninguém confunde uma fundação feita por escritura pública simples com a nomeação de herdeiro ou de legatário, porquê há de surgir a confusão quando o instituidor prefere realizar a dotação por testamento?

Como observa ROMANO, “il testamento è un atto che, se normalmente serve per disporre, *mortis causa*, delle proprie sostanze in favore d’una o più persone, può anche contenere altre numerose ed indeterminabile manifestazioni di volontà. (*Fondazione*, cit., col. 38). Vide também CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Coimbra, 1929, vol. I, pgs. 771 e 772).

Diante dos termos inequívocos do art. 24 do nosso Código Civil, é absolutamente certo que o nosso direito consagra, nesta matéria, a conclusão a que chegaram os autores germânicos, e que, apesar das deficiências da lei italiana, ROMANELLI exprime dizendo que, quanto à fundação, “la volontà espressa nel testamento, od in un atto *inter vivos*, è principalmente diretta a far sorgere una persona giuridica, chiamare in vita un nuovo soggetto di diritti. Onde il negozio di fondazione non è nè vocazione di erede, o legato, nè donazione, ma un negozio che, esaminato in sè e per sè, e nelle finalità che si propone, assume una figura caratteristica, che gli da un proprio contenuto ed una propria autonomia.” (*Il Negozio di Fondazione*, cit., pg. 12).

Éssa é a verdade jurídica.

Os poucos escritores que, em alguns países, não a vislumbraram, debatem uma questão antiga, que em nosso direito atual não tem sentido. E' a questão de saber se a fundação instituída em testamento, e que só se aperfeiçoará depois de morto o testador, tem capacidade para ser contemplada no próprio testamento.

Repetimos que tal questão não tem sentido no nosso direito atual, porquê não se pode distinguir a criação da fundação da própria destinação de bens, que o testador faz.

Não existe a pessoa da fundação, separadamente dos bens que a constituem. Não se pode discutir sua capacidade para receber os bens, pois êstes próprios é que se personalizam, e passam a constituir a fundação, depois de cumpridas as formalidades legais.

Em suma, a questão de capacidade, que existe em relação a herdeiros ou legatários, não tem cabimento a propósito do instituto autónomo, que se chama *dotação*.

Supondo-se, porém, que, ainda entre nós, e apesar do disposto no art. 24 do Código Civil, alguém confundisse a dotação com a instituição de herdeiro, ou de legatário, e quizesse discutir a questão da capacidade, — néssa hipótese a conclusão seria pela existência de capacidade plena, pois de outra forma não se poderia cumprir aquele art. 24, que permite a fundação, com dotação de bens, por testamento.

O ponto ficou bem esclarecido quando se elaborava o Código Civil.

Havendo estabelecido os casos de incapacidade para receber por testamento, o "Projeto Clovis" consignou uma excepção em favor das fundações, nêstes termos: "Art. 1843 — A disposição para criação de uma fundação é válida." (*Trabalhos da Câmara*, vol. I, pg. 152).

RUY BARBOSA objetou que êsse artigo era supérfluo, porquê, se o Código autorizava instituir-se fundação por ato de última vontade, não era mister declarar, em outro

artigo, a validade dêsse ato. (*Trabalho do Senado*, vol. I, pg. 526).

O Senado concordou com Ruy, e suprimiu o preceito redundante, ficando apenas mantido o texto do atual art. 24.

Casos ha, entretanto, em que a questão da capacidade póde realmente surgir, com interesse jurídico. Êsses casos são três:

1.º — O testador institue a fundação, pela dotação de bens livres, especificando o fim, a que se destina, e, *além disso*, em seguida, nomeia a *mesma* fundação sua herdeira, ou legatária, quanto a outros bens.

2.º — O testador estabelece, para alguém, o encargo de instituir uma fundação, (instituição fiduciária) — e, do mesmo passo, nomeia tal fundação futura sua herdeira, ou legatária.

3.º — Algum testador nomeia sua herdeira ou legatária uma fundação que foi instituída por outrem, e que ainda se acha em via de aperfeiçoamento.

Em qualquer desses três casos pode perguntar-se se a fundação, que ainda não se acha completamente acabada, já terá capacidade para adquirir por testamento, à vista do disposto nos arts. 1717 e 1718 do Código Civil.

Mas a solução correta é pela afirmativa.

A fundação que está em vias de aperfeiçoamento, isto é, que se acha em estado de embrião, é equiparada, no direito de todos os povos cultos, ao nascituro, para efeitos sucessórios. Como no caso do nascituro, a capacidade da fundação, adquirida pela legalização completa, retrotrái, abrangendo a fase embrionária, e alcançando, portanto, a abertura da sucessão, que a beneficiou.

Tal equiparação ao nascituro funda-se na necessidade de proteger entes morais, cuja conservação interessa alta-

mente à sociedade, dados os seus fins de utilidade geral. Vejam-se ao propósito ENDEMANN, *Lehrbuch des Buergerlichen Rechts*, 9.<sup>a</sup> ed., vol. III, pg. 97; ARNOLD ESCHER, *Das Erbrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, vol. III, comentário ao art. 539; RICCI, *Corso di Diritto Civile*, vol. IV, n.º 289; CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, vol. I, n.º 110; CLOVIS, *Observação 2* ao art. 1717 do Código Civil.