FUNDAÇÕES DIRECTAS POR TESTAMENTO

Pelo DR. JOÃO MARIA M. D'ALMEIDA LIMA

1.º

Introdução

Quando um indivíduo pretende realizar uma fundação, isto é, que bens seus fiquem afectos ùnicamente a certo fim de utilidade geral, tem fundamentalmente duas maneiras de conseguir esse desiderato: a *fundação indirecta ou fiduciária* e a *fundação directa*. É esta a classificação fundamental e a terminologia unânimemente adoptadas pela doutrina (pelo menos a portuguesa e a francesa) que, no entanto, acèrrimamente discute a sua verdade ou possibilidade legal.

É claro que estes modos de fundar consideram-se possíveis tanto nos actos inter-vivos como nos mortis causa. Mas como os primeiros não nos interessam por princípio, tratemos da matéria tanto quanto possível só no campo dos testamentos.

Vejamos então em que consistem as duas maneiras fundamentais de fundar.

Essencialmente, a *fundação indirecta ou fiduciária* consiste na afectação de bens a um fim de utilidade geral através dum encargo ou modo que o testador impõe ao seu herdeiro ou legatário a quem deixou esses mesmos bens; esta espécie traduz-se, pois, numa herança ou num legado sub modo. *A fundação directa* dá-se quando o testador afecta directa e imediatamente bens seus à realização de um fim de utilidade geral sem os atribuir intermediàriamente a qualquer pessoa singular ou colectiva; esta segunda espécie implica a criação duma pessoa colectiva nova que será como que a proprietária dos bens assim deixados sem dono determinado.

Os autores (embora em França não todos) admitem ainda duas modalidades fundamentais de fundação indirecta: ou a herança (ou

legado) com o respectivo encargo é deixada a uma pessoa moral, ou é deixada a uma pessoa física; e pode já acrescentar-se que a fundação indirecta, em qualquer destas duas modalidades, não implica necessàriamente, como a fundação directa, a criação dum novo ente colectivo.

Michoud, por exemplo, analisa em quatro os processos de fazer uma fundação indirecta; diz ele, como aliás dizem todos, que o intermediário escolhido pode ser uma pessoa física ou uma pessoa moral; mas depois para cada um destes dois casos ele prevê duas hipóteses: o encargo imposto (quer à pessoa física quer à pessoa moral) pode exigir ou não que se crie uma nova pessoa colectiva. Na verdade, parecem ser estas todas as hipóteses que em esquema se podem verificar quando se emprega o processo indirecto de fundar.

Acerca deste quadro doutrinário, que temos estado a expor, dos modos de fazer fundações, tem havido larga controvérsia, principalmente entre os autores franceses, por lhe faltar uma base legal que não dê lugar a dúvidas, como acontece na Alemanha e na Suíça cujos Códigos Civis expressamente admitem, p. ex., as fundações directas. Mas a discussão mais importante e mais acesa é, na verdade, a que se trava sobre a possibilidade das fundações directas; estas, com efeito, só recentemente começaram a ser consideradas e admitidas em França, enquanto que na Alemanha e na Suíça elas já se encontram legalmente consagradas. Porém, entre nós e em França o problema continua a pôr-se, embora entre nós com menos ou mesmo nenhuma acuidade, como veremos.

Já sabemos, portanto, que uma fundação directa é aquela que consiste em um indivíduo destinar a totalidade ou parte dos seus bens directa e imediatamente a certo fim de utilidade pública sem os fazer passar intermediàriamente pela propriedade de uma pessoa singular ou colectiva jurìdicamente existente. Isto é, um indivíduo deseja constituir determinada obra de interesse geral, p. ex.: um asilo para inválidos pobres, e então, por acto entre vivos ou mortis causa, atribui directamente bens seus a essa obra, dizendo: dôo ou deixo estes meus bens para que se construa e mantenha um asilo para inválidos pobres. Não há, assim, neste caso qualquer pessoa singular ou colectiva existente a quem tenham sido deixados os bens, e estes, atribuídos a uma obra que, nesse momento, não tem personalidade ou nem mesmo existência de facto, ou atribuídos a uma vaga genera-

lidade de pessoas, pareceriam condenados a vogar sem governo na ordem jurídica e social, se isso fosse possível. É que, na ordem jurídica, todos os bens têm em si uma força imanente, semelhante à da gravidade na ordem natural, que os arrasta sempre e inexoràvelmente para a propriedade de alguém; a ordem jurídica não tolera bens sem dono, as «res nullius» não passam afinal de bens que a ordem jurídica desconhece.

Quando, portanto, um indivíduo deixa bens seus, não a qualquer pessoa jurìdicamente existente, mas a uma obra ainda a constituir, a uma obra que há-de ter mas ainda não tem naquele momento personalidade, um grave problema surge e ameaça a validade desse acto dum tão útil altruísmo: os bens não podem ser atribuídos ao vácuo, ao indefinido, têm de o ser a pessoas jurídicas, a pessoas que realmente existam na ordem jurídica e que se saiba quem são; será lícito, pois, que alguém se despoje dos seus bens a favor duma obra que não tem personalidade jurídica embora venha a tê-la?

Eis como tem sido posto o magno problema com que a doutrina, quer a francesa quer a portuguesa, se tem visto a braços em virtude de nas respectivas legislações não haver uma disposição clara e indiscutível que expressamente admita, como é de desejar, o processo da fundação directa.

O problema põe-se de modo semelhante no nosso Direito e no Direito francês, e, porisso, muito aproveita ao nosso estudo o vermos como a questão tem decorrido em França.

É claro, como já vimos, que a fundação directa, tal como a indirecta, tanto se pode realizar por doação como por testamento, mas procurarei restringir o problema ao campo dos testamentos onde, de resto, ele oferece mais dificuldades.

2.º

O problema das fundações directas no Direito português

Desde há muito tempo que em França o problema das fundações directas tem sido posto e discutido.

De um lado, uns poucos escritores e certo sector da jurisprudência, renitentes no seu apego ao texto das leis ou por obediência a certos princípios políticos, manifestam-se enèrgicamente contra as

fundações directas; de outro lado, uma poderosa corrente doutrinal e certo outro sector da jurisprudência batem-se com entusiasmo pelas fundações directas, cujas vantagens fazem com que procurem nas leis uma interpretação que leve a admiti-las.

A questão não se põe só em relação a obras ainda totalmente a criar, a obras futuras, pois que deve pôr-se, também, visto ser jurìdicamente a mesma coisa, em relação a obras já existentes de facto mas não ainda jurìdicamente. Quer dizer, tanto faz (na opinião da maioria dos escritores) perguntar se é lícito dispor de bens a favor duma obra ainda a criar, como perguntar se é lícito dispor de bens a favor duma obra já existente na ordem dos factos mas ainda não reconhecida legalmente, isto é, sem personalidade jurídica. Porisso, todos os autores, ao enunciarem o problema da fundação directa, conjugam sempre os dois casos.

Assim o fazem, p. ex., Colin e Capitant: «Pode uma pessoa legar directamente bens quer a uma obra que ela criou em vida e que ainda não goza da plena personalidade jurídica, quer a uma obra nova que ela deseja fundar após a sua morte?». Sébag põe também o problema assim: «Como é que o fundador poderia dispor dos seus bens em favor duma pessoa jurídica que ainda não existe? Sem dúvida, desde que a fundação é realizada por via directa estando vivo o disponente, não há qualquer dificuldade pois que este tem de manter a sua oferta até ao momento do reconhecimento de utilidade pública. Mas já não é assim quando a fundação é criada por acto testamentário, p. ex. no caso em que uma pessoa lega directamente os seus bens a uma obra organizada durante a sua vida e que não goza ainda da personalidade civil ou a uma obra nova que ela deseja fundar após a sua morte».

São, pois, estes os termos em que a questão é enunciada. Vejamos então como ela se desenvolve.

O argumento fundamental daqueles que entendem não ser possível o processo da fundação directa (Geouffre de Lapradelle, p. ex., na doutrina, e a jurisprudência civil representada pela Cour de Cassation) é o art.º 906.º, alínea 2, do Código Civil (correspondente ao art.º 1.776.º do nosso Código Civil) que diz: «Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur». Desta premissa tiram eles em seguida a conclusão: uma obra ainda a criar, que ainda não existe nem de facto nem de direito, ou uma obra existente de facto mas que não possui personalidade jurí-

dica, não está decerto nas condições exigidas por este artigo e não tem, pois, capacidade para receber por testamento; por consequência, é nula a disposição testamentária a favor de tais obras. Mas mesmo que depois da morte do testador essa obra conseguisse obter o reconhecimento de utilidade pública, isto é, a sua personalidade jurídica, e a respectiva autorização para aceitar o legado ou a herança, isso não era suficiente pois que os direitos de cada um à sucessão determinam-se no momento da morte do testador, e os actos posteriores ao reconhecimento legal e da autorização não poderiam retroagir ao dia da morte e privar os herdeiros dos direitos que adquiriram pelo próprio facto da morte.

A este argumento tradicional e fundamental, a que os adversários das fundações directas se agarram como poderosa arma de ataque contra os que pretendem fazer vingar no Direito francês aquelas fundações, tem-se respondido de várias formas, com mais ou menos engenhosas razões que a grande utilidade em fazer vingar tal processo de fundar sem dúvida alimenta e justifica.

Os escritores franceses que defendem as fundações directas (Colin e Capitant, Lévy-Ulmann e Crunebaum-Ballin, Vareilles-Somières, Louis Sébag, etc., e ainda a jurisprudência administrativa representada pelo Conselho de Estado) utilizam duas maneiras de invalidar o argumento do art.º 906: há os que, sem quererem fugir à aplicação do artigo, procuram transpor para o campo das pessoas colectivas a ideia da concepção e assim encontrar no próprio artigo a justificação legal das fundações directas; e há aquelas que, numa direcção mais inteligente e mais certeira, rejeitam a aplicação do art.º 906.º com a respectiva ideia da concepção. Os primeiros pretendem ver nas pessoas colectivas, à semelhança das pessoas físicas, um período de concepção, dando assim a elas aplicação da máxima «infans conceptus pro nato habetur» inserta no art.º 906.º; dizem eles que «desde que os recursos necessários à obra estão assegurados, sobretudo se o testador tinha já em sua vida praticado e organizado a obra, a pessoa moral existe já no estado latente; ela está concebida, e pode receber com a condição de nascer: e ela nasce pelo decreto de reconhecimento»; esta forma de objectar ao argumento do art.º 906.º é na verdade um pouco forçada e perigosa, pois é realmente difícil e arbitrário determinar o que é e quando começa a concepção das pessoas morais; Vareilles-Sommières chama até a esta aplicação

da ideia de concepção às pessoas morais: teoria obstétrico-jurídica...

Os segundos opõem esta objecção fundamental: o art.º 906.º não tem aplicação às pessoas morais pois é fácil constatar que ele apenas se dirige às pessoas físicas e só estas podem abranger; assim o entendem, p. ex., Colin e Capitant que dizem que, em sua opinião, «a incapacidade de receber das pessoas não concebidas pronunciada pelo art.º 906.º apenas respeita às pessoas físicas e não a obras ou estabelecimentos que não gozam ainda da personalidade jurídica no dia da morte. Com efeito, esta incapacidade explica-se por considerações que apenas vizam as pessoas físicas. Decretando-a, a lei quis impedir que um indivíduo disponha dos seus bens não sòmente em proveito de pessoas actualmente vivas mas daqueles que nascerão mais tarde destas pessoas, regulando assim por um tempo muito longo a devolução dos seus bens: não podia permitir-se ao homem, ser efémero, impor a sua vontade à corrente das gerações... Ora, esta consideração não tem razão de existir quando se trata de obras criadas ou a criar; nenhuma razão decisiva se opõe a que sejam gratificadas em testamento, sob a reserva de que adquirirão em seguida a personalidade jurídica de que elas necessitam para serem dotadas dum património». É assim, de resto, com esta reserva que o Conselho de Estado tem fundamentado a validade das fundações directas. Com efeito, como afirmam Grunebaum-Ballin e Lévy--Ulmann, o Conselho de Estado admitiu, primeiro nos casos em que não havia oposição dos herdeiros naturais, em seguida duma maneira geral, que o reconhecimento legal retroagisse ao dia da abertura da sucessão e que assim, sendo válido o legado, a sua aceitação devia ser autorizada.

Lévy-Ulmann e Grunebaum-Ballin, no seu conhecido artigo da Revue de Droit Civil de 1904 em que demonstram a validade das fundações directas, isto é, a validade das liberalidades a favor de pessoas morais futuras, manifestam-se enèrgicamente contra essa interpretação do art.º 906.º, que eles chamam metafórica (pois estende a ideia de concepção desse atrigo às pessoas morais), por meio da qual se pretende validar as heranças ou os legados deixados directamente a uma obra existente de facto mas ainda sem personalidade jurídica; (com efeito, a maior parte, julgo, dos que lançam mão da ideia de concepção só entendem válidos os legados ou as

heranças deixados a obras já existentes de facto embora sem personalidade jurídica, deixando de fora os que nem têm existência de facto, pois só daqueles se pode dizer que estão passando por um período que seja permitindo comparar ao da concepção das pessoas físicas); ora, a isto Grunebaum-Ballin e Lévy-Ullmann respondem assim: «para aqueles que, de resto, teimariam absolutamente em justificar pela teoria da concepção civil o legado a pessoa moral futura, nós faremos notar que a existência de facto precedendo o reconhecimento legal corresponde bem mais, na vida física, à existência intra-uterina desde a concepção até ao nascimento do que à própria concepção; a contrapartida exacta da concepção física deve ser o ponto de partida da existência de facto da obra, o projecto claramente determinado e formulado pelo testador; é o que se chama precisamente, por uma metáfora usual, a «concepção» da obra pelo testador, concepção que é revelada no acto de última vontade»; e, além disto, os referidos escritores dizem ainda que nenhum princípio de direito público se opõe a que o reconhecimento legal com efeito retroactivo, que é atribuído às instituições existindo de facto, o seja também às projectadas e descritas num testamento.

Mas, como dissemos, Grunebaum-Ballin e Lévy-Ullmann ao procurarem destruir o argumento da alínea 2.ª do art.º 906.º, não o fazem através dessa utilização engenhosa da teoria da concepção mas sim com mais lógicas e seguras razões. Afirmando que é preciso justificar a liberalidade em favor de pessoa moral futura por uma ficção mais forte e fecunda em consequências do que a da concepção civil, empregam então a ficção da própria personalidade civil.

A sua construção é curiosa e merece a pena transcrevê-la: Dizem eles que tudo é fictício na personalidade civil e que, portanto, a autoridade pública, criando artificialmente a existência jurídica, pode a fortiori fixar o começo da existência da pessoa moral. Mas é claro que tais poderes não podem ser utilizados pelo Governo senão sob reserva dos direitos de terceiros, e é aqui, continuam eles, que se levanta aquela objecção clássica de que os direitos a uma sucessão determinam-se no dia da abertura desta e de que, portanto, a obra que neste momento não tem existência jurídica é incapaz de receber por testamento, ficando então os herdeiros legítimos com direitos resultantes da caducidade do legado ou da herança além de que um acto posterior de autorização não pode retroagir a uma época ante-

rior à morte e privar aqueles herdeiros de direitos que adquiriram pelo próprio facto da morte. A isto respondem Grunebaum-Ballin e Lévy-Ullmann que «uma instituição, uma associação, uma obra, mesmo depois de ter sido reconhecida legalmente, não existe na natureza; ela torna-se numa entidade, numa abstracção, e não se deve extrair, nem contra ela nem em seu favor, nenhum argumento do art.º 906.º que manifestamente foi escrito apenas para as pessoas físicas». O que é estranho, dizem eles, é que se conceda a uma entidade abstracta, a uma abstracção, alguns dos atributos jurídicos da pessoa humana, por exemplo, a capacidade de receber uma sucessão; mas isto é há muitos séculos admitido, num interesse social superior, pelas legislações e pela francesa em particular, nesta, contudo, sob a condição de reconhecimento legal por acto administrativo; quer dizer, pois, que a disposição testamentária a favor de pessoa moral, consagrada pelo art.º 910.º do Código Civil francês, não é nunca uma deixa a um ente realmente existente, mas sim a uma entidade sob condição de que seja reconhecida pelo Governo.

«Ora, a liberalidade em favor dum amigo sob uma condição já realizada no dia da morte ou cuja realização é possível depois da morte, é incontestàvelmente válida» (tal como o é no Direito português: vejam-se os art.os 1.743.º, 1.759.º, 1.822.º, 1.823.º e 1.824.º Código Civil); logo, raciocinam eles, «o mesmo será para o legado feito a uma entidade susceptível de ser reconhecida legalmente, sob a condição de que este reconhecimento legal tenha sido obtido; tanto num caso como no outro a condição realizada retroage ao dia da morte». E Grunebaum-Ballin e Lévy-Ullmann concluem finalmente: «Quando, portanto, o Governo, para fazer aproveitar uma obra duma disposição testamentária formulada em seu favor e em detrimento dos herdeiros de sangue, reporta a data do seu nascimento para a vida civil ao dia da abertura da sucessão, ele não priva os herdeiros de direitos adquiridos: tal é a conclusão jurídica a que chegamos e que a equidade e a boa-fé nos parecem exigir».

Considero esta construção, algo impregnada de filosofia jurídica, bastante aceitável para quem não conhece ou não quer reconhecer a natureza autónoma e criadora do acto de fundação.

Como se vê, ela pretende ser, julgo, uma fundamentação mais sólida e melhor justificada da jurisprudência do Conselho do Estado ao sancionar as fundações directas, isto é, as heranças ou os legados

deixados a pessoas morais futuras; além de que é, sem dúvida, como diziam os seus autores, «mais forte e fecunda em consequências» do que a teoria da concepção, pois legitima do mesmo modo as disposições testamentárias a favor de obras que ainda nem sequer têm existência do facto.

Mas há quem, para a solução deste magno problema, enverede por um caminho totalmente diferente dos indicados até aqui. É o caso de Vareilles-Sommières.

Para este escritor, a fundação directa é «aquela pela qual o capital afecto ao serviço público é dado, não a um indivíduo, não a uma associação preexistente, mas ao próprio público, isto é, a todos os homens existentes, ou pelo menos a todos aqueles que satisfazem actualmente tal ou tal condição de domicílio, de residência, ou de nacionalidade...»; e é a propriedade do próprio capital que se transmite ao público, e não apenas o uso ou o usufruto, com a condição de o aplicar apenas às necessidades indicadas pelo testador. Dando assim esta definição, ele demonstra a possibilidade, em direito nacional, das fundações directas do modo seguinte:

O que eu posso dar a uma ou duas pessoas posso dar a todas as pessoas ou a um grupo determinado delas; onde está a incerteza, pergunta ele, se eu deixo os meus bens a todos as pessoas existentes à data da minha morte, ou a cada uma das pessoas domiciliadas em tal sítio?

E se se pode fazer uma liberalidade com encargo a um indivíduo também se pode fazer uma liberalidade com encargo a muitos indivíduos. A fundação directa traduz-se pois, no caso de testamento, numa herança ou num legado a uma generalidade de pessoas com dois encargos: o de aplicar o capital apenas à satisfação de tal ou tal necessidade ou prazer, e o de comunicar a propriedade do capital e seus serviços específicos aos novos indivíduos que preencham as condições exigidas para entrar na associação; e, para efeitos da aceitação da herança ou do legado e da organização da dministração, a lei deve então intervir encarregando um dos destinatários de aceitar a fundação e organizar o seu funcionamento ou encarregando-se ela mesma dessa missão.

São estas as linhas fundamentais da construção de Vareilles-Sommières, que, conquanto artificial e rebuscada, não deixa de ser curiosa e razoàvelmente arquitectada. Para este escritor, concluirei eu, o acto

de fundação não tem qualquer natureza autónoma pois não passa afinal dum legado ou duma herança com encargo.

E esta conclusão, que não posso aceitar em vista da posição já tomada no capítulo da natureza jurídica do acto de fundação, resulta, é claro, da maneira pouco verdadeira por que ele pretende explicar o que é uma fundação directa. Não me parece que esta consista afinal em o testador deixar bens seus, com os respectivos encargos, a toda uma camada de pessoas que reunam certas condições; isso, no fim de contas, não passaria duma fundação indirecta da espécie herança ou legado a pessoa física (neste caso, a pessoas físicas) com encargo fundativo; a fundação directa, porque se contrapõe à indirecta, é coisa diferente: Uma pessoa deixa os seus bens a uma obra que com eles será fundada, e não a indivíduos já existentes e determinados.

Parece-me, com efeito, serem coisas diferentes: uma pessoa dizer que deixa os seus bens a uma obra que por força desse acto nasce ou há-de vir a nascer e a beneficiar tais e tais indivíduos existentes ou futuros, ou uma pessoa dizer que deixa os seus bens a tais e tais indivíduos ainda que com os encargos de os aplicar a certo fim e de os transmitir a novos indivíduos; acontece até que este último caso, além de se poder ver nele uma autêntica substituição fideicomissária (proibida por lei), não implica necessàriamente, pelo menos em teoria, a criação duma nova personalidade colectiva, o que é a negação duma das características essenciais da fundação directa.

Não, o acto de fundação directa é um acto jurídico unilateral de criação duma pessoa colectiva, um acto autónomo portanto. Esta é, a meu ver, a base mais segura com que podem legitimar-se as fundações directas em qualquer ordem jurídica que as não tenha já expressamente consagrado.

Concluindo, podemos dizer que em França as fundações directas são já admitidas por grande parte da doutrina e da jurisprudência, embora a dúvida e a discussão continuem, por continuar a não haver na respectiva legislação um preceito inequívoco que as consagre. Houve, é verdade, dois projectos da Société d'Etudes Législatives — um de 1909 e outro de 1929, este último chegando a ser apresentado no Senado como proposta de lei — que consagravam as fundações directas; o projecto de 1906-1909, mais revolucionário, pretendia até fazer da fundação um acto jurídico especial; mas o projecto de 1929

não quis ir tão longe, estando, como proposta de lei, concebido nestes termos:

«O art.º 906.º do Código Civil é completado como segue: as pessoas morais têm capacidade de receber por testamento, conformando-se com as leis especiais que as regem, mesmo que obtenham a personalidade moral posteriormente à abertura da sucessão. Contudo, o pedido de obtenção da personalidade moral deve ser formulado no período de um ano, a contar da descoberta do testamento».

Ao que parece, porém, estes projectos nunca chegaram a ser convertidos em lei.

Já a situação é completamente diferente na Alemanha e na Suíça, cujos Códigos Civis permitem expressamente as fundações directas, exigindo o Código Civil alemão a aprovação da autoridade pública e o Código Civil suíço (art.º 81.º) apenas a inscrição no registo do comércio. Diz Sébag que «tanto na legislação suíça como na alemã, a manifestação de vontade do disponente-fundador tem já um valor criador. A autorização dada pelo poder público ou a publicidade legal são apenas a última das formalidades constitutivas».

Eis, pois, dois exemplos a seguir de legislações progressivas.

Vimos assim, resumidamente, os termos em que se tem debatido em França a questão das fundações directas. Esta visão tem utilidade, como já dissemos, pois que o problema põe-se entre nós quase nos mesmos termos e muitas vezes se empregam os mesmos argumentos e se utilizam as mesmas construções.

3.º

O problema das fundações directas no Direito português

Em Portugal, o problema da fundação directa enuncia-se do mesmo modo que em França. Assim o faz Cunha Gonçalves: «Quid juris quando, na data da abertura da herança, a personalidade jurídica não está legalmente adquirida, especialmente, no caso de se tratar de uma fundação criada pelo próprio testador?». Assim o fez, também, José Tavares: «A mais importante questão, que a este respeito tem sido discutida, é a da validade das disposições testamentárias destinadas a fundar entes morais ou a gratificar os existentes

simplesmente de facto, mas não reconhecidos nos termos da lei (art.º 33.º)».

Entre nós, porém, ao que parece, o caso não se apresenta tão agudo e tão discutido como em França. Quer na doutrina quer mesmo na jurisprudência, a questão não tem levantado celeuma e é tratada com serenidade que a evidência impõe. Todos põem, é certo, o problema, e discutem-no até em face das opiniões estrangeiras, mas chegam sempre à mesma unânime conclusão: o nosso direito positivo admite as fundações directas. Podem as razões não ser exactamente as mesmas, mas a conclusão é infalìvelmente aquela. Diante deste panorama, o meu trabalho simplificar-se-á bastante e serei naturalmente dispensado de escolher entre duas soluções.

Parece pois (e é caso para estranhar...) que neste ponto manifestamos um espírito mais largo e progressivo do que o dos franceses.

Mas qual será então a razão desta nossa atitude perante o problema das fundações directas? Eu concluo que essa razão está fundamentalmente na existência do art.º 1.902.º do Código Civil em que todos vêem, inequìvocamente, a consagração das fundações directas.

(Diz o corpo desse artigo: «Se o testador houver encarregado o testamenteiro de empregar o produto de certa parte da herança em alguma fundação ou aplicação pia ou de utilidade pública, será o testamenteiro igualmente obrigado a proceder ao inventário e à venda dos ditos bens em hasta pública, com citação dos interessados, ou de seus legítimos representantes e intervenção do Ministério Público»). Com efeito, Guilherme Moreira, José Tavares e Cunha Gonçalves, p. ex., (aqueles que, no meio da nossa pobreza bibliográfica, mais extensamente trataram deste assunto) referem-se a este artigo como ao argumento fundamental de direito positivo.

Vejamos então o que sobre este importante problema escreveu cada um destes nossos autores.

Diz Guilherme Moreira (Rev. Leg. e Jurisp., ano 41, pág. 338): «Entre nós não podem suscitar-se as dúvidas que se têm dado na jurisprudência francesa acerca da validade dos legados ou heranças que sejam directamente deixados para fundações. É assim que o art.º 1.902.º C. Civ.... compreende sem dúvida a hipótese em que a essa fundação ou aplicação pia tenha de ser dada uma organização, em virtude do seu carácter de perpetuidade, adequada à realização dos fins do testador, constituindo-se uma pessoa colectiva. E se alguma

dúvida houvesse a tal respeito, seria ela favoràvelmente resolvida pelo art.º 252.º, n.º 9 do C. Adm. (art.º 446.º do Cód. Adm. actual) em que se determina que compete ao governador civil regular, com aprovação do governo, a fundação e administração dos estabelecimentos de instrução, beneficência ou outros de utilidade pública, quando sobre o assunto não hajam providenciado os seus instituidores.

Podem, pois, ser destinados bens para fundações, tanto por actos entre-vivos como de última vontade, impondo-se expressamente o encargo de constituir a fundação ao testamenteiro, que pode ser uma pessoa colectiva ou singular, ou declarando apenas o fim para que são deixados os bens».

E a boa conta em que este Professor tem as fundações directas manifesta-se nas garantias de que ele deseja rodear a sua constituição, pois alvitra até que o art.º 1.902.º devia ser completado com a imposição ao Ministério Público da obrigação de promover a constituição da fundação quando o testamenteiro não cumpre esse encargo.

E Guilherme Moreira entende, ainda, haver também um acto fundativo directo no caso de serem designados bens ou uma quota da herança para a fundação, sendo o herdeiro ou legatário apenas incumbido de promover a constituição da fundação.

Julgo não poder haver dúvidas a este respeito pois que, na verdade, neste caso o herdeiro ou legatário não passa afinal de mero executor testamentário ou testamenteiro quanto àqueles bens ou àquela quota da herança que foram destinados a uma fundação.

O Professor Guilherme Moreira, neste pouco que disse, não deixa portanto dúvidas acerca da sua opinião sobre as fundações directas: elas são permitidas pelo art.º 1.902.º do Código Civil, reforçado com o art.º 446.º do actual Código Administrativo, e deveriam até ter a sua constituição um pouco mais garantida.

Mas o Professor José Tavares é de todos os autores portugueses o que tratou mais extensamente deste problema e o que mais numerosas e completas razões apresenta para legitimar entre nós as fundações directas. Ele ocupou-se da questão tanto no volume 2.º dos «Princípios fundamentais do Direito Civil» como nas «Sucessões»; e podemos dizer que no primeiro livro apresenta fundamentos de ordem teórica ou doutrinária, e no segundo fundamentos de direito positivo.

Na 2.ª nota à pág. 189 dos «Princípios...» (como aliás, nas «Sucessões», pág. 243), José Tavares afirma, contra o que todos pensam, que o art.º 1.902.º do Código Civil está muito longe de ser por si bastante para resolver a questão da validade das fundações directas por testamento, «pois se limita a prever a hipótese de o testador mandar empregar o produto de certa parte da herança em alguma fundação, podendo bem entender-se que se refere a fundações já existentes; mas, de resto, não se refere aos casos de o testador destinar, em vez do produto, os próprios bens». Sendo certo que o art.º 1.902.º é um dos argumentos de direito positivo que o Professor José Tavares emprega, nas «Sucessões», a favor das fundações directas por testamento, eu concluo que com estas palavras ele quer significar que se tem de procurar mais fundas e longínquas razões que, depois, dêem força ao art.º 1.902.º para dele se tirar um argumento positivo a favor daquelas fundações. Ora, são essas razões que José Tavares nos apresenta nos «Princípios fundamentais de Direito Civil».

Começa ele por afirmar: que sempre entendeu e sustentou que é válida tanto a disposição testamentária para a criação de uma pessoa colectiva de utilidade pública, como a disposição a favor de um ente colectivo já existente de facto, embora não legalmente constituído, desde que legalize a sua situação; e que esta doutrina é incontestável mesmo na maneira clássica (para ele errada) de pôr o problema no campo da capacidade de adquirir por testamento restrita às pessoas existentes ao tempo da morte do testador, «pois que as fundações de utilidade pública outra coisa não são que disposições a favor da sociedade em geral representada na personalidade do Estado». Mas para ele, como dissemos, o problema assim está mal apresentado; a questão deve pôr-se de outro modo: «não se trata de ver se é lícito instituir herdeiro ou legatário o ente que não existe (porque é intuitiva a solução contrária), mas de ver se sob forma de disposição testamentária pode fazer-se um acto de fundação. A fundação não é vocação de herdeiro ou legatário e porisso não é governada pelos princípios sucessórios, mas é um negócio autónomo de instituição de uma obra ou de destinação de um património. Se também toma a veste testamentária, se também é conteúdo dum testamento, não é, porém, instituição de herdeiro. Não há que dar importância às expressões do testador, mas sim ao sentido e ao fim da sua disposição»; a questão é, portanto, nova e não é regulada pelas

regras materiais que disciplinam as disposições de última vontade, pois que a fundação por testamento é um «testium genus» e não uma espécie daquelas. «Sendo assim, é pelos princípios intrínsecos dos negócios de fundação ou destinação que deve formular-se a resposta à questão de saber se é possível vincular por acto mortis causa um património para um ente a instituir. E posto assim o problema não se pode duvidar um momento da licitude, dum tal procedimento, pois que se a fundação deve nascer no futuro, é legítimo que o património seja reservado e vinculado para o futuro, na expectativa dessa eventualidade».

Como se vê, a posição a tomar neste problema pode depender muito da posição que se toma quanto à natureza jurídica do acto de fundação, e nós já vimos que José Tavares é precisamente um dos autores portugueses que atribui natureza autónoma e criadora ao acto de fundação. Partindo, pois, desta concepção doutrinal do acto de fundação, o referido Professor chegou a um princípio geral da validade das fundações directas por testamento, princípio teòricamente válido e que só falta agora, portanto, demonstrar não ser contrariado pelo direito positivo.

É no livro «Sucessões», pág. 242, que José Tavares nos apresenta os fundamentos que no Código Civil se encontram para a validade das fundações directas; são eles:

a) segundo o art.º 1.741.º, os testamentos em favor de pessoas incertas só são ineficazes quando estas pessoas se não possam tornar certas, o que pelo regime das pessoas morais é sempre possível;
b) o art.º 1.776.º, ao estabelecer a incapacidade das pessoas inexistentes, refere-se só às pessoas físicas, e, como princípio restritivo, não pode ampliar-se por analogia;
c) o citado art.º 1.902.º;
d) e o art.º 1.836.º, que admite expressamente os legados para obras pias.

É curioso verificar que o Professor José Tavares declara aqui que o art.º 1.902.º não é, por si, bastante para afirmar o princípio geral da validade das fundações directas, por ser um *preceito de carácter especial*. Por esta razão posso, sim, concordar com a afirmação do ilustre Professor; não, porém, pela razão que, como já vimos, vinha exposta na nota à pág. 189 dos «Princípios...» (e adiante direi porquê).

Vejamos, finalmente, o que diz o Dr. Cunha Gonçalves, que, no vol. IX do seu Tratado, também se ocupa da questão embora em poucas linhas (págs. 725 e 726).

Ele põe a questão do mesmo modo que o Professor José Tavares e dá-lhe a mesma solução. Com efeito, o Dr. Cunha Gonçalves entende também que «a fundação não é uma sucessão pròpriamente dita, e, porisso, não há que discutir se a pessoa jurídica existe ou não, na data da abertura da herança. Basta que ela venha a existir por efeito da vontade do testador». E, depois de pretender equiparar a pessoa moral em formação aos nascituros ou concepturos (o que eu considero absolutamente errado), levando pois à aplicação dos art.os 1.776.º e 1.777.º do Código Civil, declara em seguida que, de resto, «a questão não é só de capacidade da fundação futura para adquirir por testamento, mas também do poder do testador de fundar e dotar uma obra personificável; e sob este ponto de vista a afirmativa impõe-se em todos os países». E conclui também que «o nosso direito positivo confirma inteiramente a doutrina, que julga possível o legado a favor de fundações em formação. Basta ler os art.os 1.836.º e 1.902.º conjugados com os preceitos paralelos das leis administrativas».

Como sabemos, o Dr. Cunha Gonçalves considera o acto de fundação um acto autónomo, embora não criador. E mais uma vez se verifica o facto de se ter extraído da natureza desse acto uma noção ou princípio-base cuja revelação ou confirmação se vai depois procurar em preceitos do direito positivo.

Pelo que lemos destes três escritores, vimos, em resumo, que eles empregam como argumentos de direito positivo os art.os 1.902.º e 1.836.º do Código Civil e as leis administrativas sobre as fundações, e que José Tavares e Cunha Gonçalves lançam ainda mão da natureza autónoma do acto de fundação para o subtrairem às regras das sucessões, declarando-se todos, dum modo unânime e que parece não admitir discussão, pela admissibilidade no nosso direito das fundações directas, isto é, das disposições testamentárias feitas directamente a favor quer de pessoas morais apenas existentes de facto quer de pessoas morais em absoluto inexistentes.

Já também na Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 21, pág. 519 e seg., se responde afirmativamente a quem pergunta se será válida a disposição testamentária feita em benefício dum estabelecimento de piedade ou beneficência que ainda não existe ou não está

autorizado; é certo que, no rigor dos princípios, era de aplicar os art.os 1.776.º e 1.778.º e considerar, portanto, como incapaz esse estabelecimento; a Revista, porém, acha aceitável a doutrina de Demolombe, segundo a qual a disposição testamentária se pode considerar válida se, «presumindo-se feita sob a condição tácita de que esse estabelecimento se instale ou obtenha a autorização precisa», o estabelecimento obtiver depois da morte do testador o reconhecimento ou autorização legal que o Código Civil exige no art.º 33.º; além de que a Revista considera de grande importância o art.º 1.902.º, que a decide então a entender como válida aquela disposição testamentária.

Agora analisemos nós a questão.

Será o art.º 1.902.º, na verdade, uma disposição decisiva que nos leve a ver nele a consagração, pelo nosso direito positivo, das fundações directas?

É certo que este artigo, pela sua redacção, pela sua expressão, digamos assim, não nos parece ter aquela directa e clara intenção de fazer a consagração legal e geral das fundações directas por testamento; se o Código Civil tivesse querido proceder a essa consagração, certamente não a teria feito na secção relativa aos testamenteiros mas sim na relativa à capacidade testamentária (p. ex., num parágrafo aposto ao art.º 1.781.º). Se, porém, o art.º 1.902.º não tem o valor duma disposição que directa e exclusivamente consagre as funções directas por testamento (como há na Alemanha e na Suíça), vale no entanto como manifestação, indirecta ou incidental mas clara, da vontade de o legislador aceitar aquelas fundações. Não posso, com efeito, concordar com o Professor José Tavares quando afirma que o art.º 1.902.º está longe de resolver este magno problema das fundações directas por se limitar «a prever a hipótese de o testador mandar empregar o produto de certa parte da herança em alguma fundação, podendo bem entender-se que se refere a fundações já existentes». Por certo que o Professor José Tavares ao referir-se a fundações já existentes pretende dizer «jurìdicamente existentes», pois que, como já vimos e como o fez o próprio José Tavares, se o problema das fundações directas se põe tanto em relação às disposições testamentárias destinadas a criar uma nova pessoa moral como em relação às feitas a favor de pessoas morais só existentes de facto, aquelas suas palavras só invalidariam ou tornariam periclitante o

argumento que sempre se tem pretendido tirar do art.º 1.902.º se elas se referissem a fundações já gozando de personalidade jurídica. Ora, assente este ponto, eu não posso realmente concordar com o Dr. José Tavares; porque: se o artigo, em lugar de dizer «empregar» disesse «entregar» ou coisa semelhante ter-se-ia então de concordar com aquele Professor porque a palavra podia, sem dúvida, revelar a existência duma deixa testamentária a uma fundação-pessoa jurídica; mas o artigo fala em «*empregar* o produto de certa parte da herança», sendo certo que o testamenteiro não é um herdeiro ou legatário mas tão sòmente um executor testamentário, e, portanto, aquelas palavras só podem significar que o testador quer criar uma fundação encarregando o testamenteiro de a isso aplicar o produto de certa parte da herança; há aqui, pois, a instituição duma fundação directa, fundação a que se exige personalidade porque a ela há-de pertencer o produto daquela parte da herança que não pode ficar eternamente sem dono, visto o testamenteiro não ser proprietário mas mero executor testamentário ou administrador dos bens. E a este caso do art.º 1.902.º se refere até o § único do art.º 446.º do Código Administrativo (que trata de fundações directas) ao dizer que os estatutos e regulamentos das fundações «poderão ser outorgados pelo governador civil ou propostos pelos testamenteiros ou administradores da herança ou legado e por aquele homologados». E podemos ainda citar o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-7-1941 em que a certa altura se afirma que «nos termos do art.º 1.902.º do C. Civil, o testador cria uma fundação se houver encarregado o testamenteiro de empregar o produto de certa parte da herança em alguma fundação ou aplicação pia ou de utilidade pública».

Temos, pois, que o art.º 1.902.º indubitàvelmente prevê uma hipótese de fundação directa.

Hoje, porém, esta interpretação parece-me estar definitivamente consagrada pelo § único que o decreto n.º 19.126 apôs ao art.º 1.902.º, o qual diz: «Esta disposição não se aplica no caso de a herança ou legado serem deixados, para os mencionados fins, a corporação já existente com capacidade jurídica». Em face deste preceito, que possui verdadeiro valor interpretativo, não se pode, pois, ter já mais dúvidas de que o corpo do art.º 1.902.º se refere a fundações que ainda não têm capacidade jurídica, ou seja, a fundações directas.

Mas também no art.º 1.836.º do Código Civil (que diz: «O legado

para obras pias, sem outra declaração, entender-se-á que é feito para obras de beneficência e caridade») podemos ver hipóteses de fundações directas.

Com efeito, o artigo, falando em legado para obras de beneficência já jurìdicamente existentes considera o legado directamente destinado à criação de obras de beneficência, isto é, de pessoas morais. Assim, na verdade, parece terem pensado os nossos autores.

São estas, podemos dizer, as únicas disposições do Código Civil em que, duma maneira mais ou menos clara ou mais ou menos indirecta, aflora a aceitação legal das fundações directas.

Mas é preciso, no entanto, como o fizeram os Drs. José Tavares e Cunha Gonçalves, radicar a viabilidade destas fundações no domínio mais abstracto e longínquo, mas de maior força lógico-jurídica, das construções doutrinais ou científicas do direito.

Entendo, como uma grande parte dos autores franceses e como José Tavares, que se não pode nem deve invocar qualquer paridade entre a concepção das pessoas físicas e a concepção das pessoas morais, para dela tirar um argumento de direito positivo baseado nos art.os 1.776.º e 1.777.º (como aventou Cunha Gonçalves) que, sem possibilidade de séria contestação, se referem apenas às pessoas físicas.

É um facto que a nossa jurisprudência sanciona as fundações directas, e é um facto, que se observa e quase todos nós sentimos, que a fundação directa é uma instituição desejável e útil e que todas as consciências aceitam como natural; estes factos, verdadeiras fontes indirectas de direito, começam por impressionar os doutrinários, os intérpretes da lei, e acabam por influenciar a própria ordem jurídica. Ora, os doutrinários impressionados por essa consciência universal que apoia as fundações directas e pela real singularidade desse acto que se destina a dar vida a uma nova personalidade, formularam a teoria da natureza criadora e autónoma do acto fundação: ele é um acto diferente de todos os actos jurídicos até agora considerados e catalogados pelas leis e pelos sistematizadores, ele é um acto «sui generis», independente, que a lei não proibe porque a lei não lhe considerou a existência, e o que não está proibido está permitido; isto, e claro, desde que não haja um preceito legal que inegàvelmente se oponha a esta espécie de actos jurídicos; ora, no nosso direito

positivo não só não existe tal preceito como, pelo contrário, surgem disposições, como vimos, que contemplam esses actos.

Mas pode, na verdade, esse acto autónomo — acto de fundação — tomar a veste testamentária, como diz José Tavares?

Não vejo que o impeça a definição de testamento dada pelo art.º 1.739.º do Código Civil — «o acto, pelo qual alguém dispõe, para depois da sua morte, de todos, ou de parte dos próprios bens» — pois que nada diz quanto ao destino dos bens, além de que se sabe, como notam Cunha Gonçalves e José Tavares, que o testamento não serve só para a simples disposição de bens mas também para a prática de muitos outros actos jurídicos (a perfilhação, a confissão de dívidas, etc.).

De resto, à lei não repugna o facto de se dispor de bens a favor de pessoas que ainda venham a nascer ou a criar-se, pois o art.º 1.777.º do Código Civil permite disposições testamentárias a favor de concepturos; mas é claro que este artigo está definitivamente posto fora da questão, pois que se refere só às pessoas físicas e, como diz o Professor José Tavares, sendo um preceito restritivo não se pode aplicar por analogia; daqui, portanto, não se pode tirar nenhum argumento nem nenhum princípio geral sobre a validade das fundações directas.

Mas não se julgue, porém, que só nos art.os 1.836.º e 1.902.º do Código Civil pudemos procurar os fundamentos legais para as fundações directas por testamento. Também o Código Administrativo (art.os 444.º e 448.º) manifestamente prevê e regula esta espécie de fundações. Assim, o art.º 444.º diz que «são considerados institutos de utilidade local as pessoas colectivas da utilidade pública administrativa constituídas por fundação de particulares mediante afectação de bens dispostos em vida ou por morte para prossecução de um fim de assistência ou de educação». Aqui, embora se possam considerar abrangidas as fundações indirectas, isto é, as heranças ou os legados a pessoas singulares ou colectivas com encargo de fundação, sem dúvida que se podem incluir também as heranças ou os legados directamente deixados para a criação duma fundação, ou seja, as fundações directas. Veja-se também o já citado art.º 446.º e § único.

E, para terminar, ponhamos uma última questão: visando, portanto, as fundações directas por testamento a criação duma pessoa colectiva, ou melhor, duma pessoa moral, pois só as fundações que

tenham um fim de utilidade pública podem ter personalidade (art.os 33.º e 39.º do Código Civil e 444.º do Código Administrativo), e sabendo-se que as pessoas morais estão sujeitas ao reconhecimento legal (art.º 33.º do Código Civil), pode perguntar-se o que acontece à respectiva disposição testamentária se aquele reconhecimento não é concedido porque o fim visado pela fundação é ilegal ou, como diz o art.º 445.º do Código Administrativo, contraria as leis de interesse e ordem pública e os princípios da moral e da ordem social.

Certamente que tem de considerar-se inválida a disposição testamentária; assim a considera Guilherme Moreira, como também o Professor José Tavares, que diz que «a disposição é nula, como resulta necessàriamente dos princípios fundamentais do direito (art.os 10.º, 1.743.º, § único e 1.746.º)». Mas nesse caso para onde vão os bens? Vão, como é natural e o afirma Guilherme Moreira, para os herdeiros do testador.

Registe-se ainda a afirmação do Professor Guilherme Moreira de que «as condições, restrições ou encargos que, num acto fundativo directo, sejam impostos à fundação, considerar-se-ão, se se tratar duma disposição testamentária, como não escritos»; assim, diz ele, se numa cláusula testamentária que institui um asilo para órfãos se determinar que o asilo não prestará contas à autoridade administrativa ou que a educação dos órfãos será feita por pessoas que professem ideias anarquistas, essas condições, porque ilegais, considerar-se-ão não escritas, não deixando porisso de se fundar o asilo (Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 41, pág. 401). Com efeito, assim será em parte, como resultado da aplicação do art.º 1.743.º, § único, do Código Civil.

Creio, porém, que ainda neste caso, em que não é pròpriamente o fim marcado à fundação mas apenas certa ou certas condições que são ilegais, pode acontecer que se tenha de anular toda a disposição testamentária: quando for de aplicar o art.º 1.746.º do Código Civil, isto é, quando o testador haja invocado essa condição ou essas condições ilegais como causa da disposição testamentária, da fundação directa por testamento.

Em conclusão: Com base na natureza autónoma do acto de fundação por testamento e em face dos inequívocos art.os 1.836.º e 1.902.º do Código Civil e 444.º a 448.º do Código Administrativo, podemos afirmar que as fundações directas por testamento são plenamente

válidas dentro da nossa ordem jurídica e são indiscutidamente aceitas pelas nossas doutrina e jurisprudência.

É no entanto desejável, como maneira jurìdicamente mais perfeita e mais indiscutível de regular o problema, que o Código Civil estabeleça, como o alemão e o suíço, uma disposição expressa e exclusiva consagrando dum modo geral as fundações directas por testamento. Isso seria até muito oportuno, agora que o Estatuto da Assistência Social atribui o principal papel, na assistência, às obras particulares, quando declara na base III que «a função do Estado e das autarquias na prestação da assistência é, normalmente, supletiva das iniciativas particulares, que àquele incumbe orientar, tutelar e favorecer».

JOÃO D'ALMEIDA LIMA