

Sobre fundação

(P A R E C E R)

S. Soares de Faria

No testamento de D. H. ha uma disposição em que institue duas fundações, sendo uma em S. Paulo, para a qual, entre outros destinou

os remanescentes dos seus bens.

Ainda, por declaração expressa, considerou instituida a fundação, deixando a cargo dos seus testamenteiros as minucias da instalação, organização e manutenção, especificando as pessoas que deviam ser beneficiadas.

Isto posto, pergunta-se:

1.º — Essa disposição encerra um legado ou é uma verdadeira instituição de herdeiro?

2.º — E válida a disposição, deve ser tida como herdeira a Fundação organizada e instalada de acôrdo com os preceitos do testamento?

AO PRIMEIRO

A questão é hoje pacífica e a solução que consagra a segunda hipótese já tem a sanção da nossa Côrte de Apelação. De feito, não se trata de legado, porque a testadora deixou à Fundação, não sómente bens certos e determina-

dos, mas a totalidade de seus bens, com dedução dos legados. A sua fortuna foi distribuída parte em legados, mas a parte restante, o *remanescente* de seus bens foi deixada à Fundação, e justamente a deixa assim formulada constitue, no dizer de DIAS FERREIRA, a *essência da instituição de herdeiro*.

A Fundação é, pois, por força dessa disposição, herdeira e não legatária, herdeira dos *remanescentes*, da totalidade dos bens, da sua universalidade, após a dedução dos legados.

E' ainda, e no conceito de notavel monografista, herdeira universal, porque

“Se poi il testatore, dopo aver scritto legati a titolo particolare o di complessi di cose, determinate in concreto, chiuda le sue disposizioni, dichiarando di lasciare il resto dei suoi beni, il *di più* dell'eredità o della sostanza ereditaria ad un Sempronio, si avrà ancora una disposizione a titolo universale, e questa pure dovrà dirsi *di residuo*, *perchè* comprenderà tutta la restante sostanza ereditaria, meno quelle parziali detrazioni che formeranno oggetto dei legati”. (V. VITALI, *Delle Successioni*, II, n.º 1379).

E já anteriormente, no n.º 1.378, o mesmo VITTORE VITALI assinalava ser indubitavel tratar-se de uma disposição a título universal

“dappoichè il lasciato di tutto il resto del patrimonio, cioè dell'eredità o dei beni, non comprende un'aliquota di una cosa particolare o di un complesso di singoli oggetti, come di mobili o di immobili determinati *loco et natura*, mas di una universalità o totalità di cose; la quale è suscettiva di aumento e di diminuição: e, sebbene possa sotto di sè comprendere cose particolari, nondimeno di

queste si fa astrazione, sostanziososi in quella sola idealità giuridica patrimoniale, che investe il chiamato della qualità giuridica di erede”.

Confere: LOSANA — Digesto Italiano vol. XXII, P. IV, Successione Testamentaria, 22-29.

A questão é alias pacífica entre os nossos juristas e a doutrina de V. VITALI é sufragada, entre outros, e invocamos o maior deles, por TEIXEIRA DE FREITAS, que, embora considerando como rústico esse modo de instituir herdeiros, reconhece que o legatário de tais remanescentes era herdeiro instituído e não simples legatário, como se pôde ver em “Testamentos e Sucessões”, ed. de 1881, p. 37.

Recentemente foi ainda formulada por ITABAIANA

“O que caracteriza a instituição de herdeiro é o fato de suceder ele em todos ou *nos remanescentes* dos bens”. (*Direito das Sucessões*, 2.^a ed., pg. 32-33).

e por CARLOS MAXIMILIANO, no seu recentíssimo tratado, com apoio em HERZFELDER, vol. V, pag. 411

“De igual modo se opina, e pelo mesmo fundamento, quanto ao titular dos “remanescentes”. Ex.: “Deixo a B a casa em que móro; a C, o resto dos meus bens” (C é herdeiro; B legatário). Caiam 100:000\$000 a B; 200 rezes a C; e os remanescentes a D” (Considera-se *herdeiro* só o ultimo). Vol. I, pag. 655.

AO SEGUNDO

E’ indiscutível a validade da cláusula que instituiu a fundação, pois nela se concentram os elementos essenciais à sua criação, exigidos pelo artigo 24 do Codigno Civil:

testamento;
dotação especial de bens livres;
especificação do fim a que se destina.

Não só instituiu herdeira do remanescente, como ainda foi providente a testadora, fazendo também uma dotação especial, afim de melhor garantir-lhe a existência e assegurar uma útil e proveitosa atuação, no desenvolvimento dos seus objetivos.

Ao revez, do que em outro testamento se verificou — o do Com. A. Z. — teve a testadora o cuidado de minudentemente especificar os beneficiários, entre os quais se incluem.

os empregados das Cias. A. P. e C. S. P., inválidos e impossibilitados de trabalhar por moléstia e velhice.

Também não deixou vago e indeterminado o fim da fundação, mas precisou-o, de modo irrefragável, quando determinou que fossem os bens, na sua metade, destinados à criação e manutenção de asilos de beneficência, para auxílio e assistência das pessoas que mencionou. Aí se depara o fim *determinado* — proteger as pessoas ligadas às empresas que o marido da testadora dirigiu e impulsionou — fim, em verdade, possível e lícito. Enfeixa, pois, os extremos apontados por FERRARA, e, si precisamente no fim encontra a fundação a sua individualidade, é certo que se não póde negar esta à fundação creada no testamento.

Não lhe falta, pois, o essencial conteúdo — a determinação de um fim suficientemente preciso da fundação, a que alude VON THUR, citado por ESPINDOLA, e, no dizer deste, talvez o mais notável comentador da parte geral do C. Civil Alemão.

Está aí o fim suficientemente individualizado, de PLANK não determinado de um modo genérico e vago (Regelsberger), mas claro, preciso, inconfundível.

Nem se objete que a fundação não póde ser considerada herdeira porque não estava ainda legalmente organizada em face do disposto nos artigos 1.717 e 1.718. Mas o disposto no art. 1.718 refere-se evidentemente às pessoas naturais

a individuos não concebidos até a morte do testador

e não póde ser aplicado por analogia, sem maior atenção, às pessoas jurídicas, às fundações, desprezando-se os artigos do Código que a este instituto se referem. Mas, aceitando-se a interpretação analógica, esta póde deixar de ser feita ao arrepio dos direitos da fundação. Porque esta já estava creada, legalmente instituida, porque formada de acôrdo com o preceito que autoriza a sua constituição em testamento, com todos os elementos necessários e indispensaveis à sua vitalidade.

E si a lei concede a capacidade hereditária aos individuos concebidos até à morte do testador, a um embrião — um embrione, una speranza d'uomo — na frase de VITTORE VITALI (vol. I, pg. 634), ainda no estado o mais rudimentar, porque a concepção póde ter-se dado nos últimos dias de vida, e a personalidade só aparecerá com o nascimento com vida, como negá-la a quem já tem uma existência certa, por ter sido creada em consonância aos preceitos legais?

Surgem para a vida as fundações quando o testador põe, em testamento ou em escritura publica, a vontade de crear tais institutos, acompanhando-a do fim certo e determinado, da dotação dos bens necessários à efetiva realização do fim visado, precisando os beneficiários. O instituto foi creado e, com a eficiência do testamento, tornou-se certa a sua existência.

Si a fundação existe, porque foi creada, em testamento, porque a vontade da testadora a gerou, como negar-lhe a capacidade sucessória, porque a sua personalidade jurídica só lhe advem do registo?

Nem se diga que é indispensavel a coexistência do elemento de fato ou *material* e um elemento de direito ou *formal*. Basta que exista o primeiro, isto é, basta que a fundação tenha sido creada em testamento, com os caracteristicos de validade, porque

a fundação em todo sentido se equipara ao *individuo*, e, portanto, ao nascituro.

O direito da coletividade fica suspenso, em potência, como o do nascituro, e, como o deste, retrotrái até a abertura da sucessão, desde que é fundada integralmente, ou apenas legalizada (se já existia), a destinatária da liberalidade. (MAXIMILIANO, vol. I, pg. 150).

E o eminente ministro da nossa Suprema Côrte invoca em prol da sua opinião uma fieira de pandectistas dos mais acatados, como ESCHER, CROME, HERZFELDER, ENDEMNN e STROHAL.

A Côrte de cassação de Turim resolveu, no sentido acima, uma questão idêntica, applicando às pessoas jurídicas a teoria do *conceptus pro nato habetur*, com estas considerações irretorquiveis:

“Dal momento che i corpi morali legalmente riconosciuti sono equiparati alle persone fisiche, non può esservi veruna incongruenza legale a che siano ai medesimi applicate quelle stesse norme, che regolano la capacità di succedere delle persone fisiche, salve, ben inteso, le speciali eccezioni: e così, come i concepiti sono capace di succedere, tuttoche la personalità giuridica dipenda dai fatti posteriori, così pure le fondazioni di corpi morali possono essere instituite eredi, quantumque il loro riconoscimento sia ancora di là da venire” (Sentença de 31 de julho de 1879, apud LOMONACO, Diritto Civile Italiano, vol. IV, 123).

A igual resultado chegou a jurisprudência administrativa francesa, admitindo a validade do processo consistente em considerar o reconhecimento legal operando retroativamente, até o dia do falecimento, meio a que aderiram PLANIOL, RIPERT e TRASBOT.

Tal jurisprudência é pacífica. O Conselho de Estado concede

“volentiers à l'établissement qu'il reconnaît d'utilité publique l'autorisation de recevoir la libéralité qui a servi à le fonder, faisant ainsi rétroagir la reconnaissance au jour du décès du fondateur et appliquant aux fondations la maxime traditionnelle, *infans conceptus pro nato habetur*” (JOSSE-RAND, Droit Civil Positif, III, n.º 1910).

No mesmo sentido, anos depois, decidia a Côte de Apelação de Bologna:

“Se lo stesso diritto romano, così religiosamente e giustamente osservante della verità delle cose e del rispetto ai principi di diritto, pure riconosceva la capacità di succedere nell'individuo soltanto concepito, non si saprebbe perchè in un tempo in cui, in nome del pratico interesse, si è tanto proclivi a passar sopra alle forme e anche talvolta alle incommode conseguenze della logica legislativa, si dovesse poi negare la capacità di succedere ad un ente morale, la cui esistenza futura non è venutale e fortuita, come quella di una persona fisica soltanto concepita, ma è preordinata e sicura per la disposizione del testatore”.

Na verdade uma outra interpretação seria, na afirmação de RICCI, ilógica e improcedente

“In fatti si esse a creduto derogare al principio che l'erede deve essere persona capace di ricevere al tempo della aperta successione, in favo-

re della prole nascita di una persona vivente e, nello scopo, ben ristretto di conservare i beni a vantaggio di una generazione futura, come avrebbe potuto non derogare al rigore di questo principio in favore di ente morali, la cui esistenza e conservazione interessa altamente alla società, alla civiltà ed alla umanità, siccome quelli che sono intesi a difondere il benessere, i soccorsi della carità e l'istruzione nelle diseredate classi sociali? (Diritto Civile, vol. IV, n.º 289).

Essa a bôa doutrina que, si não fosse aplicada na espécie da consulta, deixaria ao desamparo os dignos operários das empresas, que a testadora, no imenso reconhecimento, pôs a mira em proteger, privando-os, quando necessitados, da farta messe de recursos que a fundação deverá distribuir.

E' tão precedente é que, como já salientou MAXIMILIANO, o Código Civil Alemão e os seus mais reputados comentadores a abraçaram, acentuando muitos que bastaria, para resolver a questão, o dispositivo do art. 1.893, vale dizer o que, no mesmo monumento legislativo, recebia a tradicional ficção respeitante ao nascituro.

Aos autores invocados pelo douto autor do mais recente tratado, acrescentaremos LEHMAN

“Mit der Genemigung ist die Stiftung entstanden. Wird Sie erst nach dem Tode der Stifters genemigt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als Schonvor dessen Tode entstanden — 684 (Fiktion).

Não era necessária a consagração expressa no texto do § 84: bastaria a exceção do art. 1.923 já invocado:

“Die Rückwirkung ist wichtig bei einer Stiftung, die vom Stifter zum Erben eingesetzt worden ist. Erbe kann nur werden, wer, zur Zeit der

Erbfalls schon lebt (1923). Auf grund der Fiktion wird die hinterher erst genehmigte Stiftung so behandelt, als ob sie schon vorher entstanden sei, dem Erfordernis des 1923, ist also genügt. (Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gessetzbuches, 470).

Outra não é a lição de RUDOLF SCHMIDT, o douto professor da Universidade de Halle, para quem

die Stiftung für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tod entstanden zu Gelten haben (Bürgerliches Recht, 53).

O tratado de ENNECERUS, na edição revista por NIPPERDEY, professor da Universidade de Colônia, salienta que, no caso como o da consulta, em que ha no testamento a criação, com todos os elementos de vitalidade, de uma fundação, ha a presuposição de sua existencia desde a morte do testador

so liegt im Wahrheit ein Vermächtnis au die Stiftung vor, welche als schon mit dem Erbfall entstanden gilt. (Lehrbuch des B. Recht, 344).

Não menos explicito é COSACK, para quem, em casos que tais, a fundação recebe a herança pelo efeito retroativo do reconhecimento

wenn die Stiftung die zu ihrer Entstehung erforderliche staatliche Genehmigung rst nach dem Tode des Erblassers erlangt-wie in der übergrossen Mehrzahl der Fälle — erwirbt sie die Erbschaft mit rückwirkender Kraft am Tage des Erblassertodes. (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, zweiter Band und Zweite Abteilung, 373, II).

Eis porque sustentamos ser indiscutivel a validade da clausula em exame.