

# Fundações: origem e evolução histórica

JOSÉ EDUARDO SABO PAES

## SUMÁRIO

*1. Origens das fundações. 1.1. A posição do instituto fundacional na Grécia. 1.2. A posição do instituto fundacional em Roma. 2. Evolução histórica. 2.1. A presença no direito francês. 2.2. A presença no direito alemão. 2.3. A presença no direito inglês. 2.4. O crescimento nos Estados Unidos e na Europa. 3. Fundações no direito brasileiro. 3.1. A presença nas ordenações. 3.2. A consolidação das normas vigentes sobre fundações.*

## 1. Origens das fundações

As origens do instituto da fundação podem ser inicialmente explicadas pelo espírito de solidariedade, atributo do ser humano, dirigido a uma busca de meios ou formas de auxílio às pessoas necessitadas.

Com efeito, desde os primórdios da história da humanidade, registraram-se atitudes de homens que, imbuídos pelo amor às artes, à sabedoria, à cultura ou ao singelo, mas profundo, amor ao próximo, destinavam bens para uma finalidade social.

Fundação é na verdade um instrumento por meio do qual pode o ser humano – como pessoa física ou jurídica – transmitir à sociedade atual e sucessivas gerações seus ideais e convicções e seguir atuando “como vivo depois de morto”.

Esse desejo de sobrevivência, de interferência ou intervenção no seu próprio mundo, que é comum aos homens de todos os tempos, pode ser uma das explicações pela qual a figura jurídica de fundação *lato sensu* é conhecida desde a antiguidade e conseguiu chegar até os dias atuais, superando, por certo, desconfiças,

José Eduardo Sabo Paes, mestre em Direito pela Universidade Complutense de Madrid e doutorado em Direito Constitucional pela mesma Universidade, é promotor de Justiça da 2ª Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social.

receios e, inclusive, proibições dos poderes públicos.

Os antecedentes da figura fundacional podem estar localizados no antigo Egito, onde atos filantrópicos, próprios daquela civilização, foram institucionalizados e depois cristalizados com maior consistência na Grécia.

### 1.1. A posição do instituto fundacional na Grécia

Na Grécia Clássica, de acordo com o autor espanhol Del Campo Arbuló<sup>1</sup>, inicialmente proibiu-se que as escolas de filósofos pudessem organizar-se de uma maneira permanente a partir de uma afetação de fundos próprios com o objetivo de difundir suas doutrinas, pelo temor, por parte dos poderes públicos gregos, de que tais instituições pudessem chegar a contribuir para uma alteração da ordem pública.

Por isso, naquela época não era permitido que as comunidades constituídas por pensadores recebessem quaisquer doações ou possuíssem bens. Mas, como recorda Sáens de Miera, os filósofos encontraram um modo de perpetuar sua vontade mediante um sistema de indefinidos fideicomissos<sup>2</sup> sucessivos, como fizeram, entre outros, Epicuro e Teofrasto.

O primeiro deles deixou seus jardins a dois de seus herdeiros, com a incumbência de que do jardim pudessem desfrutar os filósofos de sua Escola e impondo o mesmo ônus, sucessivamente, aos herdeiros de seus herdeiros. O segundo, Teofrasto, instituiu herdeiros de seu jardim a dez de seus discípulos para que, em conjunto, desfrutassem, incumbindo-lhes que seguissem seu exemplo quando eles mesmos falecessem.

Temos como exemplo também a escola que Platão fundou nos jardins da Academia, uma

<sup>1</sup> CAMPO ARBULO, José del. *Ley de fundaciones* : comentários a Ley 30/1994 de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Centro de Fundación Madrid, 1996. p. 24.

<sup>2</sup> Fideicomisso, segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira, constitui modalidade importante de substituição, que repercute com frequência nas sucessões testamentárias. Consiste na instituição de herdeiro ou legatário, com o encargo de transmitir os bens a uma outra pessoa a certo tempo, por morte, ou sob condição preestabelecida. O herdeiro ou legatário instituído denomina-se fiduciário ou gravado, e o substituto ou destinatário remoto dos bens chama-se fideicomissário.

instituição de ensino do tipo científico-religioso, consagrada às musas, em Atenas. Tendo dirigido a Academia por quase duas décadas, legou-a, em seguida, a todos os discípulos, seus sucessores.

### 1.2. A posição do instituto fundacional em Roma

Em Roma, o instituto fundacional passou a ter contornos mais definidos, inclusive pela assimilação da instituição nos moldes anteriores, em face do fato de a Grécia ter sido conquistada.

As primeiras fundações romanas foram dedicadas, segundo excelente pesquisa de Londres da Nóbrega<sup>3</sup>, ao culto funerário, à distribuição de alimentos, à manutenção de crianças pobres e aos jogos.

Como recorda Luiz Fernando Coelho<sup>4</sup>, o direito romano, embora atribuisse personalidade jurídica somente aos entes do tipo associativo, concebia a existência de patrimônios vinculados a determinados fins; à época do direito romano clássico, não existiam patrimônios dotados de autonomia jurídica que pudessem ser considerados antecedentes diretos da fundação, mas a solução preconizada consistia na transferência do patrimônio a uma cidade ou *collegium*, com a imposição dos fins de utilidade pública, o que era feito mediante testamento ou por ato *inter vivos*.

No Império Romano, as fundações alimentares parecem ter sido mero instrumento da ação do Imperador, não possuindo autonomia patrimonial; entretanto, eram consideradas parte independente dos bens do Estado. O Imperador Trajano emprestou dinheiro a proprietários da região de Valéia e destinou os juros à manutenção de trezentas crianças pobres. Plínio, o jovem, fez doação de uma escola à cidade de Como.

Todavia, se quisermos melhor delimitar onde surgiu a concepção de fundação com autonomia jurídica, encontramos em Del Campo<sup>5</sup> uma embasada resposta, quando esse autor antecipa que essa é uma criação não de Roma, e sim de Bizâncio, vez que, no momento em que o Cristianismo envolve o Império Romano, começam a aparecer as instituições genericamente denomi-

<sup>3</sup> NÓBREGA, Vandick Londres da. *História e sistema do Direito Privado Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, p. 136.

<sup>4</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Fundações públicas*. Rio de Janeiro : Forense, 1978. p. 9.

<sup>5</sup> op. cit., p. 26.

nadas *piae causae* ou estabelecimentos de misericórdia e caridade: hospitais, orfanatos, asilos e outros semelhantes<sup>6</sup>.

Desde o ponto de vista técnico para a autora de uma autonomia própria a essas entidades, havia sido necessário que o direito romano eliminasse a proibição, anteriormente existente, de realizar liberalidades tanto *inter vivos* como *mortis causae* em favor de pessoas indeterminadas. Dessa forma, as referidas entidades deixaram de estar sob o jugo e proteção da Igreja para serem tuteladas pela Lei do Império Romano, que lhes dava protagonismo jurídico próprio desde o ponto de vista patrimonial, independente que sua administração estivesse submetida ao Bispo ou fosse própria.

As *piae causae* apareciam tratadas, na prática, como sujeito de direito dotado de capacidade própria, consequência de uma personalidade jurídica tácita. E, enquanto aparecessem como proprietárias de bens móveis e imóveis que adquirissem e recebessem doações e legados, eram constituídos herdeiros e podiam comparecer em Juízo.

Registre-se, no entanto, que, em essência, as instituições *piae causae* diferenciavam-se das atuais fundações porque o patrimônio vinculado à finalidade não era independente, e sim continuava sendo propriedade do benfeitor.

Luiz Fernando Coelho ainda põe em relevo, sabiamente, que, na história das fundações, a constituição de uma *actio popularis* com o fim

<sup>6</sup> Esse é um fato relevante na história das origens das fundações. Francesco Ferrara, em sua *Teorias de las Personas Jurídicas*, observa que as primeiras fundações, de benemerência e culto, acham-se incorporadas e confundidas com a personalidade das igrejas, mas que aos poucos vão adquirindo autonomia até se afirmarem como entes em si, embora sob a proteção e vigilância eclesiásticas; com base ainda na autoridade de Ferrara, pode-se tomar como ponto de partida desse desenvolvimento o decreto de Constantino, que reconheceu as comunidades eclesiásticas cristãs; a partir desse reconhecimento, essas comunidades adquirem capacidade privada, podem ter patrimônio e, efetivamente, passam a receber doações e legados; desse modo, os privilégios concedidos às igrejas foram estendidos às *piae causae*, destinadas a fins religiosos, educacionais e caritativos; essas *piae causae* já aparecem, no Império Romano posterior, como instituições públicas eclesiásticas dotadas de personalidade jurídica segundo o direito comum. O florescimento da caridade, fundamentada no Cristianismo, alentada pela Igreja e favorecida pelos imperadores, é um dos momentos mais notáveis da cultura bizantina.

de serem efetivadas as fundações instituídas por legado ou doações é um acontecimento de especial relevância.

Esse ponto é inequívoco, pois, segundo Ihering, as fundações são, por si mesmas, o objeto e centro de gravidade de todas as rodas jurídicas que as fazem mover, mas o eixo do seu mecanismo está nas pessoas naturais, que são as que devem dela aproveitar. A personificação das fundações é, pois, a forma apropriada de um patrimônio servir aos interesses e aos fins de pessoas indeterminadas.

A partir da constituição da *actio popularis*, no direito novo, configura-se para Ihering um direito subjetivo dos destinatários da fundação: pobres, enfermos, viúvas, órfãos, protetores das artes etc., porque os dois elementos do direito, o interesse e a proteção do interesse por si mesmo, encontram-se efetivamente nela<sup>7</sup>.

## 2. Evolução histórica

Na realidade, a idéia de filantropia ou dos mecenas, como o que hoje chamamos de fundação orientada às finalidades de interesse geral, começou a delinear-se na Idade Moderna, depois do Renascimento e da Reforma. As entidades *piae causae* já haviam começado a perder sua força desde o aparecimento dos estados nacionais e na medida em que a Igreja perdia sua influência.

Cunha Gonçalves<sup>8</sup>, autor português, apresenta memorável obra-resumo da evolução ocorrida pela interferência das concepções germânicas e da elaboração dos glosadores, canonistas e post-glosadores, concluindo que

“assim chegou a doutrina das pessoas coletivas à Idade Moderna; mas, tendo essa doutrina contribuído para a excessiva acumulação e imobilização de bens em poder das ordens religiosas e outras corporações e fundações pias, seguiu-se a repressão dos *bens de mão morta*, sujeitando-se a constituição das novas pessoas coletivas a autorizações, fiscalizações e incapacidades”.

Essas observações de natureza histórica poderiam até parecer desnecessárias; todavia, é justamente no desenvolvimento do instituto

<sup>7</sup> IHERING, Rudolf von. *O espírito do Direito Romano*. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 4, p. 230.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Cunha. *Tratado de Direito Civil*, v. 1, t. 2, n. 117, p. 901-903.

fundacional no direito francês e no direito alemão que se constata a importância do estudo mormente para, posteriormente, fixar mais a estrutura de fundação no direito positivo brasileiro. Sylvio Marcondes elenca alguns motivos pelos quais devem ser apontadas as características da formação do instituto no direito alienígena. São elas:

“primeiro, porque a precedência cronológica dos respectivos diplomas legais exprime, em sua seqüência, a linha evolutiva da categoria, no Direito moderno; segundo, porque, apuradas, agora, as características que lhe dão esses ordenamentos, mais fácil será, depois, mostrar as diferenças essenciais com que foi acolhida no Direito pátrio; terceiro, porque essa diferenciação legislativa importa, necessariamente, em elaboração doutrinária diversificada, tornando imprestável, num país, hermenêutica jurídica consagrada em outro; quarto, porque, em consequência, evidencia-se ser inaceitável no Brasil – não obstante a insistência de juristas nossos em invocar autores franceses e alemães – a pretensão de que se possa ver, na fundação do nosso Código Civil, pessoa jurídica de direito público”<sup>9</sup>.

## 2.1. A presença no direito francês

O direito francês apresenta uma situação *sui generis* no que se refere às fundações; houve uma reação do Estado francês às instituições de *mão morta*, entre as quais a fundação, e acabou-se por impedir, por meio de um Editto repressivo de 1749, a excessiva concentração de bens pelas fundações, como os vultosos legados que, em detrimento dos herdeiros, eram lhes destinados.

Salientou Saleilles<sup>10</sup> que, “quando se fala de fundação, na França, é do legado *sub modo* ou da doação *sub modo* que se trata, os quais não constituem uma verdadeira fundação, no exato sentido jurídico”, e Planiol-Ribert<sup>11</sup> que há perigos econômicos e políticos da formação de

massas patrimoniais em poder de entidades de duração ilimitada, como o exemplo dos abusos verificados antes da Revolução, e que definem a fundação como “a destinação perpétua de bens ou valores para um serviço determinado pelo disponente”, encarecem a dificuldade de sua criação direta, no sistema francês. Para instituir-se por doação entre vivos, faz-se necessária a prévia criação de um estabelecimento que obtenha a declaração de utilidade pública e, além disso, a autorização para aceitar a liberalidade, a fim de, só então, tornar-se efetiva a fundação. A sua criação por testamento enfrenta a impossibilidade de legado em favor de pessoa ainda não concebida ao tempo da sucessão, pois a legatária, inexistente a esse tempo, somente depois viria a ser constituída. Daí a razão das práticas indiretas: a doação e o legado *sub modo*. Na França, esclarecem, toda pessoa fictícia privada corresponde necessariamente a uma associação de pessoas; a fundação, tal como admitida na Alemanha – massa de bens destinados a um determinado serviço, investida diretamente de personalidade jurídica –, “é incompatível com as nossas leis, no estado atual dos textos”.

Em síntese, não houve na França a existência de uma fundação no sentido que hoje emprestamos ao vocábulo como patrimônio autônomo e independente destinado a um fim social.

## 2.2. A presença no direito alemão

As fundações no direito alemão apresentam como característica marcante a presença do Estado em sua aprovação. Tuhr nos apresenta a posição destes entes no Código alemão:

“Junto à associação, o Código Civil reconhece outra espécie de pessoa jurídica, a fundação, ou seja, um patrimônio autônomo, que se destina a servir a um objetivo, desde o início e por toda a sua duração (...) Em sua qualidade de pessoa jurídica, a fundação tem uma esfera jurídica nitidamente separada da de outras pessoas e um patrimônio próprio, independente de outros (...) A fundação nasce por vontade do fundador (negócio de fundação) e aprovação do Estado. É natural que o Estado se reserve o direito de controlar o nascimento dessas massas patrimoniais – a “mão morta” – já que o patrimônio da fundação fica subtraído, por

<sup>9</sup> MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. Saraiva, 1977. p. 206.

<sup>10</sup> SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 244-246, apud Sylvio Marcondes.

<sup>11</sup> PLANIOL-RIBERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*. v. 1, n. 3.031, p. 1.057-1.058.

tempo em princípio ilimitado, à circulação jurídica e reservado para um objetivo determinado (...) Só a fundação para a qual o fundador está disposto a sacrificar parte de seu patrimônio obterá a aprovação do Estado”.

Em síntese, nas palavras de Sylvio Marcondes, de quem o tema recebeu um estudo aprofundado, “na Alemanha, embora seja admitida a investidura direta da fundação na qualidade de sujeito de direito, também se verificou a reação do Estado, não com o rigor proibitivo do Direito francês, mas que se revela na necessidade de autorização governamental, prévia e de natureza constitutiva, para criar-se fundação”.

### 2.3. A presença no direito inglês

Na Inglaterra, como em outros países protestantes, a Igreja tinha seus próprios tribunais que vigiavam a correta aplicação dos fideicomissos caritativos, mas, quando eles desapareceram, essa obrigação recaiu sobre os tribunais perante os quais a Coroa comparecia no papel de *parens patriae*<sup>12</sup>, isto é, como defensora dos que não podem defender-se: os beneficiários da organização de caridade.

Destaca Del Campo<sup>13</sup> que o papel da Coroa britânica derivou, por outra parte, para uma isenção de impostos<sup>14</sup> em favor das organizações beneficiárias constituídas na forma de fideicomisso, *trust*, ou de qualquer outra incluída nas organizações e associações dedicadas a finalidades caritativas, “charities”.

A matéria foi ordenada sistematicamente pela primeira vez com a promulgação, na Inglaterra, em 1601, do Estatuto dos Costumes de Caridade (*Statute of Charitable Uses*), que enumerava certas finalidades consideradas como

filantrópicas. A lista não era exaustiva e, curiosamente, omitia as finalidades religiosas, contrariamente ao que havia sido, até o momento, o mais importante trabalho das fundações na Europa.

O Estatuto de 1601 passou a formar parte da *Common Law* e orientou, desde a sua independência, o primitivo direito consuetudinário dos Estados Unidos em matéria de fundações, inclusive com o estabelecimento de normas especiais derivadas de sua configuração federal, dando-se relevo não só às finalidades beneficentes ou caritativas das fundações, mas ao fato de que, diferente de outras entidades, a fundação atuava sempre sem ânimo de lucro (*non-profit corporation*).

Na Europa continental, as finalidades ou entidades de “mão morta” cresceram e enriqueceram muito em pouco tempo, vez que foram concebidas para adquirir ou receber bens e sem capacidade, ou com uma capacidade muito limitada, para aliená-los. A própria Igreja, que secularmente havia acumulado um grande patrimônio junto com as organizações benéficas, preocupou os poderes públicos, que viam que esta situação de bens *extra commercium* resultava improdutiva.

Assim, tanto na França, com Luís XIV, em 1666, como na Espanha, com Carlos III, em 1785, editaram-se ordens no sentido de impor controles e registros precisos<sup>15</sup> ao funcionamento dessas organizações, freando o processo de criação e desenvolvimento das fundações.

Nesse período, em razão de movimentos doutrinários e de caráter anticlerical, essas instituições passam a existir precariamente, sob o princípio de que a supremacia do Estado não devia empobrecer e pôr poderes infra-soberanos outorgados a instituições privadas.

### 2.4. O crescimento nos Estados Unidos e na Europa

Ao final do século XVIII e nos séculos XIX e XX, as fundações ressurgem, expandem-se e se consolidam. Os motivos são vários e diferenciados. Nos Estados Unidos, primeiro foram os problemas sociais decorrentes da Guerra da Secessão (1861/1865) que exigiram um conside-

<sup>12</sup> Figura, creio, muito próxima do embrião do Ministério Público como defensor primeiro do Estado e depois da sociedade.

<sup>13</sup> op. cit., p. 28

<sup>14</sup> É interessante esclarecer que, no âmbito britânico, os privilégios tributários atribuídos às entidades beneficiárias vinham determinados não pela forma jurídica do ente que os recebia, nem tampouco por um regime jurídico próprio, senão porque se entendia que a constituição de um *trust* caritativo ou de qualquer outra *charity* de forma não-fideicomissária implicava um solene contrato privado entre os benfeitores, os beneficiários e a Coroa protetora destes últimos.

<sup>15</sup> Começa aqui o que se poderia denominar tecnicamente de sistema de concessão do poder público para a criação de fundação, em que hoje se destaca o Ministério Público como instituição legalmente responsável pela autorização de sua existência.

rável esforço do Governo e dos particulares, onde cita-se, entre os pioneiros das fundações americanas, Benjamin Franklin, doador de grandes somas de dinheiro às cidades de Boston e Filadélfia, em 1790, para empréstimo a jovens artífices, e George Peabody, instituidor, em 1867, do *Peabody Educational Fund*, destinado à educação nos Estados do sul e do sudoeste norte-americano; o *Smithsonian Institution*, fundado por James Smithson, é inaugurado em 1846.

As fundações americanas decorrem, por certo, do extraordinário progresso econômico da nação americana, mas também de grandes fortunas que, concentradas nas mãos de alguns magnatas, foram, por concepção religiosa, culpa ou por compaixão humana ou até arrependimento, destinadas às fundações, como forma de fazer com que a comunidade a que pertenciam participasse dessa riqueza.

Registre-se, é claro, que, ao lado do espírito público e cristão de alguns verdadeiros mecenas daquela época, havia as grandes empresas e sociedades comerciais que encontravam, com amparo na visionária legislação tributária norte-americana, voltada ao bem comum, forma de diminuição de seus lucros tributáveis, correndo, assim, fabulosas somas em dinheiro, que, ao invés de serem pagos diretamente ao Estado sob a forma de tributos, configuravam espécie de pagamento indireto, já que se dava à comunidade diretamente o benefício social com a criação e manutenção de unidades de ensino, de pesquisa, de cultura, de saúde, de assistência social etc. São exemplos a Fundação Carnegie, criada em 1911, a Fundação Rockefeller, criada em 1913, que tem como missão promover o bem-estar da comunidade, a Fundação Ford e a Fundação W. K. Kellogg, criada em 1930, que tem como missão patrocinar instituições ou pessoas que realizam trabalhos sociais nas áreas de voluntariado filantrópico, juventude, educação, saúde, desenvolvimento social e liderança.

Na Grã-Bretanha, segue-se também a mesma linha de comportamento observada nos Estados Unidos, estando naquele país algumas das fundações mais antigas: Rowntree Trusts, criada em 1904, Rhodes Trust, criada em 1902, e Lever-Hulme Trust Fund, criada em 1925.

Na Europa continental, o processo é semelhante e resultam significativas as influências das I e II Guerras Mundiais, depois das quais restam milhares de pessoas de idade avançada que, sem descendentes diretos, decidem legar

seus bens a fins sobretudo caritativos e sociais, em recordação de seus familiares falecidos naquelas guerras.

Durante a segunda metade do século XX, em contraste com os países socialistas, onde as fundações desapareceram por incompatíveis com o princípio de que o Estado e o Partido são as únicas fontes de bem-estar público, verifica-se uma expansão de fundações na Europa e nos Estados Unidos, sendo duas as circunstâncias: de uma parte, as empresas, motivadas pelos incentivos tributários e em reavaliação de seu papel social, sobrepõem-se aos particulares no momento de constituir novas fundações, e, de outra, a mudança de concepção dos fins que devam ter uma fundação, que do campo da caridade se deslocam para o campo da ciência de investigação, da cultura, dos direitos humanos, do meio ambiente etc.<sup>16</sup>.

Surgem, dessarte, na Europa, as grandes fundações: Volkswagen, Konrad Adenauer, Krupp e Bosch na Alemanha, Gulbenkian em Portugal, Agnelle e Olivetti na Itália, Fritz Thyssen na Suíça, Fundação Nobel na Suécia. Ou, na Espanha, a Fundação Juan March.

### 3. Fundações no direito brasileiro

#### 3.1. A presença nas ordenações

No Brasil, os registros começam no período em que estivemos sob a égide das ordenações manuelina e afonsina, nas quais já eram conhecidas as entidades denominadas de “mão morta”.

O primeiro esboço de fundação no Brasil, segundo relato do ilustre Promotor de Justiça de Fundações de São Paulo Edson José Rafael<sup>17</sup>, data de 1738, quando Romão de Matos Duarte, solteiro milionário, achou por bem separar parte

<sup>16</sup> Utilizando expressões de Del Campo Arbulo, a limitação de recursos que experimenta o Estado do Bem-Estar Social como consequência da crise econômica faz com que os governos dirijam sua atenção ao denominado Terceiro Setor, isto é, aquele que não se constitui nem no mercado nem na Administração Pública. Dessa maneira, o Estado, mantendo uma via de solidariedade obrigatória – o imposto –, solicita e promove uma solidariedade voluntária que se expressa de modo muito definido na atividade das fundações.

<sup>17</sup> RAFAEL, Edson José. *Fundações e Direito : terceiro setor*. São Paulo : Melhoramentos, 1997. p. 68-69.

de seu patrimônio para formar um “fundo” para auxiliar, exclusivamente, os expostos na “roda”, que, a partir de seu gesto, passariam a ter tratamento digno ao serem atendidos na Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro.

Quer para evitar a identificação da mãe, quer para dar proteção ao recém-nascido sem que soubessem a sua origem, foi engendrada uma caixa giratória, em forma de cesta embutida numa roda, que possibilitava depositar-se a criança enjeitada pelo lado externo da parede da Santa Casa para, imediatamente, ser recolhida pelo lado interno por enfermeiras de plantão. Tão logo instalada a roda, noticiou-se pelo Rio de Janeiro a sua existência e ela foi utilizada numerosas vezes.

Foi registrado o primeiro caso atendido por esse fundo três dias após a sua instituição: em 17 de janeiro de 1738, a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro recebia o seu primeiro afilhado, um menino exposto na roda, embrulhado em couro de chita verde e necessitando de cuidados médicos.

Assim nasceu a “Fundação Romão de Matos Duarte”, funcionando paralelamente à Santa Casa do Rio, com patrimônio próprio, afeto à finalidade exclusiva de dar proteção e apoio aos órfãos desvalidos cariocas.

O instituidor, mais tarde denominado “beneficitor magno dos expostos”, por ser também mesário da Santa Casa, não lograva, ao longo dos anos, qualquer separação das entidades: a Fundação Romão de Matos Duarte foi sempre, por ignorância, comodismo ou falta de legislação adequada, mero apêndice da Santa Casa carioca. A despeito de patrimônio próprio (casa e dinheiro dado a juros), a despeito do nome “Fundação Romão de Matos Duarte”, mesmo da ala especial (Casa dos Expostos) no interior do hospital, a entidade não conseguia personalidade jurídica autônoma.

Isso foi atendido provisoriamente em 29 de janeiro de 1952, segundo relatos de Escragnole Dória, citado por Homero Sena e Clóvis Monteiro<sup>18</sup>, ao designar-se uma pessoa distinta da Santa Casa para, como tesoureiro, tomar conta, administrar os bens, as dívidas e os afazeres da embrionária Fundação Romão de Matos, vindo inclusive a ter o referido ente um “Regimento

<sup>18</sup> SENNA, Homero, MONTEIRO, Clóvis Zobaran. *Das fundações no Direito da Administração*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1970. p. 183-184.

Interno das Obrigações e Empregados da Casa dos Expostos”.

Homero Sena e Clóvis Monteiro concluíram que,

“a rigor, o que Romão de Matos Duarte quis fazer, com suas doações para criação dos meninos expostos na Roda, foi instituir uma fundação, patrimônio afetado a determinado fim. Embora, ao que tudo indica, esse patrimônio tenha, desde 1752, administração autônoma, não foi destacado dos demais bens pertencentes à Santa Casa, que, em compensação, tomou a si o encargo de manter a Casa dos Expostos, dando-lhe, porém, o nome que, talvez, aos irmãos mesários tenha parecido mais sugestivo ou adequado, de Fundação Romão de Matos Duarte”<sup>19</sup>.

Da mesma forma como registra Edson José Rafael, com maior ou menor vinculação, vários testamentos foram feitos nas cidades de São Paulo e Santos, como, de resto, em várias outras capitais dos estados brasileiros onde existiam “Santas Casas de Misericórdia”, com legados (patrimônio) a servirem para tal ou qual objetivo (finalidade), previamente escolhido pelo próprio testador, mas que, na verdade, tornaram-se apenas um fundo, um mero apêndice da legatária.

Tais doações encontram-se às dezenas em processos de inventários nas Varas de Família e Sucessões de todas as capitais estaduais brasileiras.

### 3.2. A consolidação das normas vigentes sobre fundações

Carlos Carvalho<sup>20</sup>, em notável trabalho de recompilação do direito civil vigente no início do século, apresentou sua “Nova Consolidação do Direito Civil”, para servir de subsídio à discussão do atual Código Civil Brasileiro, que estabelece serem pessoas jurídicas de direito privado:

“a) as fundações, estabelecimentos de utilidade pública ou de fins pios, religiosos, moraes, científicos, artísticos, taes como casas de educação, asylos, hospitaes, misericordias, igrejas, capellas, ermidas, religiões, academias, universi-

<sup>19</sup> op. cit., p. 185-6.

<sup>20</sup> CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito Civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro : F. Alves, 1899.

dades, escolas livres de ensino superior, collegios, seminarios, lyceus, monte-pios, montes de socorro, caixas econômicas, comtanto que tenham patrimonio seu, sejam ou não subsidiados pelo cofres públicos; b) as associações ou comunidades ecclesiásticas, claustraes ou regulares, mosteiros ou conventos, ordens terceiras, irmandades, confrarias, devoções, beneficentes, de caridade, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio; d) as fábricas das parochias, os cabidos e mitras; e) as sociedades commerciaes e civis que revestem forma commercial; f) a massa falida.”

Estabelece, também, que as pessoas jurídicas de direito privado adquirem personalidade jurídica ou por disposição expressa de lei ou pelo preenchimento de condições nela estabelecidas, com ou sem intervenção do poder público.

E,

“quando descenderem de doação ou disposição de última vontade, as fundações ficarão sujeitas às respectivas regras de direito e à opposição de terceiros prejudicados, sendo prohibida, a instituição de capellas vinculadas, de quaesquer vínculos e a cláusula de inalienabilidade de todo o patrimônio ou de parte delle.”

E, no art. 156 da referida consolidação, já existe consignada a possibilidade de ação do Ministério Público na defesa do direito e do patrimônio fundacional, *verbis*:

“Si o acto de fundação não indicar o modo e os órgãos da administração ou os indicados forem contrarios a direito, o ministério público e quaesquer interessados promoverão o que fôr necessário para realizal-a, annullal-a ou declalar-a ir-realisavem edar ao patrimônio o destino que por direito no caso couber”.

Legalmente, entretanto, só se ouviu falar de fundações no início deste século. A Lei nº 173, de 10-9-1903, conferia personalidade jurídica a entidades com fins lucrativos, científicos e religiosos<sup>21</sup>.

Inobstante a doutrina, com Martinho Garcez, já se reconhece a figura jurídica fundacional mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil<sup>22</sup>.

Assim, com o advento do Código Civil Brasileiro, em 1º de janeiro de 1916, houve a consolidação, no ordenamento jurídico positivo, do instituto fundacional como pessoa jurídica de direito privado, dotada de um patrimônio composto por bens livres destinados a uma finalidade social determinada.

No Brasil, figuram como entidades fundacionais mais antigas: a Fundação Pão dos Pobres de Santo Antônio, em Porto Alegre, de 1867, o Abrigo Cristo Redentor no Rio de Janeiro, de 1923, destinado a prestar assistência a mendigos e a menores desamparados, e a Fundação Getúlio Vargas, de 1944, com a finalidade técnico-educativa, especializada na organização nacional do trabalho.

<sup>21</sup> op. cit, p. 70.

<sup>22</sup> GARCEZ, Martinho. *Da theoria geral do Direito*. Rio de Janeiro : J. R. dos Santos, 1914. p. 66-67.