

COIMBRA  
**JURÍDICA**

# **EM TEMA DE FUNDAÇÕES**

---

M. NOGUEIRA SERENS

IMPrensa DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

Procurou fazer-se o bosquejo histórico do regime jurídico das fundações, desde o surgimento destas em Roma, no período do Principado, até aos nossos dias.

E, nesse quadro, com referência àquele primeiro período, deu-se destaque a duas modalidades das chamadas fundações *não-autónomas* privadas: as fundações alimentares e as fundações funerárias. O estudo das *piae causae*, que abundaram na época pós-clássica e na época justinianeia, constituiu o passo seguinte da nossa investigação. Que depois continuou com os olhos postos na Idade Média.

Com a *Reforma*, primeiro, e o *jusnaturalismo* moderno, depois, as fundações perderam o seu anterior brilho. E acabaram mesmo condenadas a uma espécie de *clandestinidade jurídica*. Foi preciso esperar pelo último quartel do século XIX para se assistir à sua definitiva reabilitação.

Não obstante, desde então, e por cerca de um século, as fundações foram predominantemente olhadas, na generalidade dos países do continente europeu, como *resquícios* de tempos antigos, nos quais faltara a ideia do Estado social.

A dado momento, já no último quartel do século XX, e como que de repente, tudo mudou. O número de fundações cresce exponencialmente, assistindo-se outrossim à sua diversificação tipológica. As intervenções legislativas – dissessem-se elas de modernização ou de reforma – sucedem-se. A doutrina descobre o instituto e afadiga-se no seu estudo.

COIMBRA  
**JURÍDICA**

IMPrensa DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

© SETEMBRO 2019. Imprensa da Universidade de Coimbra.

**Autor:** M. Nogueira Serens

**Título:** Em Tema de Fundações

**Edição**

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: [imprensa@uc.pt](mailto:imprensa@uc.pt)

URL: [http://www.uc.pt/imprensa\\_uc](http://www.uc.pt/imprensa_uc)

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

**Coordenação editorial**

Maria João Padez de Castro

**Design:** Carlos Costa

**Execução gráfica:** KDP - Kindle Direct Publishing

**ISBN:** 978-989-26-1454-0

**eISBN:** 978-989-26-1455-7

**DOI:** <https://doi.org/10.14195/978-989-26-1455-7>

M. Nogueira Serens

---

**EM TEMA DE FUNDAÇÕES**

*Imprensa da Universidade de Coimbra*

*Coimbra University Press*



# EM TEMA DE FUNDAÇÕES

---

M. NOGUEIRA SERENS



# Sumário

<b>A. AS FUNDAÇÕES E A SUA HISTÓRIA.</b> .....	9
I. As fundações(-não autónomas) em Roma no período do Principado ...	10
II. As <i>piæ causæ</i> (ou <i>venerabiles domus</i> ) na época pós-clássica e na época justinianeia .....	25
III. Da Idade Média ao Iluminismo. ....	36
<b>B. AS FUNDAÇÕES NA CONTEMPORANEIDADE EUROPEIA</b> .....	53
I. De <i>detrás do pano para o proscénio</i> (“realizador principal”: Savigny)....	53
II. De <i>figurante a figura principal</i> ou o <i>recrudescimento</i> da importância do fenómeno fundacional (“realizador principal”: retração do Estado social). ....	67



## A. As fundações e a sua história

1. Em diferentes culturas, é antigo, antiquíssimo mesmo, o *ato de fundar*, isto é, a declaração de vontade de um indivíduo tendente a vincular outrem (ainda em vida ou *post mortem*) à consecução de um determinado escopo *socialmente benfazejo*, por meio de *fundos* para o efeito por ele afetados *in perpetuum*. O autor desse ato — o *fundador* — almejava, pois, que a sua vontade valesse para além da sua própria morte (como alguém disse, um homem só morre quando deixa de ser lembrado...). E, para esse efeito, seria mister, desde logo, encontrar quem, vivendo para além dele, vivesse outrossim para sempre, e em cujas mãos pudesse *depositar a sua fundação*, é dizer, a sua vontade de que certos fundos, cuja propriedade lhe coubera, fossem consagrados à realização de um determinado fim, tipicamente um fim altruístico e, não raras vezes, beneficente ou filantrópico; encontrada essa pessoa — que conviria que não fosse humana, por isso que se queria que durasse para sempre —, que assim se tornaria *portador* da fundação, exigia-se-lhe, é claro, que fosse *servente* da vontade *cristalizada* no ato de criação daquela, ou seja, servente da vontade do fundador.

2. Ao longo dos tempos, que aqui são cerca de vinte e cinco séculos, foram essencialmente dois os modos dos quais se lançou mão para assegurar essa “*supremacia (da vontade) dos mortos sobre (a vontade d)os vivos*” — e sem

que agora importe acentuar que uma vontade que se quer perpétua está sempre sujeita a confrontar-se com *dificuldades* que aquele que a formulou não previu... —, os quais modos foram: (i) criação de uma *nova* pessoa jurídica, fazendo dela a própria fundação, sem outra vontade (uma vontade *atuada*, já se vê pelo órgão respetivo) que não fosse a de perpetuar a vontade de quem a instituiria; (ii) recurso a uma pessoa (via de regra) jurídica ou a uma *instituição*, já existentes, que se tinham por (con)fiáveis, e cuja sobrevivência se julgava a coberto de quaisquer vicissitudes históricas e, nessa medida, dos próprios humores dos homens. No primeiro caso, existindo *identidade* entre a fundação e o seu portador, aquela e este são a mesma pessoa jurídica, há muito que se fala de *fundação* independente ou *autónoma*. No segundo caso, sendo o portador da fundação um terceiro, faltando, pois, a referida identidade, é igualmente antiga a sua qualificação como *fundação indireta*, *fundação não-autónoma* ou *não-independente* (não constituindo, ela mesma, uma pessoa jurídica, não pode ser dela a *iniciativa* de dar realização à vontade do fundador, apresentando-se, por conseguinte, como *dependente*).

É seguro que as fundações não-autónomas (fixemo-nos nesta terminologia) são as mais antigas. E houve mesmo um período em que foram elas as únicas e de cuja disciplina se cuidava. Mais duvidoso já se afigura determinar a época do surgimento das fundações independentes. Vejamos um pouco mais pelo largo.

## I. As fundações(-não autónomas) em Roma no período do Principado

3. Em Roma, na República tardia e durante um largo período do Principado, imperou o uso (por influência do estoicismo<sup>1</sup>) entre os membros da nobreza

<sup>1</sup> Sobre o fenómeno fundacional na Grécia, que precedeu, e muito, o que ocorreu em Roma — frequentemente referida, para ilustrar essa (maior) ancianidade, é a fundação(-não autónoma) instituída por Níkias, um magistrado de Atenas nos finais do século V a.C., que afetou (em vida) parcelas de uma sua propriedade ao templo délfico de Apolo com o encargo de os sacerdotes organizarem banquetes com os rendimentos das referidas parcelas, durante os quais se haveria de implorar aos deuses pelo bem do fundador (cfr. H. LIERMANN, *Handbuch des Stiftungsrechts*, Bd. I, *Geschichte des Stiftungsrecht*, Tübingen, 1973, p. 6, que diz ter sido essa a primeira fundação grega) —, sobre o fenómeno fundacional na Grécia, *vide*, entre muitos outros, A. SARRAZIN, *Études sur les fondations dans l'antiquité en particulier à Rome et à Byzance*, Paris, 1909, B. LAUM, *Stiftungen in der griechischen und römischen Antike*, Bds. I e II, Leipzig/Berlin, 1914, G. LE BRAS, “Les fondations privées du Haut Empire”, in: *Studi in onore di S. Riccobono*, III, Palermo, 1936, p. 62 s., A. MANZMANN, “Die Rechtsform der griechischen Stiftung”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3<sup>o</sup> Série, Tome III, Deuxième Partie, Bruxelles, 1956, p. 119 s., F. DE VISSCHER/U. E. PAOLI, *Novissimo Digesto Italiano*, voz: *Fondazione (diritto greco)*, Torino, 1968, A. R. HANDS, *Charities and Social Aid in Greece and Rome*, London, 1968, L. ALEXANDER,

imperial e os *equites* (a aristocracia da finança) de *consagrar* uma porção do património pessoal — com efeitos, umas vezes, ainda em vida da pessoa em causa (doações) e, outras vezes, após a sua morte (legados, fideicomissos) — à prossecução duradoura de determinadas finalidades de cariz social e mesmo de cariz educativo e cultural <sup>2</sup>. Assim, e por exemplo <sup>3</sup>: (i) entrega periódica de somas em dinheiro (*sportulæ*) ou de produtos alimentares (trigo, azeite, etc.) a coletivos de cidadãos (casos dos *decuriões* e dos *Augustales*) ou aos membros de um *collegium* profissional ou ao *populus* de uma cidade; (ii) organização periódica de banquetes, jogos desportivos ou espetáculos gratuitos, incluindo combates de gladiadores; (iii) adjudicação de terrenos para o enterramento de cidadãos sem recursos económicos; (iv) organização de espetáculos cénicos e instalação e/ou manutenção de bibliotecas <sup>4</sup>.

---

*Anstalten und Stiftungen: verselbständigte Vermögensmassen im Römischen Recht*, Köln, 2003, e J. M. BLANCH NOUGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, p. 109 s. Analisando, na sua evolução, diversos “actes de fondation”, desde a IV dinastia (2723-2563 a.C.) até ao final da VI dinastia (2420-c. 2260 a.C.) do Antigo Império Egípcio, vide J. PIRENNE, “La fondation en droit égyptien sous l’Ancien Empire”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 3<sup>e</sup> Série, Tome II, Première Partie, Bruxelles, 1955, p. 19 s.

<sup>2</sup> As fontes, que comprovam esse uso — observado, note-se, também por mulheres; cfr. J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 104 s., que faz referência à “fundación de *Tarracina* en el Lacio [que] fue realizada por la ciudadana *CÆLIA MACRINA*, en época de *ADRIANO* a mediados del siglo II d.C., la cual con motivo de la muerte de su higo *Macer*, dejó en testamento a la *civitas* la suma de un millón de sestercios, cuyos intereses calculados al 4,1/3% se destinarían a la manutención de los 100 niños seleccionados mediante de la entrega mensual a cada uno de 5 denarios (20 sestercios), así como también de 4 denarios (16 sestercios) a cada una de las 100 niñas seleccionadas, hasta que los primeros cumplieren 16 años y las niñas, 14” — são numerosas: particularmente abundante é o material epigráfico (cfr., por exemplo, G. LE BRAS, “Les fondations privées...”, in: *Studi Riccobono*, cit., III, p. 23 s.) mas não faltam, embora em menor número, estudos jurídicos (nos livros de *legatis* e *fideicommissis* — cfr. B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, voz: *Fondazione — a) Diritto Romano*, Varese, 1968, p. 775) e literárias (v. g., *Epístolas* de *PLINIO*, o *Novo* — cfr., em particular, I.8, V.7, V.11 e VII.18) —, *PETRÔNIO*, *Satyricon*, e os *Anais* de *TÁCITO*, nomeadamente, A. 3. 72).

<sup>3</sup> Na enumeração (exemplificativa) feita a seguir no texto sobre os escopos mais comuns das chamadas “fundações beneficentes” (da época do Principado), socorremo-nos de J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, 95 s., e de B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 775; o primeiro destes Autores, para além de múltiplas referências doutrinárias, fornece (nas notas 239 a 249) exemplos de fundações privadas (é só delas que falamos, note-se) que comprovam quão variado era o seu escopo.

<sup>4</sup> Como decorre de uma das suas *Epístolas* (cfr. I. 8), uma das primeiras *liberalidades* de *PLINIO* consistiu precisamente na *fundação* de uma biblioteca na sua cidade natal (Como), de cujo funcionamento também assumiu o encargo. Na referida *Epístola*, *PLINIO* pedia ao seu amigo *POMPEIO SATURNINO* que lhe fizesse a revisão do discurso proferido por ocasião da entrega do *edifício*, e que tencionava publicar. Depois de dar conta a esse seu amigo que, na mesma altura, fizera uma outra liberalidade, *não de jogos ou de gladiadores*, mas antes de uma dotação anual para o sustento de crianças *ingenui* da cidade (cfr. *infra*, nota 6), *PLINIO* referia-se à diferença de sentido dos dois atos, os quais, por isso mesmo, exigiam entonos discursivos diferenciados. Ouçamo-lo (na versão francesa de *ANNE MARIE GUILLEMINI*, *Pline le Jeune, Lettres*, Tome I<sup>er</sup>, Livres I-III, 4<sup>e</sup> ed., Société d’Édition “Les Belles Lettres”, Paris, 1961, p. 17-18):

“10 (...) quand il s’agit des plaisirs des yeux ou des oreilles, pas n’est besoin de les trop vanter et il convient même qu’un discours conseille sur ce point moins l’usage que la retenue; 11 mais pour qu’on consente de bon cœur à affronter les mécomptes et les difficultés de l’éducation d’une famille, il faut non seulement l’appât d’un profit, mais encore de délicates exhortations. 12 Si en

a) Dentro das fundações(-não autónomas) beneficentes, a doutrina romanista dá particular destaque às chamadas “fundações alimentares” privadas, que remontam ao século I<sup>5</sup>. E, também neste domínio, PLINIO deu provas da agudeza da sua consciência social. Sendo dono de vários terrenos no *municipium* de *Novum Comum* (Como, que era, como já antes dissemos, a sua cidade natal), PLINIO fez uma venda fictícia por *mancipatio* de um deles pelo valor de 500 000 sestércios ao referido município; este, depois de onerar o terrenos com uma renda (*vectigal*) correspondente a 6% do seu valor de aquisição, restituiu-o a PLINIO, na qualidade de concessionário *vectigalista* (titular de um *ius in agro vectigali*). Tratava-se de um ónus perpétuo, ficando a renda (de 30 000 sestércios anuais) *afetada*, com essa mesma característica de perpetuidade, ao sustento de meninos e meninas *ingenui* da cidade (mais concretamente: 100 meninos e 75 meninas pertencentes à *plebs urbana* de Como, recebendo, individualmente, os meninos 16 sestércios e as meninas 12 sestércios)<sup>6-7</sup>.

b) A partir de Nerva (dizem uns) ou de Trajano (asseguram outros, que parecem ser em maior número)<sup>8</sup>, o modelo das fundações(-não autónomas) alimentares privadas foi seguido pelos próprios Príncipes. Não é seguro que estes não tivessem outro móbil que não fosse o combate à pobreza (beneficên-

---

effet un médecin qui veut faire absorber une substance bonne à la santé, mais peu agréable au palais, l'accompagne de paroles engageantes, combien était-il mieux indiqué encore que celui qui travaille au bien de la ville par une donation extrêmement utile, mais moins flatteuse pour le goût public, la fit accepter par les agréments d'un discours! Surtout je devait prendre garde qu'une générosité attribuée à ceux qui avaient des enfants ne mécontentât ceux qui n'en avaient point, que l'honneur décerné à quelques-uns fût par les autres et patiemment attendu et mérité. 13 Mais si au moment où j'ai parlé l'intérêt commun et non la vanité privée m'inspiraient, parce que je voulais faire comprendre le but et les conséquences de mon présent, maintenant qu'il s'agit de publier, je redoute de paraître occupé peut-être moins des avantages d'autrui que de ma propre renommée».

PLINIO não foi, porém, o único a revelar a sua preocupação com a *promoção cultural* dos seus concidadãos. Referido por F. DE VISSCHER, “Les fondations privées en droit romain classique”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3<sup>a</sup> Série, Tome II, Quatrième Partie, Bruxelles, 1955, p. 199, é também o caso de TIBERIO JULIO AQUILA, que instituiu uma fundação cujo fim era a manutenção, envolvendo a aquisição de livros, da biblioteca de Éfeso. [De resto, já vimos escrito — só que não nos lembramos onde — que a famosa Biblioteca de Alexandria teve origem numa fundação.]

<sup>5</sup> E das quais se diz que não tinham tido *precedente* na Grécia; cfr., neste sentido, J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 111 s., que se apoia em E. F. BRUCK, “Die Stiftungen für die Toten in Recht, Religion und politischen Denken der Römer” in: *Über Römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1954, p. 66, nota 34, e em G. LE BRAS, “Les fondations privées...”, in: *Studi in onore di S. Riccobono*, cit., p. 61.

<sup>6</sup> Cfr. a *Epístola* (VII, 18) de PLINIO a CANINIO e os desenvolvimentos que dela faz J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 103.

<sup>7</sup> Referindo outros exemplos de fundações alimentares, *vide* J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 104 s. (*supra*, na nota 2, falámos já de um desses exemplos: a fundação de *CÆLIA MACRINA* da época de Adriano).

<sup>8</sup> Com múltiplas referências num sentido e noutro, *vide* J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 124 s.

cia pública). Não faltam, com efeito, autores que apontam a essas novas fundações alimentares, que assumiam *carácter público*, finalidades de outra ordem, entre as quais avultariam: (i) segundo uns, o empenhamento do imperador, da classe senatorial e dos *equites* no reforço da lealdade política dos grupos beneficiados; (ii) segundo outros, preservação do papel da Itália como cabeça do Império, estancando os fluxos migratórios para outras províncias; (iii) finalmente, há ainda outros que, a esta última finalidade demográfica, acrescentam a do incremento (da produtividade) da agricultura italiana, visando um melhor abastecimento de Roma em trigo e azeite <sup>9</sup>. Não cabe aprofundar aqui este ponto. Passaremos, pois, adiante, descrevendo o *modo* como tais fundações ditas *imperiais* eram instituídas. Em termos muito sucintos, era assim: Os grandes e os pequenos proprietários rurais obtinham *empréstimos* do *fiscus* a taxas de juro fixas anuais, que ficavam muito aquém das que eram correntes entre os particulares, sendo as importâncias correspondentes — cujo pagamento era objeto de uma garantia real sobre os próprios terrenos — *afetadas*, em princípio, perpetuamente, ao *sustento* de crianças de famílias carenciadas de diferentes cidades. Tem-se discutido se a *adesão* dos proprietários a este “programa de beneficência pública” — ao qual não se afigura possível negar o mérito do fomento da atividade agrícola, com as consequências que facilmente se anteveem — assentava apenas na sua vontade, que a modicidade das taxas de juro ajudava a concretizar, ou se, ao invés, eram *coagidos* a fazê-lo, à luz dos superiores interesses públicos prosseguidos <sup>10</sup>. Uma outra fonte de polémica entre os romanistas, que respeita, também ela, à natureza dos “empréstimos” (*scilicet*: do “crédito agrícola”), tem a ver com a sua repetibilidade ou irrepetibilidade por parte do *fiscus* <sup>11</sup>. Mas também estes são aspetos sobre os quais não nos cabe tomar posição.

c) Voltemos às fundações(-não autónomas) privadas. E para referir uma sua outra categoria — as chamadas “fundações funerárias”, cuja origem em Roma remonta aos finais do século I <sup>12</sup>. Consistiam elas no seguinte: Uma

<sup>9</sup> Com indicações sobre os vários defensores de cada uma destas posições, vide J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 146 s.

<sup>10</sup> Vide J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 142 s., com várias referências.

<sup>11</sup> Vide de novo, a este propósito, J. M. BLANCH NOUGUÉS *ob. cit.*, p. 145 s.

<sup>12</sup> Os romanos (alguns séculos depois) seguiram, portanto, o exemplo dos gregos (cfr. *supra*, nota 1; sobre as “analogies frappantes” entre as fundações funerárias romanas — “fundações de culto” seria outra forma de dizer — e as fundações funerárias gregas, vide F. DE VISSCHER, “Les fondations privées...”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, cit., p. 202 s.). As fundações funerárias também abundaram no Antigo Império Egípcio. Disso nos dá conta J. PIRENNE, “La fondation en droit égyptien...”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, cit., p. 19 s.

pessoa atribuía a outrem (pessoa coletiva ou, menos frequentemente, pessoa humana) determinados fundos (dinheiro ou mesmo bens imóveis) por meio de uma doação ou de um legado, sujeitando esta sua liberalidade a uma cláusula modal (*modus*) pela qual impunha ao donatário ou ao legatário a perpétua *afetação* desses fundos a determinados fins, nomeadamente, conservação do sepulcro do autor da doação ou do legado (o *fundador*) e realização de ritos e de actos em sua memória, tais como a colocação de flores na campa do falecido, ou organização de banquetes e de festas perante o seu sepulcro por parte de familiares, amigos ou concidadãos em geral, o levantamento e/ou a conservação de estátuas do falecido ou a realização *in memoriam* deste de actividades em benefício de terceiros ou da coletividade em geral, que iam desde a entrega de espórtulas a certos grupos de pessoas (as crianças necessitadas constavam normalmente do rol dos beneficiários) até à organização de competições desportivas e espetáculos diversos para o público em geral, em certas datas, que normalmente coincidiam ou com a do nascimento ou com a da morte do *fundador* (“dias festivos”, digamos) <sup>13</sup>.

Ao contrário das fundações(-não autónomas) de beneficência, nestas se incluindo, lembre-se, as fundações(-não autónomas) alimentares privadas, as fundações(-não autónomas) funerárias constituíam prática corrente entre os plebeus, os libertos <sup>14</sup> e, em geral, entre as pessoas de condição humilde <sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Às fundações funerárias, cujo fim era estritamente o “culto dos mortos”, juntavam-se, pois, outras que eram em maior número, digamos, *mistas*, que faziam acompanhar esse fim de outros de cunho social. Porém, e como escreve F. DE VISSCHER, “Les fondations privées...”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, cit., p. 201, “les unes et les autres poursuivent, en définitive, le même but, qui est de perpétuer la mémoire du fondateur, de rappeler à jamais son souvenir et son nom parmi les vivants”. Do mesmo Autor são ainda estas outras palavras: “Si la croyance à l’immortalité est générale à l’époque classique, il reste chez les hommes la crainte et l’horreur de se perdre dans la foule anonyme des morts”.

<sup>14</sup> Da leitura “de fio a pavio” que Trimalquíão fez do seu próprio testamento (cfr. PETRÔNIO, *Satyricon*, 71.5-12) decorre que este famoso libertos instituiu por esse modo a sua “fundação funerária”. O trecho é longo, mas não resistimos à sua transcrição (em português, é claro; socorremo-nos — note-se — da tradução de DELFIM LEÃO do *Satyricon*, publicado pela Cotovia, 2.ª edição, 2006, p. 119-121):

“(…) <sup>5</sup>Em seguida, fixou os olhos em Habinas e inquiriu:

— E tu que dizes, meu amigo do peito? Vais tratar de me construir o monumento fúnebre, tal como eu te indiquei? <sup>6</sup>Peço-te encarecidamente que junto aos pés da minha estátua faças pintar uma cadelinha, coroas de flores, vasos de perfume e ainda todos os combates de Petraitas, a fim de que eu consiga, através da tua benevolente aplicação, a graça da vida depois da morte. Além disso, deve ter cem pés de frente e duzentos de profundidade. <sup>7</sup>Quero ainda que haja todo o tipo de frutas à volta das minhas cinzas, e vinhas com fartura. De facto, é uma grande tolice manter as casas muito arranjadas enquanto se é vivo e não cuidar daquelas onde iremos habitar por mais tempo. Por isso, antes de mais nada, determino que se ajunte a seguinte inscrição: este monumento fúnebre não passará aos herdeiros. <sup>8</sup>Para mais, vou ter o cuidado de garantir, por testamento, que não irei receber injúrias depois de morto. De facto, tratarei de encarregar um dos meus libertos da função de zelar pela segurança do sepulcro, de maneira a garantir que ninguém corra a arriar o calhau atrás do meu monumento fúnebre. <sup>9</sup>Peço-te ainda que figures no meu panteão os barcos a navegar com as velas a todo o pano e me ponhas sentado numa tribuna,

d) Durante a República, dado o sentimento de solidariedade familiar que então imperava, o “culto dos mortos” era feito, de modo espontâneo (e, por isso mesmo, verdadeiramente piedoso), pelos seus descendentes <sup>16</sup>. E, por conseguinte, não se fazia sentir a necessidade de assegurar, pelos modos antes referidos, o cumprimento dos *sacra familiaria*. Esse sentimento perdeu-se (com o triunfo do liberalismo) no decurso do Alto Império (Cícero, *De Legibus*, 2, 21, 53, fala de *molestia sacrorum*) <sup>17</sup>. Porém, os homens, esses, mantiveram o anseio de não serem varridos da memória dos vindouros. E daí o recurso, que se sabe ter sido generalizado (e, como ainda há pouco dissemos, foi assim entre as pessoas de diferentes classes sociais, por isso que o falado anseio é comum aos ricos e aos pobres), às referidas fundações (“un système, il faut le reconnaître, [que] répondait admirablement aux besoins de l’époque” <sup>18</sup>).

4. Como escreveu o Professor Cabral de Moncada, “muito embora *omne ius hominum causa introductum sit*, contudo nem só o homem indivíduo ou pessoa singular gozava já no velho direito romano de personalidade ou capacidade jurídica. Além do indivíduo, outros sêres ou entidades sociais gozavam também já aí da qualidade de sujeitos de direito” <sup>19</sup>.

---

vestido de pretexta, com cinco anéis de ouro e a distribuir um saco de moedas por toda a gente, pois bem sabes que ofereci um banquete e dois denários por cabeça. <sup>10</sup>Ponham-se também uns triclinios, se te parecer apropriado. Porás ainda toda a minha gente a passar um bom bocado. <sup>11</sup>À minha direita, hás-de colocar a estátua da minha Fortunata a segurar uma pomba na mão e a conduzir uma cadela presa por uma correia; e ainda o meu rapazito e ânforas das grandes seladas, para que o vinho não salte fora; uma delas poderás esculpi-la partida, com um escravo a chorar em cima dela. E um relógio ao centro, para que quem vir as horas, com ou sem vontade, tenha de ler o meu nome. <sup>12</sup>No que respeita à epígrafe, presta lá atenção a ver se esta te parece bem adequada:

GAIO POMPEIO TRIMALQUIÃO MECENACIANO AQUI REPOUSA.  
FOI-LHE ATRIBUÍDO O SEVRATO EM SUA AUSÊNCIA. PODIA TER  
ESTADO EM TODAS AS DECÚRIAS DE ROMA, MAS NÃO QUIS.  
PIEDOSO, VALENTE, FIEL, CRESCER DO NADA E DEIXOU TRINTA  
MILHÕES DE SESTÉRCIOS, SEM NUNCA TER DADO OUVIDOS A  
UM FILÓSOFO.  
PASSA BEM. — E TU TAMBÉM.”

<sup>15</sup> “L’extraordinaire abondance des fondations funéraires romaines est frappante” — F. DE VISSCHER, “Les fondations privées...”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, cit., p. 201; cfr., ainda, por exemplo, J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 82.

<sup>16</sup> Cfr., por todos, E. F. BRUCK, *ob. cit.*, p. 50 s.

<sup>17</sup> Cfr., por exemplo, B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 776, e F. DE VISSCHER, “Les fondations privées...”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, cit., p. 202.

<sup>18</sup> Transcrevemos F. DE VISSCHER, “Les fondations privées...”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, cit., p. 202.

<sup>19</sup> Cfr. *Elementos de Direito Romano*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1924, p. 187.

a) Entre “esses outros sêres ou entidades sociais”, que se entendiam dotados de personalidade jurídica, desde o direito romano mais antigo, contavam-se — todos o reconhecem — o *populus romanus* (Estado) e os *municipia* (cidades)<sup>20</sup>. Esta consciência, que os juristas romanos tiveram, sobre a *utilidade* de conceber como um único sujeito certos conjuntos de pessoas — falando-se, a esse propósito, de *corpus*<sup>21</sup> e de *universitas*<sup>22</sup> — alargou-se a outros domínios da organização social. Mais precisamente: (i) aos *collegia cultorum*, *sodalicia*, *sodalitates*, corporações organizadas em vista do culto de divindades particulares e muitas vezes estrangeiras; (ii) aos *collegia tenuiorum*, *collegia funeraticia*, corporações que tinham em vista assegurar aos seus membros, gente pobre e de baixa condição, as honras fúnebres e a sepultura; (iii) aos *collegia* que, agrupando as pessoas que exerciam a mesma profissão, é dizer, as corporações de artes e ofícios, e que daquela tomavam o nome<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Cfr., entre nós, L. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 190 s., e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 5.ª ed., Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, Studia Iuridica, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 151 s.

<sup>21</sup> Como observa R. ORESTANO, *Il “problema delle persone giuridiche” in diritto romano*, Torino, 1968, p. 173 e p. 174, no termo *corpus* convergiam um perfil metafórico e um perfil imediatamente qualificativo e sintético, o qual permitia, a um tempo, significar um conteúdo material e a ideia de uma entidade orgânica e vivente, sendo a essa luz que se há-de compreender o papel que esse termo pôde desempenhar na consideração “unificada” de muitas situações, “sino a fornire uno dei principali schemi per la loro costruzione giuridica”; “esso [o termo *corpus*, entenda-se] diverrà addirittura uno dei termini tecnici del linguaggio giuridico romano per indicare le situazioni ‘a base personale’, preparando così il terreno a quella nuova e ancor più impegnativa metafora antropomorfica che sarà costituita dalla loro qualificazione, nel medioevo e soprattutto in età moderna, come ‘persone’ ”.

<sup>22</sup> A noção jurídica de *universitas* — disse-o o conceituado B. BIONDI — “non è frutto di speculazione né è creazione arbitraria della scienza giuridica (...). Essa è piuttosto desunta della considerazione sociale unitaria di taluni aggregati, che nella vita comune si considerano come unità. La scienza del diritto nulla crea, ma riconosce quella unità che risulta dalla valutazione comune di taluni aggregati, unicamente allo scopo, e soltanto a tal fine, di dare a tali complessi quella disciplina adeguata a tale valutazione. Qualora un complesso di elementi, aventi una determinata destinazione, soddisfi un interesse diverso, giuridicamente rilevante, rispetto alle singole cose atomisticamente considerate, si rende necessaria una considerazione unitaria. Si può parlare di unificazione funzionale piuttosto che strutturale” (cfr. “La dottrina giuridica della ‘universitas’ nelle fonti romane”, in *Congresso Giuridico Nazionale in memoria di Carlo Fadda*, Milano, 1968, p. 33).

<sup>23</sup> Cfr., por exemplo, o nosso *A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 620.

Nessa obra (p. 604-605), referimo-nos à existência em Roma, já no tempo da Monarquia, de corporações (*collegia*) de artesãos, que, pela natureza das suas funções, relevavam do direito público [segundo PLUTARCO, esses *collegia* foram instituídos por Numa Pompílio (c. 715-c. 672 a.C.), para serem depois abolidos por Tullus Hostilius (c. 672-640 a.C.) — assim o diz HEINECCIUS, *De collegiis et Corporibus opificum*, 378 (citado por E. MARTIN SAINT-LÉON, *Histoire des corporations de métiers*, 3.ª ed., Paris, 1922, p. 3), o qual também acrescenta que só a partir de Servius Tullius (c. 578-c.534 a.C.) é que as “corporações de ofícios” passaram a ter uma “existência contínua e regular”.]

No período da República, com a promulgação da Lei das XII Tábuas, essas associações puderam mesmo ser constituídas livremente. Com o avanço desse período, o poder político passou, porém, a olhá-las com desconfiança: para atalhar ao fenómeno da sua *politização*, o Senado — socorrendo-se da *reserva* que a Lei das XII Tábuas punha ao princípio da livre constituição de associações: o seu fim não podia ser contrário à lei — não se coibiu de controlar o seu funcionamento e, quando

b) Menos pacífica é, porém, a questão da subjetividade jurídica de dois “outros seres ou entidades sociais” (continuamos a usar a terminologia de Cabral de Moncada). São eles o Fisco (*fiscus*) e a herança jacente (*hereditas jacens*)<sup>24</sup>. Sobre o primeiro, entre os que defendem que se tratava de propriedade privada do príncipe (*fiscus Cæsaris*) e os que o configuram como uma *Anstaltperson*, dotada de autónoma subjetividade jurídica, há os que consideram que o seu titular era o Estado, do qual o príncipe era simplesmente representante<sup>25</sup>.

Quanto à segunda, a herança jacente — “a herança já deferida por um título válido, lei ou testamento, depois da morte do *de cuius* e contudo ainda não adquirida pelo herdeiro em virtude de um acto expresso de aceitação (adição)”<sup>26</sup> —, o Digesto apresenta dela três concepções diferentes: *hereditas* como *domina*; *hereditas* como fazendo as vezes do futuro herdeiro; *hereditas* como fazendo as vezes do defunto<sup>27</sup>. Tem sido sobretudo a partir daquela primeira concepção, que assim aparece hipostasiada — comumente invocada, ainda que de forma adjuvante, é também a expressão, usada no Digesto, *hereditas personæ vice fingitur* (D. 46, 1, 22; D. 41, 3, 15, pr.) —, que um sector da doutrina

---

tal lhe pareceu mais conveniente, de decretar a sua dissolução. Os ataques (por motivos políticos) à autonomia dos *collegia* (e às associações em geral) culminaram, já nos finais da República, na promulgação da *lex Iulia collegiis*, segundo a qual todas as associações, cujos estatutos previssem a realização de assembleias de sócios, careciam de autorização do Senado. Nos primeiros tempos do Império recrudescer a aplicação dessa lei, ou seja, acentuou-se a política de hostilidade em relação aos *collegia* sobre os quais incidisse a suspeita de exercerem atividades à margem das suas atribuições profissionais. Com Diocleciano, o regime jurídico das associações profissionais (então já chamadas *corporas*), em resposta, por certo, à grave crise que grassou no século III, sofreu uma remodelação profunda: a adesão, além de obrigatória, era hereditária, “the number of independent workshops decreased everywhere, and the state provided for its own requirements by establishing manufactories in all provinces” [*Oxford Classical Dictionary*, 757 (voz: *industry*).] Em certa medida, esse regime assentava já numa lógica de *privilégio*, que veio a ser sublimada no reinado de Justiniano I: às “corporações de ofícios” foram então atribuídas prerrogativas várias, que iam do controlo da capacidade produtiva de cada um dos seus membros, através, por exemplo, da proibição de estes se abastecerem no mercado das matérias primas de que careciam e da fixação do número de auxiliares que podiam ter ao seu serviço, até à determinação dos preços dos respetivos produtos.

<sup>24</sup> Relativamente às *societates vectigalium* ou *societates publicanorum* — como observa R. FIGUEIREDO MARCOS, *As companhias pombalinas*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 16, “a escolha prende-se com o elemento a destacar: o publicano ou o *vectigal*” — são raríssimas as vozes (entre os romanistas) a negar-lhes personalidade jurídica; com inúmeras referências, cfr. R. FIGUEIREDO MARCOS, *ob. cit.*, p. 19, nota 26.

<sup>25</sup> Sobre os diferentes entendimentos, no que respeita à natureza jurídica do *fiscus*, vide R. ORESTANO, *ob. cit.*, p. 240 s., B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 783 s., e J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 44 s.; entre nós, cfr. L. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 205, e A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-I*, cit., p. 153 s.

<sup>26</sup> Cfr. L. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 206.

<sup>27</sup> Vide B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 782 s.; cfr., ainda, J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 40 s., e, entre nós, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-V*, (*Direito das sucessões e doações*), Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, Studia Iuridica, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 59 s.

conclui no sentido da *personificação* da herança jacente pelos jurisconsultos romanos<sup>28</sup>. Este não é, contudo, o entendimento maioritário<sup>29</sup>.

c) Existindo óbvias diferenças, no que respeita à *natureza* do respetivo substrato, entre os *municipia* e os *collegia*, por um lado, e as fundações, por outro — os municípios e os colégios (doravante, corporações) tinham *corpus*, que a *universitas personarum* consubstanciava, o *corpus* que faltava às fundações, por isso que eram, como depois se disse, apenas *universitas rerum*<sup>30</sup> —, não faltavam, contudo, “*notáveis analogias*”<sup>31</sup>, no aspeto antes referido entre as fundações e o *fiscus*, bem como entre as fundações e a *hereditas jacens*. Ainda assim, fica(-nos) a ideia de que as dúvidas, a que antes aludimos, sobre a natureza jurídica do fisco e da herança jacente, não têm cabimento em relação às fundações. Ou seja, e pensando agora apenas nas épocas clássica e pós-clássica — adiante veremos que o ponto já não é tão pacífico na época justinianeia<sup>32</sup> —, não existiram em Roma “fundações, no sentido de patrimónios (*universitates rerum*) dotados de personalidade e, portanto, patrimónios-sujeitos de direito e afectos de um modo permanente à realização de certos fins de interesse colectivo”<sup>33</sup>.

5. Porque não lograram a *personificação* das fundações, os juristas romanos das referidas épocas não as encararam — ocioso dizer — como *portadores* ou

<sup>28</sup> Nesse sentido, poder-se-ão apontar autores como DI MARZO, SCADUTO e BONFANTE, que são referidos por B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit, p. 782, notas 32 e 33.

<sup>29</sup> Com múltiplas referências, vide J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 40 s., que se mostra, também ele, contrário ao entendimento da herança jacente como pessoa jurídica; cfr., ainda, B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit, p. 783, e, entre nós, L. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 206 s., e A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-V*, cit., p. 61 s.

<sup>30</sup> A contraposição, no quadro da teoria das pessoas jurídicas, entre *universitas personarum* (que se configura como *associação de pessoas*) e *universitas rerum* (que surge como *acervo de bens*) — hoje usada amiúde (não sem contestação, diga-se) — remonta a G. F. PUCHTA (discípulo de Savigny e, por isso mesmo, defensor da teoria da *ficção*), na obra *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1841.

<sup>31</sup> Vide L. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 205; cfr., ainda, R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, I, Genova, 1958, p. 180 s.

<sup>32</sup> Cfr. *infra*, número 10 d).

<sup>33</sup> Transcrevemos L. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 202; cfr., ainda, no mesmo sentido (esmagadoramente maioritário), entre nós, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-I*, cit., p. 158. Mesmo no que respeita às fundações alimentares imperiais, terá sido A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl., III, 1873-1892, p. 549 s. (citado por J. M. BLANCH NOUGUÉS *ob. cit.*, p. 134) um dos poucos que defendeu constituírem verdadeiros e próprios “patrimónios separados” (*Zweckvermögen*) dotados de subjetividade jurídica (conquanto não fossem patrimónios que pertencessem a alguém, *constituíam patrimónios que pertenciam a alguma coisa — für etwas* —, por isso que estavam adstritos a um fim determinado); criticando este entendimento, cfr. por exemplo, B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit, p. 778 s., e G. SEGRÉ, “Sulle istituzioni alimentari imperiali. Nota ad una monografia del Brinz”, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”*, 2, Milano, 1889, p. 80 s. (citado por J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 135).

*titulares* de si mesmas. Os seus portadores ou titulares tinham, pois, de ser terceiros<sup>34</sup>. O que levantava problemas de vária ordem, e sobremaneira relevantes: Quem haveriam de ser esses terceiros e qual o *modo de chegar* até eles? Como *garantir* que aqueles aos quais se *chegara* respeitariam a vontade dos fundadores que deles tinham feito os portadores ou titulares das suas fundações?

A perpetuidade, que tipicamente se almejava para a fundação que se queria instituir — e sem que para o caso importasse o escopo que, em concreto, se lhe fixava —, fazia com que, impondo-se escolher entre uma pessoa humana e uma pessoa coletiva para portador dessa fundação, a última levasse claramente a dianteira. E a razão é óbvia: uma pessoa humana vive por certo tempo, ao passo que uma pessoa coletiva, mesmo que não “viva” *ad æternum*, pode *sobreviver* a múltiplas gerações.

a) É dessa razão que releva a preferência que os fundadores davam às pessoas coletivas para serem os portadores das respetivas fundações (falamos, note-se, das três categorias de fundações privadas antes referidas, sendo que, como antes vimos, a “fundação alimentar” instituída por PLÍNIO, e pelas razões que ele próprio aduz, tinha uma matriz *sui generis*). Essas pessoas coletivas eram os *municipia* e os *collegia*, que, como atrás vimos, já no velho direito romano gozavam da qualidade de sujeitos de direito. A *capacidade de gozo*, que tal qualidade pressupõe, “foi sempre uma capacidade *sui generis* e necessariamente limitada”. Estas são palavras de Cabral de Moncada, que, logo de seguida, acrescentava: “A pessoa colectiva não é uma realidade concreta como a pessoa singular [dizendo assim, o Professor de Coimbra parecia pôr de lado a teoria da *realidade* de Gierke], e não pode ter, por natureza, muitos dos direitos que a esta pertencem; por ex.: não pode gozar de direitos de família. A esfera em que, particularmente, lhe são atribuídos certos direitos é exclusivamente patrimonial. *E mesmo aqui a sua capacidade é limitada e sofreu no direito romano constantes transformações*”<sup>35</sup>.

b) Tendo sido assim com as corporações, não foi diferente com as cidades, ou seja, também em relação a estas se assistiu, no decurso do tempo, a um

<sup>34</sup> E daí falar-se (como nós também aqui fazemos) de fundações não autónomas; igualmente usada, para significar a mesma ideia, é a expressão “fundações-fiduciárias” (cfr., entre nós, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-I*, cit., p. 158; CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 203, dizia tratar-se de fundações em sentido lato, simples e não técnico).

<sup>35</sup> Cfr. *Elementos...*, cit., vol. II, p. 198; referindo-se igualmente a essa transformação (ao longo do tempo) da capacidade de gozo das diferentes pessoas coletivas, vide A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-I*, cit., p. 152 s.

*redimensionamento do perímetro* da sua capacidade de gozo. Por razões que adiante melhor se perceberão, ao caso interessa sobremaneira os aspetos dessa capacidade atinentes ao direito sucessório. Relativamente às cidades — di-lo A. Santos Justo <sup>36</sup> —, nos inícios, só puderam receber legados de pessoas pertencentes à própria *civitas*. Com Nerva esta (antiga) restrição foi eliminada, passando então as cidades a poder receber legados de qualquer habitante do Império, o que veio a ser posteriormente confirmado por um *senatusconsulto* da época de Adriano <sup>37</sup>. A culminar este processo (de crescente alargamento do perímetro da capacidade sucessória das cidades), temos o *senatusconsulto Apronianum*, também da época de Adriano, que reconheceu legitimidade às cidades para receberem uma herança, em virtude de um fideicomisso universal, com o benefício do *senatusconsulto Trebeliano* (D. 36, 1, 27(26); D. 36, 1, 28 (27) pr.).

c) Quanto à capacidade sucessória das corporações, a sua afirmação (nos *textos legais*, quando menos) é mais serôdia. Ocorreu já na época de Marco Aurélio, tendo o respetivo *senatusconsulto* feito distinção entre os “*collegia cui licet coire*” e os “*collegia non licet*”. Os primeiros, que eram os que estavam reconhecidos pelo Poder Público, para além de poderem receber legados, tinham legitimidade para exigir o cumprimento daqueles que lhes tivessem sido concedidos; os segundos, é dizer, os *collegia* que não tinham obtido o falado reconhecimento, não gozavam da mesma capacidade, o que não impedia que os seus membros, individualmente considerados, a fizessem valer (D. 34, 5, 20 (21)) <sup>38</sup>. No que respeita à faculdade de serem instituídas herdeiras, as corporações só a viram ser-lhes reconhecida a partir de Constantino; a princípio, só como privilégio de algumas, mais tarde, com Justiniano, como prerrogativa de todas <sup>39</sup>.

6. Não custa admitir que este redimensionamento do perímetro da capacidade de gozo (e, mais precisamente, da capacidade sucessória) das cidades e das corporações estivesse associado à crescente importância socio-

<sup>36</sup> *Direito Privado Romano-I*, cit., p. 3.

<sup>37</sup> Cfr., por todos, G. WESCH-KLEIN, “Rechtliche Aspekte privater Stiftungen während der römischen Kaiserzeit”, *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*. Bd. 38, Wiesbaden-Stuttgart, 1989, p. 189 s.

<sup>38</sup> Cfr. J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 102, que cita o referido trecho do *Digesto* (*Paul. 12 ad Plaut.*), no qual se lê: “*Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur: cui autem non licet si legetur non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum*”.

<sup>39</sup> Cfr., entre nós, L. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 198 s., e A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-I*, cit., p. 155 s.

-económico-cultural das fundações(-não autónomas) privadas na época do Principado.

a) Com efeito, ao reconhecer-se a essas *personas colectivas*<sup>40</sup> a faculdade de serem instituídas herdeiras e/ou receberem legados, permitia-se que elas fossem escolhidas como portadores das fundações privadas instituídas *post mortem*. E a verdade é que, pela razão antes aludida, a sua escolha era a mais azada. De resto, não falta quem defenda que, no período anterior às intervenções imperiais antes referidas — lembre-se que Santos Justo considera que a capacidade das cidades para receberem legados das pessoas pertencentes à própria *civitas* precedeu a intervenção de Nerva —, já se reconhecia às cidades e às corporações capacidade sucessória; tratar-se-ia de uma *prática consuetudinária*, entretanto interrompida em consequência da desorganização na gestão das cidades e da “acção subversiva”<sup>41</sup> das corporações. Do que verdadeiramente se tratou foi, pois, do restabelecimento dessa prática, dando-lhe, do mesmo passo, o *cunho de lei*<sup>42</sup>. A ter sido efetivamente assim, não foi preciso esperar pelas intervenções de Nerva e de Adriano (das fundações do tempo de Constantino e, sobretudo, do tempo de Justiniano — as famosas *piæ causæ* — falaremos adiante) para que as cidades e as corporações se tivessem apresentado aos olhos dos fundadores como os portadores mais propícios das respectivas fundações.

b) Lançaremos agora o nosso olhar sobre o *modo* como os fundadores chegavam aos terceiros — por via de regra, e já sabemos porquê, cidades ou corporações —, fazendo deles os portadores das suas fundações. Pode dizer-se que os juristas romanos — não os verdadeiros juristas ou *iuris periti*, note-se, mas os “notaires et des petits scribes (*scribæ*, souvent appelés *tabelliones*)”<sup>43</sup> — encontraram a solução para um *problema novo* lançando mão de *meios técnico-jurídicos antigos*. Ou seja, na falta de um negócio jurídico adrede concebido para a instituição de uma fundação — o negócio jurídico a que modernamente se dá o nome de “negócio fundacional”; há mesmo quem afirme que os juristas romanos (nestes se incluindo agora os *iuri periti*) tão pouco tinham um *termi-*

<sup>40</sup> Cfr. *supra*, número 4 a).

<sup>41</sup> Cfr. *supra*, nota 23.

<sup>42</sup> Vide B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 776.

<sup>43</sup> Cfr. E. F. BRUCK, “Les facteurs moteurs de l’origine et du développement des fondations grecques et romaines”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 3<sup>e</sup> Série, Tome II, Deuxième Partie, 1955, Bruxelles, p. 165. Do mesmo Autor são ainda estas outras palavras: “Les fondations romaines n’étaient pas un produit de la jurisprudence ou de la législation romaine. Le facteur moteur était différent. Elles émanèrent du peuple lui-même; elles étaient un produit du *droit vulgaire*”.

*nus technicus* para “fundação”<sup>44</sup> —, utilizavam-se os legados (em testamento) e as *doações* (entre vivos): o *fundo patrimonial* (dinheiro ou outros bens, amiúde bens imóveis) era, por um desses modos, atribuído em propriedade (fiduciária?) a uma determinada cidade ou corporação, ficando a cidade ou a corporação escolhida com o encargo (*cláusula modal*) de gerir esse *fundo*, fazendo deste a aplicação que o respetivo *fundador* havia querido que fosse a sua.

7. A verdadeira *crux* de tais esquemas fundacionais residia, é claro, em garantir que o portador da fundação *executaria* a vontade do seu instituidor, é dizer, perpetuaria ou, quando menos, faria perdurar a fundação. A *fides* no portador da fundação (*scilicet*: na cidade ou na corporação) era, decerto, essencial. Porém, as fontes revelam que se cuidava do seu reforço, *juridicizando-a*. Os meios para o efeito usados eram os mais diversos. Nas fundações *instituídas em vida*, e como escreve, entre nós, Cabral de Moncada, era habitual recorrer à *stipulatio*<sup>45</sup>, fazendo-se intervir, nesse ato de disposição dos bens a

<sup>44</sup> Nesse sentido, cfr., por exemplo, E. F. BRUCK, “Les facteurs...”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, cit., p. 165. Na mesma linha, para além de H. LIERMANN, *ob. cit.*, p. 2, R. FEENSTRA, “Le concept de fondation du droit romain classique jusqu’à nos jours: théorie et pratique”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 3<sup>e</sup> Série, Tome III, Quatrième Partie, Bruxelles, 1956, p. 252: “(...) tandis que les rédacteurs des inscriptions romaines ne disposaient pas d’une terme spécial pour ‘fonder’ certains actes médiévaux nous montrent précisément l’emploi de cet mot *fundare*, ‘fonder’, ‘stichten’, pour indiquer la constitution d’un patrimoine distinct à côté de l’acte matériel de construire un bâtiment. Ce n’est pas dans tous les documents que ces termes se rencontrent, mais il va sans dire que nous assistons là à la naissance d’un terme spécial pour décrire ce que nous appelons maintenant fondation. Il convient encore de préciser que le premier emploi du mot *fundare* semble pouvoir être constaté à propos des monastères. Ce n’est que plus tard qu’on trouve spécialement employé à propos d’hôpitaux et d’autres œuvres charitables”.

<sup>45</sup> Existe um sector da doutrina que, pese embora reconhecer que o negócio (*inter vivos*) institutivo da fundação apresentava, muitas vezes, a forma externa ou aparente de *stipulatio*, nega que esta fosse “uma verdadeira *stipulatio* formalizada em vida entre o fundador e a corporação ou a cidade respectiva” (J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 117, nota 308). É essa a posição de A. PERNICE, *Labeo: römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, III, Halle, 1892, p. 155, o qual salienta que, em tais casos, a aceitação por banda da corporação do património fundacional e do encargo correspondente teria de ser feita pela assembleia dos seus membros ou, quando menos, por uma comissão representativa dos mesmos, e daí que, deixando de lado a aparência formal do negócio institutivo da fundação, estivéssemos perante uma realidade que excederia o campo exclusivamente bilateral de uma *stipulatio* entre o fundador e os gestores ou reitores da respectiva corporação (sobre a *governance* das corporações, cfr., entre nós, L. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 199, e A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-I*, cit., p. 154 s.). A mesma reserva à existência de uma verdadeira *stipulatio* é feita por L. MITTELS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Bd 1, *Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, München/Leipzig, 1908, p. 416, argumentando com a liberdade de forma que a caracterizava, o que era incompatível com os requisitos formais exigidos pelo Direito Privado para a celebração de uma verdadeira *stipulatio* (cfr., entre nós, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-II, Direito das Obrigações*, 4.<sup>a</sup> ed., Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, Stvdia Iuridica, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 84 s.). Não constituindo o negócio institutivo da fundação uma verdadeira *stipulatio*, não havia, por conseguinte, uma acção *ex stipulatione* (cfr. J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 117, nota 308) — e também não existia, é claro, qualquer acção específica a favor dos beneficiários da fundação (como adiante se verá, na nota 53, não era assim na Grécia).

favor da cidade ou corporação escolhida, uma terceira pessoa (*adstipulator*), perante a qual essa mesma cidade ou corporação se vinculava a restituir esses bens, caso não cumprisse o *modus* da doação <sup>46</sup>. Nessas mesmas fundações e, embora menos frequentemente, também nas fundações *post mortem* — nestas últimas, frequentes eram, sim, as cláusulas de *inalienabilidade* do património fundacional —, recorria-se outrossim à estatuição de cláusulas penais (*stipulatio pœna*) <sup>47</sup>, de cujo pagamento o Fisco (ou o *Erarium Populi Romani*) era o beneficiário. Numa e noutra categoria de fundações ia-se, por vezes, mais longe: impunha-se uma *condicio*, nos termos da qual o “património afectado seria transmitido a *instancia de parte interesada* a outra ciudad o colegio em caso de incumprimento de los fines previstos por la entidad a la que se confió el encargo” <sup>48</sup>.

a) A preocupação com a salvaguarda da perpetuidade das fundações, que passava, já o dissemos, e por várias vezes, pelo respeito da vontade dos respectivos instituidores, fez-se sentir, digamos, ao um nível mais alto. Mormente, em relação às fundações de beneficência, cujos portadores eram as cidades, e que tinham como beneficiários os respetivos habitantes, tem-se defendido, com efeito, que elas estavam sujeitas ao controlo dos chamados *curatores kalendarii* <sup>49</sup>; e isto, note-se, sem prejuízo da eventual intervenção, quer dos governadores provinciais <sup>50</sup>, quer do próprio Imperador — “al que podían dirigirse

<sup>46</sup> Cfr. *Elementos...*, cit., vol. II, p. 204.

<sup>47</sup> Cfr., entre nós, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-I*, cit., p. 158; mais desenvolvidamente, cfr. J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 115 s. e (em relação às fundações gregas) p. 114-115, nota 304.

<sup>48</sup> J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 118. No mesmo sentido, cfr., por exemplo, B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 776. O primeiro destes Autores (*ob. cit.*, *loc. cit.*) dá dois exemplos de fundações com a referida *condicio*: (i) “la fundación de CÆCILII OPTATUS (C. I. L., II, 4514 — ILS 6957) (...), de Barcelona en la qual se disponía (...) que si dicha ciudad no cumplía el *modus* impuesto se debía llevar a cabo una *translatio legalis*, e así el capital fundacional sería trasladado a la ciudad [rival] de Tarragona”; (ii) “la fundación de DOMITIUS POLYCARPUS (C. I. L. XIV, 2795; LAUM, II, Nr. 12 p. 167) del año de 140 d.C. a cargo del municipio italiano de *Gabii* con la *condicio* de que si non se cumple se entregará el capital al municipio de *Tusculum*”.

<sup>49</sup> Nesse sentido, cfr., por exemplo, S. MROZEK, *Les distributions d'argent et de nourriture dans les villes italiennes du Haut-Empire romain*, Bruxelles, 1987, p. 55.

<sup>50</sup> Referindo o empenhamento dos governadores de província na *fiscalização* das fundações, em ordem a garantir a prossecução dos respetivos escopos, cfr. L. MITTELS, *ob. cit.*, p. 415; segundo o Autor, casos havia em que a *fiscalização* (*administrativa*) das fundações de beneficência privadas, cujos portadores eram as cidades ou as corporações chegava a envolver a própria Administração Imperial. Um desses casos seria o da alteração do escopo da fundação, que estaria dependente de autorização do Senado. Para ilustrar isto mesmo, apresenta-se o exemplo de uma fundação *post mortem*, cujo portador era a cidade de Trevia, e que tinha por escopo a construção de um novo teatro nessa mesma cidade; o governo municipal veio depois solicitar autorização para que o património fundacional fosse utilizado na construção de uma calçada. Essa alteração obteve parecer favorável do Imperador (Tibério), mas foi denegada pelo Senado, que (no correspondente *senatusconsulto*)

los interesados en el cumplimiento del encargo”<sup>51</sup> —, quer ainda, no âmbito municipal, dos *curatores rei publicæ*<sup>52-53</sup>.

b) As dificuldades inerentes às fundações(-não autónomas) privadas, no que respeita à sua perpetuidade e, por conseguinte, ao respeito pela vontade dos seus instituidores, são expressamente referidas na *Epístola* de PLÍNIO a CANÍNIO<sup>54</sup>. Interpelado por este seu amigo sobre o meio mais seguro para garantir, mesmo depois da morte, a sua liberalidade em relação aos seus concidadãos para a realização de um *banquete*, PLÍNIO destacava a delicadeza do tema. E dizia: Se a liberalidade tivesse por objeto dinheiro e fosse feita à própria cidade, haveria o risco de ela o delapidar; já se o objeto da liberalidade fossem terrenos, passando estes a ser propriedades públicas, acabariam por ser negligenciados. E, por conseguinte, aconselha CANÍNIO a fazer do modo que ele próprio usara em Como (aquando — lembre-se — da instituição da sua “fundação alimentar”<sup>55</sup>).

É possível que a desconfiança assim revelada por PLÍNIO, em relação às cidades (e, dir-se-ia, por maioria de razão, em relação às corporações) de serem *portadores (con)fiáveis* das fundações privadas (fundações beneficentes, fundações alimentares e fundações funerárias), relevasse de uma época (segunda metade do século I) em que essas fundações não tinham ainda alcançado uma importância socio-económico-cultural sobremaneira relevante. Só veio a acontecer assim, com efeito, no século II e, já em menor medida, no século III<sup>56</sup>.

---

considerou que a *vontade do fundador* não podia ser desrespeitada (Tibério acatou esta decisão; cfr. SUETÓNIO, *Tiberius*, 31).

<sup>51</sup> Transcrevemos J. M. BLANCH NOUGUÉS *ob. cit.*, p. 119-120; no mesmo sentido, cfr. P. HERMANN, “Kaiserliche garantie für private Stiftungen. Eine Beitrag zum Thema ‘Kaiser und die städtische Finanzen’”, *FS für Friedrich Vittinghoff*, Köln/Wien, 1980, p. 339 s.

<sup>52</sup> Cfr., entre nós, L. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 204.

<sup>53</sup> O Direito Romano — di-lo, como antes vimos (*supra*, nota 45), J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 117, nota 308 — não chegou a configurar uma acção judicial específica a favor dos beneficiários da fundação, dirigida a exigir o cumprimento do seu escopo. Diferente foi, porém, a solução do direito grego. À semelhança do que veio depois a acontecer nas suas congéneres romanas, as fundações gregas apresentavam, amiúde, nos respectivos actos institutivos, *cláusulas penais* tendentes a garantir o respeito pela vontade dos respectivos fundadores. Por via de tais cláusulas — e como escreve J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 115, nota 304 — “el fundador dejaba al Derecho penal de la *polis* respectiva la fijación de las penas pecuniarias que debían imponerse ante la comisión de determinadas faltas”. “Además — são ainda palavras do mesmo Autor — se dejaba también al Derecho de cada *polis* el procedimiento judicial penal para la imposición y ejecución de la pena corespondiente *así como las acciones judiciales (y su naturaleza) con que contabam los interesados legitimados*” (os sublinhados são nossos).

<sup>54</sup> *Vide* VII, 8.

<sup>55</sup> Cfr. *supra*, número 3 a).

<sup>56</sup> Cfr. *infra*, número 8.

Ora, não custa admitir que, nessa outra época, a questão do respeito pela vontade dos fundadores (*scilicet*: pela perpetuidade das fundações) reclamasse maior atenção, é dizer, fosse objeto de uma *fiscalização* mais aturada, inclusive por banda dos poderes públicos.

Fosse como fosse, a verdade é que as referidas *pessoas coletivas* (as cidades e as corporações) não eram os únicos portadores de fundações. Com alguma frequência, sobretudo nas fundações funerárias (simples ou mistas), também se recorria a *pessoas humanas*, que se tinham por (con)fiáveis: um amigo do fundador e/ou os seus libertos<sup>57</sup>.

## II. As *piæ causæ* (ou *venerabiles domus*) na época pós-clássica e na época justinianeia

8. As três categorias de fundações(-não autónomas) privadas, a que nos temos vindo a referir, conheceram o apogeu no século II, estiolaram no século III e quase desapareceram nos dois séculos seguintes. Tem-se feito distinção, a respeito das causas deste declínio, entre as fundações de beneficência e as fundações alimentares, por um lado, e as fundações funerárias, por outro. Relativamente às duas primeiras categorias (em bom rigor, e como antes dissemos, as fundações alimentares privadas constituíam uma categoria particular das fundações de beneficência), é frequente ver apontada a grave crise económica que grassou nos tempos do Baixo Império: as desvalorizações monetárias, o aumento do custo de vida, a crescente miséria, sendo reflexos dessa crise, constituíram, do mesmo passo, outros tantos motivos para o ocaso das faustosas liberalidades da época clássica.

Quanto às fundações funerárias, pese embora não se poder excluir que o seu declínio tivesse sido igualmente motivado pelo empobrecimento geral da sociedade romana — lembre-se que muitas dessas fundações, às quais chamá-mos *mistas*, implicavam, em maior ou menor medida (condicionada, já se vê, pelas *posses* do respetivo fundador), a ideia de *faustosidade*<sup>58</sup> —, os romanis-

<sup>57</sup> Como escreve B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 777, “Per assicurarsi in perpetuo il culto funebre, i testatori attribuiscono i beni ai propri liberti, ai loro posterì ed ai liberti dei liberti, disponendo che alla morte di ciascuno di costoro la rispettiva quota si divolva ai superstiti, dimodoché i beni ‘*perveniant usque ad ultimum*’; talora si ha anche cura di stabilire che — quando sia estinta la serie dei beneficiari — l’oggetto del lascito debba trasmettersi ad un municipio oppure ad un collegio, il quale a su volta sarà tenuto ad adempiere l’onore. In difetto di tale clausula, a quanto pare, i beni venivano confiscati (*Gnomon dell’Idios Logos*, § 17): si discute, tuttavia, se il fisco fosse o meno tenuto a dare, anch’esso, esecuzione all’onere”.

Entre nós, vide L. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, cit., vol. II, p. 204.

<sup>58</sup> Cfr. *supra*, nota 14, o exemplo da “fundação funerária” de Trimalquião.

tas e os historiadores mostram-se concordes em dar a preeminência à afirmação de novos paradigmas socio-culturais, em consequência do Cristianismo. Com a crescente afirmação deste no seio da sociedade romana — que veio a culminar, como todos sabemos, no seu reconhecimento como religião oficial do Império a partir de Teodósio I (380) —, assistiu-se ao abandono da *religio* familiar tradicional, impregnada de ritos (agora ditos) pagãos, de que as fundações funerárias constituíam expressão — lembre-se que, não raras vezes, os fins dessas fundações compreendiam a realização de banquetes, de jogos e de espetáculos públicos, incluindo combates de gladiadores (vem ao caso dizer que os espetáculos circences foram abolidos por Constantino (325), tendo Teodósio I feito depois outro tanto em relação ao culto dos *sacra familiara* (392) e aos sacrifícios e aos banquetes (399, 408 e 415)<sup>59</sup>).

a) A influência do Cristianismo no fenómeno fundacional da época clássica foi, digamos, ambivalente: *destruiu* uma sua parte e *recriou* a outra. A *parte destruída* respeitava — vimo-lo ainda agora — às fundações funerárias; a *parte recriada*, essa, respeitava às fundações de beneficência (*lato sensu*). Como observa B. Biondi, na época clássica, essas fundações eram sobretudo expressão do *pietismo estóico*, ao qual um restrito grupo de intelectuais era sensível, e que, por isso mesmo, à semelhança de PLÍNIO, se sentia impelido “*a destinare ricchezze a scopo di beneficenza*”, e já não para festas e jogos, “*come avveniva normalmente e suggeriva il capriccio o la vanità personale*”<sup>60</sup>. Deixou de ser assim no quadro do vasto movimento ético-religioso e do novo clima social que lhe esteve associado, quadro ao qual a crescente afirmação do Cristianismo deu azo. Ao ideal helénico da *philantropia* — amor pelo homem, humanidade, benevolência — sobreveio o ideal cristão da *philadelphia*: amor ao próximo<sup>61</sup>, que devia materializar-se em *obras* concretas, entre as quais a *philonexia* (hospitalidade, “amor hacia el extranjero”<sup>62</sup>)<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Cfr. J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 92 s.

<sup>60</sup> *Il diritto romano cristiano*, vol. II, Milano, 1952, p. 176.

<sup>61</sup> “Obedecendo à verdade, santificastes as vossas almas para praticardes um sincero amor fraterno. Amai-vos uns aos outros ardentemente e do fundo do coração” (*Primeira Carta de SÃO PEDRO*, 1, 1, 22); “Que a vossa caridade seja sincera, aborrecendo o mal e aderindo ao bem. Amai-vos uns aos outros com amor fraternal, adiantando-vos em honrar uns aos outros” (*SÃO PAULO, Carta aos Romanos*, 12, 9-10); “Conserve-se a caridade fraterna” (*Carta aos Hebreus* — Anónimo —, 13, 1).

<sup>62</sup> Cfr. J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 184 s., com múltiplas referências.

<sup>63</sup> “Não vos esqueçais da hospitalidade, porque, por ela, alguns sem o saberem, hospedaram anjos” (*Carta aos Hebreus*, 13, 2).

b) O fenómeno fundacional (beneficente), que a seguir se afirmou, tinha, pois, essa marca dos *preceitos evangélicos* — no dizer de J. Gaudemet, “une notion nouvelle, étrangère à la morale antique, stimule désormais les fondations: *c'est la charité chrétienne*”<sup>64</sup>. Caridade, esta, cuja realização a Igreja — *rectius*: cada igreja episcopal, entendida como uma *assembleia* de pessoas da comunidade cristã (*ecclesia*) — entendeu como coisa sua. Nos começos, levando a cabo ações, digamos, inorgânicas, com o propósito (*pio*) de socorrer momentaneamente (“*pour chaque cas grave*”<sup>65</sup>) comunidades de pobres ou de libertar (cristãos) prisioneiros (“Lembraí-vos dos presos, como se estivesseis presos com eles, e dos aflitos, como se também vós habitásseis no mesmo corpo” — Carta ao Hebreus, 13, 3)<sup>66</sup>. Tais ações consistiam na obtenção de *fundos*, por subscrição ou colecta, que depois eram remetidos para os responsáveis da respetiva *ecclesia*, que se encarregavam da sua distribuição. Não se tratava ainda, é claro, de fundações — mesmo de fundações não-autónomas, note-se<sup>67</sup>. Do que se tratava era, sim, de “patrimónios de oblação” (os *Sammelvermögen*, dos alemães)<sup>68</sup>.

c) O papel central da Igreja, na organização e na realização da caridade cristã (imposta, como antes vimos, pelo ideal evangélico), foi-se reforçando no decurso da época pós-clássica (mormente no Império do Oriente), tendo para o efeito contribuído, e não em escassa medida, a ação dos imperadores cristãos. Basta aqui lembrar o Édito de Constantino de 321 — que se seguiu ao famoso Édito de Milão (313) sobre o reconhecimento oficial da religião cristã e da Igreja católica —, que atribuía a essa última capacidade para receber heran-

<sup>64</sup> Cfr. “Les fondations en Occident au Bas-Empire”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3<sup>o</sup> Série, Tome II, Quatrième Partie, Bruxelles, 1955, p. 277.

<sup>65</sup> J. GAUDEMET, “Les fondations...”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, cit., p. 278.

<sup>66</sup> Apontando exemplos de ações desse tipo, levadas a cabo nos inícios da segunda metade do século III, vide J. GAUDEMET, “Les fondations...”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, cit., p. 278.

<sup>67</sup> As fundações desse tipo, com o referido fim (libertação de prisioneiros de guerra e cidadãos cativos de piratas e de bandos armados — *redemptio ab hostibus*), existiram, sim, a partir do imperador Leão I, que legislou no sentido da validade dos legados e fideicomissos para a libertação de cativos de guerra, encarregando o bispo respetivo da tarefa de fazer cumprir, com carácter fiduciário, a vontade do testador (C. J. 1, 3, 28); com Justiniano (C. J. 1, 3, 48 (49), 2) veio o impedimento de ser contestada a validade de heranças ou legados de bens destinados ao aludido fim com o argumento de que os beneficiários dos mesmos constituíam *incertæ personæ* (cfr. B. BIONDI, *ob. cit.*, p. 206, e, mais desenvolvidamente, B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, p. 781, e J. M. BLANCH NOUGUÉS, *cit.*, *ob. cit.*, p. 241 s., que referem várias outras constituições imperiais sobre o tema). Dada a especificidade do seu fim, estas não eram, obviamente, fundações(-não autónomas) que se desejassem perpétuas; eram fundações constituídas por certo tempo, que seria, afinal, aquele que se mostrasse necessário para a realização do seu fim.

<sup>68</sup> Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1997, p. 62; na doutrina alemã, vide, por todos, D. REUTER, *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., (beck-online), *Vormerkung* § 80, anot. 56, e BACKERT, *BeckOK BGB* (Hrsg.: Bamberger/Roth; Stand 01. 08. 2012), § 80, anot. 23, com várias referências.

ças e legados <sup>69</sup>, o que pressupunha o seu reconhecimento (implícito) como *pessoa jurídica*. Supérfluo dizer que, ficando assim a Igreja *capaz* para receber (por testamento) o património de quem quer que tencionasse afectá-lo a um *fim caritativo*, faltava encontrar a razão, não importa de que ordem, que pudesse impelir os cristãos à prática dessas *ações pias*. Foi aqui— digamo-lo sem qualquer desdém (*tudo* o que é feito pelos mais pobres de nós merece(-nos) sempre louvor) — que os preceitos (*teológicos*) da Patrística se revelaram determinantes.

9. Os séculos IV e V, em Roma — todos o dizem —, foram tempos de crise e de ruína económica, de guerras civis e de invasões (dos povos “bárbaros”) — aos olhos de muitos cristãos, esses tempos apresentavam, afinal, todos os sinais do *fim dos tempos*. Esta ideia da iminência do Apocalipse fez-se também sentir, é claro, no plano religioso, tendo-se então assistido “ao desenvolvimento de correntes heterodoxas cristãs de enfrentamento ou de distanciamento radical dos seus seguidores em relação ao Poder romano” <sup>70</sup>. No quadro dessas múltiplas “correntes heterodoxas cristãs” — “heresias sociais”, também se lhes chama —, sobressaía o *maniqueísmo* <sup>71</sup>, que, fazendo uma interpretação radical de diversos preceitos evangélicos (v. g., MATEUS, 19, 21: “Se queres ser perfeito, disse-lhe Jesus, vai, vende tudo o que possuíres, dá o dinheiro aos pobres, e terás um tesouro nos céus; depois, vem e segue-Me” <sup>72</sup>), condenava quaisquer formas de propriedade privada e, conseqüentemente, abominava a riqueza. A Igreja não fazia essa condenação, mas não deixava de salientar que a riqueza, para cobrar legitimidade moral, haveria de ser conforme com a justiça e destinada a beneficência pública. Barone-Adesi vê nisso uma *concessão* às posições das correntes radicais, nelas sobressaindo, como ainda há pouco dissemos, o maniqueísmo; diz o Autor que, “evidentemente, a radical recusa da propriedade dos bens, divulgada entre as correntes radicais, fez sentir à *ecclesia catholica* a necessidade de proceder à exacta determinação canónica dos requisitos indispensáveis para assegurar a legitimidade moral dos patrimónios pri-

<sup>69</sup> C. J. 1, 2, 1: *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholicæ venerabilique concilio decedens bonorum quod optavit relinquere.*

<sup>70</sup> J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 188 s.

<sup>71</sup> Fundado no século III na Pérsia por Mani, esse movimento assentava na renovação religiosa, baseada no sincretismo entre o cristianismo, o zoroastrismo persa e o budismo hindu; desenvolvadamente, cfr. G. BARONE-ADESI, *Beni economici e schiavitù: istanze cristiane e legislazione imperiale*, Catanzaro, 2002, p. 161 s.

<sup>72</sup> Resposta de Jesus Cristo ao jovem rico que O interpelara sobre “o perigo das riquezas”.

vados”<sup>73</sup>. Terá sido, pois, à luz desta necessidade que os Doutores da Igreja (de ambos os lados do Império) desenvolveram a doutrina dita da “*portio-Christi*”.

a) Olhemos um pouco, e sem preocupações teológicas muito fundas, para essa doutrina. Da sua essência, era a afirmação do *dever* de todo o cristão — um verdadeiro *debitum* (*scilicet: obrigação moral*), e não um puro ato de liberalidade digno de louvor<sup>74</sup> — contemplar, no seu testamento, para além dos familiares e, eventualmente dos amigos, o próprio Jesus Cristo (*devolução* a Deus de uma parte, maior ou menor<sup>75</sup>, do que a Ele pertencia *ab origine*), tal como Ele estava entre nós, ou seja, configurado na Igreja e nos pobres do Mundo. Através destas disposições de última vontade, a favor da Igreja e do próximo — *ad pias causas* —, o cristão providenciava, ademais, a salvação da sua alma: eram disposições, como depois se disse, *pro salute animæ*. E a verdade é que, independentemente da juridicidade ou não do falado dever, dificilmente os *potentiores* a ele se eximiriam; cumprindo-o, estavam, afinal, a dar resposta à necessidade

<sup>73</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 166.

<sup>74</sup> Segundo J. L. MURGA, *Donaciones y testamentos “in bonum animae” en Derecho Romano tardio*, Pamplona, 1968, p. 43 (citado por J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 192, nota 541), pese embora a legislação imperial respeitar a autonomia privada na matéria, o dever moral de caridade em relação aos pobres, mormente no que respeita aos *potentiores*, aproximava-se de um verdadeiro dever jurídico; refere, a propósito, uma constituição de Constantino (recolhida em CTh. 16, 2, 6), na qual se qualifica esse “dever” como um “oportere”, o que, no quadro da jurisprudência clássica, podia traduzir a existência de um dever civil: *Opulentos enim sæculi subire necessitates oportet, paupers ecclesiarum devitiis sustentari*.

<sup>75</sup> Essa vinculação teológica, defendida pela Patrística, constituía, seja-nos permitido dizê-lo, uma espécie de *second best*: o ideal (cristão) era que os homens renunciassem a toda a riqueza e abraçassem a fé cristã, alcançando assim a “perfeição” numa vida dedicada à oração e aos mais necessitados; aos que assim não faziam, é dizer, aos “imperfeitos”, que eram a esmagadora maioria, exigia-se-lhes que não morressem sem atender àquele ideal. Convergindo neste ponto, os Doutores da Igreja, dissentiam na quota-parte do respetivo património que cada cristão devia reservar para Jesus Cristo. Enquanto São Basílio e São Gregório Nanziano defendiam uma quota mínima de 50% — lembre-se aqui São Lucas, 19, 8: “Zaqueu de pé, disse ao Senhor: ‘Senhor, vou dar metade dos meus bens aos pobres e, se defraudei alguém em qualquer coisa, devolver-lhe-ei quatro vezes mais’ —, São João Crisóstomo, nas suas homilias, apontava percentagens variáveis, em função da riqueza de cada um, que iam de 10% até 50% (valores mínimos, note-se). Isto no Oriente. No Ocidente, os Doutores da Igreja revelavam maior *indulgência*. Segundo São Jerónimo, Jesus Cristo devia ser contemplado como se fosse um filho do doador ou do autor do testamento; por sua vez, Santo Ambrósio considerava que, não obstante a indispensabilidade de se dispor de uma quota da riqueza para os pobres, dever-se-ia dar prioridade à família; finalmente, nesta linha, Santo Agostinho defendia uma *quota filial* para Cristo, ou seja, dever-se-ia contemplá-lo como mais um filho do autor do testamento, considerando, contudo, essa disposição testamentária como um *maximum* (afastando-se, pois, dos seus congêneres orientais). [O nosso Código civil de 1867 continha um preceito (art. 1775.º), que, relevando da preocupação com os “bens de mão-morta” — lembrem-se aqui apenas as (então recentemente publicadas) leis de 4 de Abril de 1861 e de 22 de Junho de 1866 —, redundava na determinação de um limite máximo da “*portio-Christi*”; nele se dizia o seguinte: “Ninguém pode determinar, que se consuma em sufrágios por sua alma mais do que o terço da terça dos bens que deixa”.]

A bibliografia sobre a doutrina da *portio-Christi* é inabarcável; referindo uma sua parte muito significativa, vide J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 192, nota 542.

antropológica de continuar para além da morte, e faziam isso no quadro de uma ação tendente à promoção do bem do próximo (*altruística*, pois), à qual se associava a prossecução de um interesse egoístico, é certo, mas deveras louvável, que era a salvação da sua alma <sup>76</sup>.

*b)* Com a Igreja *capaz* para receber bens por testamento (*testamenti factio passiva*) e os fiéis *motivados* para a instituírem herdeira ou legatária, o fenómeno da beneficência de base ético-religiosa — tal beneficência, no dizer de B. Biondi, “non significa estirpare miseria e tribolazione, nè la Chiesa ha inteso proporre alcuna riforma sociale, è piuttosto manifestazione di amore, giusta il divino precetto: [*Sempre que fizestes isto a um destes Meus irmãos mais pequenos, a Mim mesmo o fizestes* (MATEUS, 25, 40)]; perciò non vi sono limiti, poichè non vi sono limiti nell’amore” <sup>77</sup> — ganhou, na época pós-clássica e, sobretudo, na época justinianeia, uma dimensão notável.

10. Uma das mais exuberantes manifestações desse fenómeno foram as chamadas *piæ causæ* — uma expressão cunhada por Justiniano, e que era usada a par de outras, tais como, por exemplo, *venerabilia loca*, *religiosissima loca* e *venerabiles domus* —, obras de beneficência dirigidas a grupos de cidadãos, que tinham uma característica comum: a sua *vulnerabilidade* económico-social (constituindo, pois, os pobres que a caridade cristã impunha que não fossem esquecidos). Habitualmente referidos são: hospitais (*nosocomia*), orfanatos (*orphanotrophia*), hospedarias para peregrinos (*xenodochia*), asilos para anciãos (*gerontocomia*), asilos para pobres (diríamos hoje, sem abrigo) (*ptocotrophia*), lugares para recém-nascidos e crianças de tenra idade abandonados (*brephotrophia*), lugares de assistência às puérperas e leprosarias.

*a)* Na época pós-clássica (mais precisamente no período a esta respeitante desde Constantino até à queda de Roma) as *piæ causæ* — a expressão, cunhada como há pouco dissemos por Justiniano, comportava um significado duplice: aludia, quer ao *móbil* que animava a sua instituição, quer ao próprio *estabe-*

<sup>76</sup> Importa, em todo o caso, referir que, segundo H. AUFFROY, *Évolution du testament en France des origines au XIII<sup>e</sup>*, 1989, p. 373 (citado por R. SCHULZE, “Die Gegenwart des Vergangenen — Zu Stand und Aufgaben der Stiftungsrechtsgechichte”, in: *Stiftungsrecht in Europa* (Hrsg.: K. Hopt/D. Reuter), Köln/Berlin/Bonn/München, 2001, p. 58), prevalecendo o entendimento de que as disposições *ad piæ causas*, em cumprimento do falado dever cristão, teriam de ser feitas o mais tardar até à última confissão e à concessão da extrema-unção, tais disposições constituíam, de certo modo, “un accessoire d’un Sacrement”. Se alguém morresse *intestatus* e, por conseguinte, sem ter feito disposições de última vontade a favor da Igreja ou dos pobres, sobrevinha a presunção para a sua morte como *inconfessus* (portanto, como morto sem a última confissão e a absolvição).

<sup>77</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 177.

*lecimento* de beneficência <sup>78</sup> — ficaram à margem dos textos jurídicos (mas não, note-se, da literatura cristã da época), faltando, por conseguinte, qualquer tentativa de “dare alcuna sistemazione dogmatica al fenomeno” <sup>79</sup>. Diferente foi, porém, já nessa época, a situação no Oriente. Com efeito, os imperadores bizantinos anteriores a Justiniano (v. g., Teodósio I, Marciano, Leão, Zenão e Anastácio) deram provas de grande empenhamento na organização e difusão da beneficência pública, que tinha nas *pie causæ* a sua máxima expressão. Não criaram, é claro, qualquer arremedo de *Estado social*. A Igreja fez as suas vezes: era uma *instituição*, que, para além de há muito se encarregar de tal tarefa, dava todas as garantias (e não era, apenas, no sentido depois apontado por Justiniano, o qual “in contrapposto al breve corso della vita assegnato da Dio agli uomini, afferma che *le pie fondazioni devono durare in eterno, fino alla consumazione dei secoli, finchè ci sarà il nome di cristiani*” <sup>80</sup>). E não era, obviamente, apenas assim aos olhos dos imperadores; também por essa razão, “foi ela [a Igreja católica, entenda-se] a grande donatária e legatária por excelência à qual, por via de regra, os fiés recorriam para lhe confiarem os bens que desejam afectar à realização de fins [pios]” <sup>81</sup> — por outras palavras, sendo a Igreja, aos olhos dos fiéis, uma *instituição* de extrema confiança, e cuja existência criam perene, confortava-os fazer dela o *portador* das suas fundações (olhando para o que se passou a seguir, nos tempos da Reforma e do Iluminismo, pode dizer-se que a Igreja católica *pagou* por ter sido, ao longo de séculos, a única *instituição* de confiança...).

b) É desse empenhamento que relevam as várias intervenções legislativas dos referidos imperadores, as quais intervenções, à luz da sua precípua finalidade de apoio e estímulo (*modis omnibus*) ao impulso dos fiéis para a caridade, não hesitaram na postergação de regras e princípios jurídicos clássicos, dando assim azo à formação de um verdadeiro *ius singulare*. Já antes nos referimos <sup>82</sup> às constituições imperiais respeitantes à validade de legados e de fideicomissos para o “resgate de prisioneiros”, eliminando-se, por conseguinte, a objeção de que se tratava de disposições testamentárias a favor de *incertæ personæ*. Daremos agora aqui mais alguns (poucos) exemplos desse *ius singulare* (socorren-

<sup>78</sup> Cfr. A. ALEXANDER, *ob. cit.*, p. 9 s.

<sup>79</sup> B. SANTALUCIA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 780.

<sup>80</sup> Cfr. B. BIONDI, *ob. cit.*, p. 203, que cita: CI I, 3, 55 (57), 3; 534.

<sup>81</sup> Cfr. CABRAL DE MONCADA, *Elementos...*, vol. II, cit., p. 204.

<sup>82</sup> Cfr. *supra*, nota 67.

do-nos, diga-se, de B. Santalucia, que refere as respetivas *fontes*<sup>83</sup>): (i) validade de disposições de escopo pio (doações, testamentos), mesmo quando não tivessem sido observadas todas as formalidades prescritas; (ii) imposição de que se desse execução à pia vontade do defunto, *ut convenit*, sem quaisquer delongas; (iii) gratuidade dos atos relativos às disposições com escopo pio, de modo a evitar que as somas de dinheiro *humanitatis obtentur relictæ* viessem a ser consumidas em despesas judiciais.

Essa política legislativa acentuou-se na época justinianeia, com o conseqüente alargamento do referido *ius singulare*. Entre as disposições de maior interesse, cumpre destacar (voltamos a socorrer-nos de B. Santalucia<sup>84</sup> e, agora, também de J. M. Blanch Nougues<sup>85</sup>; tal como fizemos há pouco, omitiremos as *fontes*): (i) atribuição aos bispos de poderes de fiscalização e de inspeção da administração das *piæ causæ*, proibindo-os de dispor do respetivo fundo patrimonial; (ii) sujeição da administração destes a um conjunto de regras precisas, cuidando-se assim de evitar quaisquer malversações; (iii) capacidade das *venerabiles domus* para receber doações, aceitar heranças, legados e fideicomissos, bem como para adquirir frutos e acessões; (iv) as doações de escopo pio até quinhentos soldos eram consideradas válidas *etiam citra actorum confectionem*; (v) subtração dos legados pios à aplicação da *Lex Falcidia*<sup>86</sup>; (vi) admissibilidade de os cativos e os pobres serem instituídos herdeiros; (vii) toda a liberalidade para uma causa pia estava isenta da *lucrativarum inscriptio*; (viii) legitimidade para instaurar *actiones*, inclusive para fazer valer direitos contra os próprios administradores, e para contratar.

c) Gozando todas desse vasto conjunto de *privilégios* — expressão, repita-se, do empenhamento dos imperadores bizantinos da época pós-clássica, primeiro, e da época justinianeia, depois, na organização e difusão da beneficência pública —, as *piæ causæ* devem, segundo um importante setor da doutrina, ser agrupadas em duas categorias. Assim, e por exemplo, A. Philipsborn (apoian-do-se na *Novela* 120, 6, 1-2), que distingue entre as “maisons charitables (...)”

<sup>83</sup> Cfr. *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 780.

<sup>84</sup> Cfr. *ob. ult. cit.*, p. 781.

<sup>85</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 205 s.

<sup>86</sup> “Uma lei ou talvez um plebiscito [do ano 40 a.C.], rogado pelo tribuno P. FALCIDIVS, [que] determinava que a 1/4 parte da herança pertencia ao herdeiro testamentário, quer fosse voluntário quer fosse necessário (portanto, esta *lex* só se aplicava, quando havia um testamento, e válido); e se o testador tivesse legado mais de 3/4 da herança, esses legados (embora continuassem válidos) eram reduzidos *ipso jure*, proporcionalmente, até se encontrar livre a quota do herdeiro testamentário, 1/4 da herança” — transcrevemos SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, I, (*ius Romanum*), 4.ª ed., Coimbra, 1984, p. 213.

provenant d'une libéralité, donnée à une église ou à un monastère d'après les règles classiques (*donatio sub modo*, institution d'héritier ou de légataire) ou erigées par l'église ou le monastère de leurs propres deniers”, por um lado, e aquelas outras, “créées comme établissements fonctionnant par eux-mêmes, non attachées a une institut déjà existant”<sup>87</sup>, por outro lado. As primeiras *venerabiles domus* eram administradas diretamente pela respetiva Igreja Episcopal (*scilicet*: pelo bispo ou por quem este indicava); a administração das segundas, por sua vez, cabia às pessoas *designadas* pelo fundador — é dizer, pela pessoa que para a criação de uma dada *venerabilis domus* (um hospital, uma creche, um asilo para anciãos, etc.) *consagrava* os fundos necessários — ou pelos seus herdeiros<sup>88</sup>, ficando, contudo, o bispo da respetiva diocese investido de um *droit de regard*.

A falada distinção entre as *piæ causæ* respeita àquelas delas que pressupunham a existência de um *estabelecimento* (*scilicet*: de um *sítio*; o uso da expressão *venerabiles domus* e também, diga-se, da expressão *venerabilia loca* inculcam essa ideia). Porém, a par das *piæ causæ* desse tipo, *fundadas no solo*, digamos, existiam outras às quais faltava essa *materialidade*: exemplo típico, os patrimónios *consagrados* (por doação ou por testamento) à esmolaria ou à libertação de prisioneiros<sup>89</sup>.

d) Discute-se — muito, e desde há muito tempo, sendo por isso cabido falar numa *vexata quæstio* — a verdadeira natureza jurídica, já das *piæ causa* com a referida materialidade, já das outras às quais ela faltava, sendo certo que é em relação às primeiras (socioeconomicamente as mais relevantes, já se vê) que a disputa tem sido mais acesa. Um dos maiores arautos da tese da *personificação* das *piæ causæ* é R. Saleilles<sup>90</sup>, que não hesita em afirmar que “*le droit romain*

<sup>87</sup> Cfr. “Les établissements charitables et les théories de la personnalité juridique dans le droit romain”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Tome 6, 1951, p. 142-143; com outras referências, no mesmo sentido ou em sentido próximo, vide J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 209 s.

<sup>88</sup> A. PHILIPSBORN, “Les établissements charitables...”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, cit., p. 144, dá o exemplo de uma “maison autonome” (um hospital, no caso) fundada no século VI por um médico de *Antinoopolis*, no Egípto; “nous n'avons pas — são palavras do referido Autor — la lettre de fondation, mais le testament de son fils, qui était administrateur, probablement nommé par son père et qui, dans le testament, nomme son frère comme successeur”.

A legitimidade dos fundadores, no que respeita à *designação* dos administradores das respetivas fundações, foi expressamente reconhecida por Justiniano (C. J. 1, 3, 45 (46), 3 (a. 530) cfr. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 211., nota 605, que também se ocupa, de forma desenvolvida, da administração das *venerabiles domus* e da *responsabilidade* dos seus administradores (vide p. 213 s.).

<sup>89</sup> Cfr. *supra*, nota 67.

<sup>90</sup> Cfr. “Les *piæ causæ* dans le Droit de Justinien”, in: *Mélanges Gerardin*, Paris, 1907, e *De la personnalité juridique — Histoire et théories*, Paris, 1910.

*a connu vraiment la fondation privée*<sup>91</sup>; e, nesta linha, acrescenta que “la fondation du Bas-Empire existe et se constitue en dehors de toute autorisation spéciale, pourvu qu’elle rentre dans certaines catégories d’œuvres caractérisées par leur objet, les œuvres pieuses et charitables”<sup>92</sup>. Dizendo assim, Saleilles estava, é claro, a referir-se às *piæ causæ*, relativamente às quais disse expressamente: “C’est à leur sujet que va se créer la véritable notion juridique de la fondation”<sup>93</sup>. “Noção jurídica”, esta, que não assentava, porém, na contraposição entre *universitas personarum* e *universitas rerum*: a primeira, uma pluralidade de pessoas unidas pela prossecução de um fim comum, a segunda, essa, um complexo de bens afeto à prossecução de um certo escopo. Esta contraposição que Savigny sublimou (na esteira, diga-se, de Heise)<sup>94</sup>, para assim distinguir duas categorias de pessoas jurídicas — as associações, por um lado, e as fundações, por outro —, era, com efeito, rejeitada por Saleilles<sup>95</sup>. E isto por entender que, também na fundação, a par do substrato patrimonial, existe um *substrato pessoal*, constituindo, por conseguinte, “un organisme patrimonial analogue à celui d’un collège ou d’une association” e, nessa medida “jouissant de la capacité et de la personnalité” (que era apanágio daqueles outros organismos), não se tratando, em todo o caso, da “personnification d’un but abstrait, comme la Stiftung allemand” — antes se tratava da representação (unitária) “des êtres concrets, des bénéficiaires réels” (sendo estes, pois, que constituíam o *substrato pessoal*, que o Autor dizia estar presente também nas fundações)<sup>96 97</sup>. Segundo Saleil-

<sup>91</sup> *De la personnalité juridique...*, cit., p. 151 (os sublinhados são nossos).

<sup>92</sup> *De la personnalité juridique...*, cit., p. 151.

<sup>93</sup> *De la personnalité juridique...*, cit., p. 139-140 (os sublinhados são nossos).

<sup>94</sup> Cfr. *infra*, número 16 a) e b).

<sup>95</sup> *De la personnalité juridique...*, cit., p. 155, 156.

<sup>96</sup> “Les *piæ causæ*...”, in: *Mélanges Gerardin*, cit., p. 539-540.

<sup>97</sup> Essa aproximação, em termos dogmáticos, das fundações às associações, decorrente da recusa da contraposição entre *universitates personarum* e *universitates rerum*, que já estava presente em OTTO VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, *Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, 1881, p. 141 s. — recuando muito no tempo, vamos encontrar esse mesmo entendimento, digamos, unitário das associações e das fundações entre os Glosadores (tributários, como adiante melhor se verá, dos princípios do Direito Germânico), por isso que defendiam que também as segundas tinham *associados* (dimensão corporativa, pois), que eram afinal, os respetivos beneficiários; segundo o conhecido trecho de PLACENTINO, “*hodie capit collegium decanorum, monachorum, sanctimonialium et miserabilium personarum in xenodochiis degentium*” (*Summa in Codicem*, 1. c. p. 3, citado pelo próprio OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 198, nota 26) —, colhe hoje o sufrágio de um importante setor da doutrina italiana; assim, e por exemplo, R. COSTI, “Fondazione e impresa”, *Rivista di Diritto Civile*, Parte I, 1968, p. 44 s., e F. GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, vol. I, 2. ed., Padova, 2010, p. 265 s.

Entre nós, era também esse o entendimento do Visconde de Seabra; no pressuposto, que era o seu, de que só o homem é sujeito de direitos, o autor do nosso Código civil de 1867 — vem ao caso lembrar o art. 1.º deste Código: “Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica e a sua personalidade” — concluía que as pessoas, às quais o património da

les, essa “noção jurídica” da fundação decorria de algumas fontes justinianeias, que, referindo-se às *piæ causæ*, falam de *consortium* e de *venerabilia collegia* ou *corpora* (C. J. 1, 2, 22 pr.; C. J. 1, 3, 45 (46) 9; C. J. 1, 3, 55 (57) 1).

A tese da personificação das *piæ causæ* (da época justinianeia) foi, mais recentemente, abraçada por J. Plešcia<sup>98</sup> e F. Fabbrini<sup>99</sup>. Na linha de Saleilles, o primeiro destes Autores sustenta que as *piæ causæ* constituíam *entidades corporativas* do mesmo tipo das igrejas, dos mosteiros e das *civitates*, às quais cabia a propriedade dos bens afetados à prossecução de certos fins, não podendo, por conseguinte, os seus administradores ser considerados proprietários fiduciários desses mesmos bens; ademais, tinham capacidade para estar em juízo e, sendo constituídas perpetuamente, tinham uma existência autónoma, é dizer, não dependente da dos seus administradores e da dos seus beneficiários, em cada momento<sup>100</sup>. De F. Fabbrini, respigámos o seguinte trecho: “Dalle fonti risulta che molto spesso la *pia causa* era dotata di personalità giuridica, e tale personalità deve intendersi riferita non tanto al patrimonio destinato allo scopo benefico, quanto all’edificio stesso che era adibito alla singola opera caritativa”<sup>101</sup>.

Entre nós, o Professor Cabral de Moncada repelia claramente a tese da personificação das *piæ causæ*, escrevendo, a propósito, o seguinte: “(...) nem (...) as fundações ou obras pias [‘hospícios, hospitais, orfanatos, creches’], embora muitas vezes independentes da sua administração, contudo se destacaram nitidamente das próprias corporações eclesiásticas, a que eram deixados os bens,

---

fundação era destinado (*scilicet*: os seus beneficiários), eram os únicos titulares desse património (os únicos sujeitos de direito na fundação, pois), representados pelos administradores dessa mesma fundação (cfr. *Novissima apostilla á diatriba do Sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projecto de Código Civil Portuguez*, Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 129 s.). Na mesma linha, vide L. CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1954, p. 380 (“existe um conceito único de pessoa colectiva, comum às duas espécies [associações e fundações] e não se admite que nas fundações se atribua a qualidade de sujeito de direito, a personalidade jurídica, a simples coisas”), e J. SOUSA RIBEIRO, “As fundações no Código civil: Regime actual e projectos de reforma”, *Lusitana — Revista de Ciência e Cultura*, n.ºs 1 e 2, 2001, p. 71 (“Como em qualquer outra organização colectiva, também nas fundações está presente um elemento pessoal, o que evidencia a impropriedade da sua qualificação como *universitas bonorum*”).

Contra esse entendimento, ou seja, contra a *conceção corporativa* da fundação, cfr. JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, vol. II, *Pessoas, cousas, factos jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1928, p. 138 s., M. ANDRADE, *ob. cit.*, p. 57 s., e A. FERRER CORREIA, “Le régime juridique des fondations privées, culturelles et scientifiques — Droit portugais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLVI, 1970, p. 107 s.

<sup>98</sup> Cfr. “The Development of the Juristic Personality in Roman Law”, in: *Studi in onore di C. Sanfilippo*, Milano, 1982.

<sup>99</sup> Cfr. *Novissimo Digesto Italiano*, XV, voz: “*Res divini iuris*”, Torino, 1968, e “La personalità giuridica degli enti di assistenza (detti ‘*piæ causæ*’) in diritto romano” in: *Atti del III Colloquio (Roma 24-26 aprile 1980) del IV Colloquio (Roma 13-14 maggio 1981) “Diritto romano — Diritto canonico”*, Vaticano, 1990, p. 57 s.

<sup>100</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 517.

<sup>101</sup> Cfr. *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 564.

constituindo um sujeito de direito diferente delas”<sup>102</sup>. Nesta linha — que parece ser ainda hoje largamente maioritária —, que se traduz na recusa da aplicação das construções da pandectística alemã às *piæ causæ* bizantinas, sobressaíram depois, entre vários outros, P. W. Duff<sup>103</sup>, B. Biondi<sup>104</sup> e B. Santalucia<sup>105 106</sup>.

Dispensamo-nos de tomar aqui posição sobre esta *vexata quæstio*.

### III. Da Idade Média ao Iluminismo

11. É comum o entendimento de que o fenómeno fundacional, que se corporizara (na época pós-clássica e na época justinianeia, como antes vimos) nas *piæ causæ*, não se esvaneceu na Idade Média. E, por conseguinte, continuou a assistir-se à *fundação*<sup>107</sup> de estabelecimentos caritativos e/ou beneficentes do mesmo tipo dos daquelas outras épocas (hospitais, orfanatos, asilos, creches, etc.), mantendo a Igreja o seu anterior *protagonismo*. E não foi assim, note-se, apenas em relação às *piæ causæ*, cuja instituição era da sua própria iniciativa; esse protagonismo da Igreja também se fazia sentir nas obras da referida índole instituídas por particulares, os quais, para salvaguardar a perpetuidade da sua vontade, atribuíam a administração do fundo patrimonial à Igreja (mais concretamente, ao bispo da respetiva diocese) ou, quando menos, sujeitavam essa administração ao seu controlo (a confiança de que a Igreja há muito gozava, aliada à ideia da sua perpetuidade<sup>108</sup>, constituíam duas excelentes razões para esse comportamento dos fundadores de *piæ causæ*, mormente num período, como foi, em particular, o da Alta Idade Média, caracterizado pela desorganização e pela anarquia, decorrentes de constantes motins e devastações).

Este *continuum* do fenómeno fundacional, no decurso de toda a Idade Média, não significa, porém, que o seu *enquadramento jurídico* tivesse, também ele, permanecido inalterado por todo esse período (de cerca de dez sécu-

<sup>102</sup> Cfr. *Elementos...*, vol. II, cit., p. 204-205.

<sup>103</sup> Cfr. *The charitable foundations of Byzantium*, Cambridge, 1926.

<sup>104</sup> *Ob. cit.*, p. 205.

<sup>105</sup> *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 782.

<sup>106</sup> Mais modernamente, referência ainda para A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — I*, cit., p. 158, e J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 245 s., que propõe uma *releitura* do conceito de pessoa jurídica, válido no quadro do direito romano da época de Justiniano.

<sup>107</sup> De resto, segundo S. REICKE, “Stiftungsbegriff und Stiftungsrecht im Mittelalter”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Germ. Abt.) 53, 1933, p. 270, o uso do termo “*fondatio*” remonta a essa época.

<sup>108</sup> Cfr. *supra*, notas 80 e 81.

los) A esse nível, existem, com efeito, diferenças entre o período da Alta Idade Média e o da Baixa Idade Média <sup>109</sup>. Vejamos.

a) Nos primeiros tempos da Alta Idade Média, continuou a cobrar aplicação o Direito Romano tardio sobre a matéria, constante das *Novelas* de Justiniano, e cuja receção no Ocidente ocorreu graças à ação da Igreja. A fundação de diversos hospitais, em França e Itália, nos séculos VI e VII, com sujeição a esse direito, é expressamente referida por S. Reicke. O Autor menciona, nesse quadro, a deliberação do Sínodo de Orléans de 549, respeitante à instituição de um *xenodochium* (hospital e albergue para pobres e peregrinos) em Lyon (pelo rei Childebert I e sua mulher); dessa deliberação decorria expressamente a “inalterabilidade e a intangibilidade do fim da fundação” (*die Unveränderlichkeit und Unantastbarkeit des Stiftungszweckes*) e também a proibição (sob pena de *anátema*), que abrangia o próprio bispo da diocese, de “qualquer usurpação do património-essencial da fundação” (*jeden Eingriff in die Vermögenssubstanz der Stiftung*) <sup>110</sup>. Mais recentemente, nesta mesma linha, ou seja, referindo a receção pelo Direito Canónico do Direito Romano justinianeu relativo às *piæ causæ*, avulta H. Siems <sup>111</sup>, que alude às Epístolas de São Gregório Magno (Papa de 590 a 604) e ao formulário do monge franciscano Markulf, que se ocupava do processo de constituição de um *xenodochium* (esse documento é também referido por S. Reicke <sup>112</sup>, que dele cita a seguinte fórmula: *Ista de magna rem, qui vult exsinodocio aut monasterio construere*). Ambas essas fontes continham normas colimadas à preservação da vontade do fundador, ficando as medidas que a consecução desse *desígnio* reclamavam a cargo do bispo da respetiva diocese, estatuinto-se outrossim sobre a proibição da alienação dos bens que integravam o património fundacional por parte dos seus administradores.

A receção do Direito Romano tardio e da mundividência do Cristianismo que o caracterizava, na Alta Idade Média, nos diferentes “Estados bárbaros”, não se fez — todos o reconhecem — à custa dos “sistemas jurídicos” desses mesmos Estados: sobreveio, sim, um processo de “fusão ou interpenetração de elementos romanos e germânicos, produzida essencialmente a nível popular ou da prática do direito, mercê, em grande parte, de normas consuetudinárias

<sup>109</sup> Cfr., por todos, H. LIERMANN, *ob. cit.*, p. 49 s.

<sup>110</sup> Cfr. “Stiftungsbegriff...”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, cit., p. 254.

<sup>111</sup> Cfr. “Von den *piæ causæ* zu den Xenodochien”, in: *Itinera Fiduciæ: Trust and Treuhand in Historical Perspective* (Hrsg.: Helmholz, R./Zimmermann, R.), Berlin, 1998, p. 57 s.; vide tb. J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 262 s.

<sup>112</sup> Cfr. “Stiftungsbegriff...”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, cit., p. 253, nota 3.

que não apresentavam diferenças profundas”, o qual processo conduziu ao surgimento de “um lastro jurídico unificado, embora com manifestas variedades locais” (e foi, de resto, por esse “lastro jurídico” que se “regeram os povos da Europa Ocidental até ao chamado renascimento do direito romano justinianeu, produzido a partir do século XII”) <sup>113</sup>.

No quadro desse processo de *miscigenação jurídica* e, antes dela, de *miscigenação sociocultural*, o fenómeno fundacional — di-lo R. Schulze <sup>114</sup> — ganhou novos contornos jurídicos; e, para isso, contribuiu, e de forma decisiva, o *entrelaçamento* da doutrina cristã da Salvação e do direito romano das *piæ causæ* com as concepções tradicionais dos povos germanos e de outras estirpes sobre a “comunhão dos vivos e dos mortos” (*Gemeinschaft der Lebenden und der Toten*). As raízes pré-cristãs de tais concepções pertenciam ao “culto do sacrifício” (*Opferkult*) e ao “banquete dos mortos” (*Totenmahl*), com os quais se queria manter a comunhão. Este pensamento (arcaico) projetava-se no mundo jurídico. Assim, e desde logo, no caso de um homicídio, a justiça germânica *pressupunha* a vítima presente, sendo ela mesma o sujeito da exigência de expiação; e daí a presença no local da audiência do seu cadáver ou, em alternativa, da sua mão direita, falando-se, a propósito — *et pour cause* — da “acção do (ou com o) homem morto ou da mão morta” (*Klage mit dem toten Mann oder der toten Hand*) <sup>115</sup>.

As fundações — muitas delas erigidas para a “salvação da alma” dos respectivos fundadores; segundo H. Liermann <sup>116</sup>, tais fundações, sendo tributárias dos ensinamentos da Patrística <sup>117</sup>, refletiam as concepções germânicas pré-cristãs da *Totenteil* (ou *Grabbeigaben*: suplementos da sepultura, que eram de três espécies: comida, objetos (roupa, ornamentos, utensílios, animais), de que o defunto mais gostara ou que eram enviados pelos seus amigos com essa finalidade, e, por último, fragâncias) <sup>118</sup> —, as fundações, dizíamos, não ficaram à margem desse pensamento de “comunhão dos vivos e dos mortos”, por isso que passaram a ser entendidas como um *modo* de quem as instituía manter

<sup>113</sup> Cfr. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1996, p. 108.

<sup>114</sup> Cfr. “Die Gegenwart des Vergangenen...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 59.

<sup>115</sup> A. SCHULTZE, *ob. cit.*, *loc. cit.*

<sup>116</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 104 s.

<sup>117</sup> Cfr. *supra*, nota 75.

<sup>118</sup> Desenvolvidamente, cfr., entre outros, H. BRUNNER, “Der Totenteil in germanischen Rechten”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Germ. Abt.), 19-20 Bds., 1898, p. 107 s., e E. F. BRUCK, *Totenteil und Seelgerät im griechischen Recht: Eine entwicklungsgeschichtliche Untersuchung zum Verhältnis von Recht und Religion mit Beiträgen zur Geschichte des Eigentums und Erbrechts*, 2. Aufl., München, 1970, *passim*.

uma relação efetiva com os vivos: recondução da fundação à ideia de uma “associação de pessoas” (*Personenverband*), que envolvia, para além do próprio fundador, os administradores e os beneficiários. A esta luz, e como diz R. Schulze <sup>119</sup>, quando os *internados* num certo hospital se reuniam ao toque de sinos, invocando o nome do fundador, que morto era, não se tratava apenas de uma “invocação” em sentido moderno; tratava-se também, e sobretudo, da comum “presença de vivos e mortos”, que, no caso, se traduzia na contínua *assistência* do fundador através da sua obra (as tradições pagãs arcaicas, refletidas nessa conceção, fazem-nos pensar em certas perceções dos cristãos, por exemplo, sobre a Eucaristia...).

Como atrás dissemos <sup>120</sup>, essa conceção *corporativa* da fundação, típica do direito germânico (com origem, lembre-se, nas conceções tradicionais dos respetivos povos sobre a “comunhão dos vivos e dos mortos”), teve eco entre os Glosadores. O ponto merece, sem dúvida, a nossa atenção. Dispensar-lha-emos mais adiante. Antes disso importa dar conta da evolução do fenómeno fundacional durante a Baixa Idade Média.

b) E, nesse quadro, sobressai a *secularização* desse fenómeno. Com efeito, a par das múltiplas *piæ causæ*, com as finalidades já antes referidas, erigidas pela própria Igreja e pelos particulares, os quais, porém, colocavam as respetivas fundações *sob a égide* daquela, passaram a existir outras com as mesmas finalidades, erigidas pelas próprias cidades (então revigoradas <sup>121</sup>) e por certas corporações (também elas, entretanto, renascidas <sup>122</sup>), e cuja administração era *laica*, não tendo sequer a Igreja qualquer *droit de regard* — tais tarefas eram assumidas, no primeiro caso, pelos órgãos da cidade, e, no segundo caso, pelos órgãos da corporação <sup>123</sup>. Em ambos os casos tratava-se de *fundações seculares*, que tinham em comum serem instituídas por pessoas coletivas. Mas também não faltaram as fundações dessa categoria instituídas por pessoas humanas. T. Sauvel refere-as, e dá como exemplo o célebre “L’Hôtel-Dieu de Beaune”: um hospital, fundado em 1442 (e que ainda existia à data da Revolução), pelo “chancelier de Bourgogne, Nicolas Rolin”. Este, queria-o “indépendant de toute communauté existante — continuamos a

<sup>119</sup> Cfr. “Die Gegenwart des Vergangenen...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 59-60.

<sup>120</sup> Cfr. *supra*, nota 97.

<sup>121</sup> Cfr. o nosso *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 106.

<sup>122</sup> Cfr. *últ. ob. cit.*, p. 105 s.

<sup>123</sup> Cfr. S. REICKE, “Stiftungsbegriff...”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, cit., p. 270 s., e H. LIERMANN, *ob. cit.*, p. 88 s.

transcrever o referido Autor — et placé uniquement sous l'autorité des gens qui seraient nommés d'abord par lui, et après lui par ses héritiers". E, por isso — assim remata Sauvel —, a doação (feita à cidade de Beaune) “prévoit ‘les maîtres et les ministres qui seront en iceluy hôpital institués et établis’”, sendo “‘par ces maîtres’ que l'hôpital possédera les biens qui lui sont donnés”<sup>124</sup>.

Nos finais da Idade Média e nos começos da Idade Moderna, assistiu-se também ao alargamento (por ação da Escola dos Comentadores) do conceito de *pia causa*, do ponto de vista da *utilitas publica* — um conceito, este último, que, como adiante veremos, foi depois usado pelos Enciclopedistas para *pear* o direito fundacional —, o qual conceito passou a abranger as atribuições patrimoniais (doações e legados) cuja finalidade fosse, por exemplo, a construção de estradas ou de pontes (às fundações para os pobres, *pro anima, intuitu religionis Christianæ*, juntavam-se assim as fundações *ob utilitatem publicam*)<sup>125</sup>. Por outro lado, remontam também a esse período, marcado pelo espírito humanista do Renascimento, as fundações culturais e/ou artísticas<sup>126</sup>, e também as fundações cujo escopo era providenciar o sustento dos membros carenciados de uma determinada família (as modernas “fundações de família”, de que falaremos adiante, têm, pois, antecedentes muito antigos)<sup>127</sup>.

12. Vista, sucintamente, a evolução do fenómeno fundacional no decurso da Baixa Idade Média, olhemos então agora mais de perto para a conceção *corporativa* da fundação, acolhida pela Escola dos Glosadores, e que tem a sua origem nos princípios do direito germânico. A estrutura sociopolítica dos povos “bárbaros”, com os germanos à cabeça, afastava-se, e muito, da que prevalecera na Europa ocidental no tempo do Império romano. Essa diferença refletia-se, é claro, nos respectivos sistemas jurídicos. Uma das características mais marcantes do sistema jurídico romano era, como todos sabemos, a distinção entre o direito público e o direito privado: aquele, o direito do Estado e, este, o direito do indivíduo, cada um destes sujeitos soberanos na sua própria esfera de poder, sendo os “os grupos sociais intermédios”, como a história das corporações revela<sup>128</sup>, encarados com desconfiança (esses grupos, potenciando a acumula-

<sup>124</sup> Cfr. T. SAUVEL, “Les fondations. Leurs origines, leur évolution”, *Revue du Droit Public*, n.º 2, 1954, p. 331.

<sup>125</sup> Cfr. H. COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985, p. 594 s.

<sup>126</sup> Cfr., por exemplo, J. J. LOPEZ JACOISTE, “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, *Revista de Derecho Privado*, 1965, p. 571.

<sup>127</sup> Cfr. R. SCHULZE, “Die Gegenwart des Vergangenen...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 60.

<sup>128</sup> Cfr. *supra*, nota 23.

ção de riqueza e, conseqüentemente, a acumulação de poder, tenderiam naturalmente a rivalizar com o (Poder do) Estado...). O sistema jurídico germânico, afirmado na Alta Idade Média, tinha uma *matriz* diversa: mesmo admitindo que a distinção entre direito público e direito privado não se esboroou, certo é que o âmbito do direito privado foi *redimensionado*, em conseqüência do surgimento de “entes políticos menores, dotados de maior ou menor autonomia”, e da multiplicação dos “fenómenos de vida corporativa, produzidos pela necessidade de associação dos indivíduos, dada a falta de um Estado forte que lhes proporcione a devida garantia e defesa”<sup>129</sup>.

a) É nesse quadro de *exuberância associativa* que a ação dos Glosadores se revela, necessariamente enquadrada pelas fontes justinianeias de que eram profundos conhecedores, oferecendo-nos um conceito de *corporação* “extraordinariamente amplo e, ao mesmo tempo, muito indeterminado”<sup>130</sup>. A própria terminologia era, também ela, muito variada: o termo preferido era, sem dúvida, *universitas*<sup>131</sup>, mas também se falava de *corpus*, de *collegium* e, até, de *societas*<sup>132</sup>. E, usando (um pouco indiferentemente<sup>133</sup>) esses termos, referiam-se a quaisquer coletividades de pessoas, nestas se incluindo a Igreja e o Estado e, como antes vimos<sup>134</sup>, também as *piae causæ* ou *venerabiles domus*, com destaque para os *hospitalia* e os *xenodochia*, considerados “corporazioni delle persone miserabili che vi sono degenti”<sup>135</sup> (lembre-se aqui o trecho de Placentino: “*Hodie capit collegium decanorum, monachorum, sanctimonialium et miserabilium personarum in xenodochiis degentium*”).

Tendo-se quedado pela ideia de uma única categoria de pessoas jurídicas — cuja afirmação era feita depender, como ainda agora vimos, da existência de uma coletividade de pessoas (*substrato pessoal*) —, os Glosadores tiveram

<sup>129</sup> Cfr. A. DE COSSIO, “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, 1954, p. 634.

<sup>130</sup> OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 192.

<sup>131</sup> Definida por UGOLINO, *Summa in Digestum*, 3, 4, nr. 1, do seguinte modo: “*universitas est plurium corporum collectio inter se distantium, uno nomine specialiter eis deputato*”; cfr. OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 193.

<sup>132</sup> PILLIO, *Summa in Codicem*, 11, 17, nr. 1: “*Collegium est personarum plurium in corpus unum quasi coniunctio vel collectio: quod generali sermone universitas appellatur, corpus quoque, vulgariter apud nos consortium vel schola*”; cfr. OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 193 e nota 3.

<sup>133</sup> Vide OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 193; segundo o Autor, *universitas* e *corpus* eram as designações (mais) genéricas, reservando-se a denominação *collegium* para as associações “simul cohabitantes” e a de *societas* para as associações “non cohabitantes”.

<sup>134</sup> Cfr. *supra*, nota 97.

<sup>135</sup> Cfr. F. RUFFINI, “La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny”, in: *Scritti giuridici minori*, vol. II, Milano, 1936, p. 11.

delas um entendimento que ficava aquém (no *grau de abstração*) da dos juristas romanos. Daqueles se diz, com efeito, que não conseguiram ver na *universitas* um sujeito de direitos inteiramente destacado e independente por virtude de uma abstração jurídica da totalidade dos membros que a compunham; não terão conseguido isso, e tão-pouco lograram representá-la, à semelhança do tradicional entendimento do direito germânico, como um organismo superior e diverso das partes singulares, e também ficaram à margem da tendência, já então dominante no direito canônico, de sobrelevar o elemento de uma vontade autoritária, externa à corporação, que lhe dava um cunho vincadamente institucional. Em síntese, para os Glosadores, a corporação não é senão o conjunto dos seus membros e, por conseguinte, a unidade, que ela traduzia, resultava não já de uma abstração, de uma fusão orgânica ou de uma imposição autoritária, mas antes da pura e simples soma material das partes singulares — unidade e totalidade são, pois, aos olhos dos glosadores, conceitos idênticos<sup>136</sup>. Donde a ausência, na respetiva literatura, da expressão “pessoa jurídica”, sobressaindo, sim, nesse quadro a definição da Glosa (*Non debetur*, 1. 7, § 1, D. 3, 4) “*universitas nihil aliud est, nisi singuli homines, qui ibi sunt*”<sup>137</sup>. Esta *confusão* entre o sujeito de direito, que a *universitas* era, e o conjunto dos membros que a compunham conduziu, é certo, a “uma série de aplicações práticas incertas ou aberrantes”<sup>138</sup>, mas não impediu que se lhe reconhecesse (à *universitas*, entenda-se) “capacidade de possuir, de querer e de agir, seja *per se* seja *per alium*, de cometer delitos e de ser responsável por eles”<sup>139</sup>.

b) A doutrina das pessoas jurídicas não conheceu quaisquer avanços com os Decretistas<sup>140</sup>, os quais, negligenciando os elementos desde há muito latentes no direito canônico, se deixaram *seduzir* pelas opiniões da mais avançada doutrina civilística do seu tempo<sup>141</sup>. Esses avanços — notáveis avanços, dizem

<sup>136</sup> Cfr. F. RUFFINI, “La classificazione delle persone giuridiche...”, in: *Scritti giuridici minori*, cit., p. 10 (na esteira, e como o próprio Autor reconhece, de OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 187 a 238).

<sup>137</sup> Cfr., por todos, OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 212 s.

<sup>138</sup> Cfr. F. RUFFINI, “La classificazione delle persone giuridiche...”, in: *Scritti giuridici minori*, cit., p. 11, que aponta algumas dessas aplicações. Cabe aqui dizer, na esteira, aliás, de P. FEDELE, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 786, que da falada *confusão* advinha uma consequência deveras importante, que era a *extinção* da corporação ocorrendo a morte de todos os seus membros.

<sup>139</sup> Cfr., por exemplo, P. FEDELE, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 786, e, mais desenvolvidamente, OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 218 s.

<sup>140</sup> Nome dado a uma das correntes de cuja ação resultou a renovação do direito canônico, e que se dedicava à interpretação deste, tal como constava de uma das suas fontes, que era o *Decreto*; cfr., entre nós, M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 250.

<sup>141</sup> Desenvolvidamente, cfr. OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 238 s.

muitos — verificaram-se, sim, com os Decretalistas <sup>142</sup>, entre os quais pontificou Sinibaldo dei Fieschi (Papa, sob o nome de Inocêncio IV, desde 1243 a 1254). Gierke refere-se-lhe, e aponta-o mesmo como o *precursor* da teoria da *ficção*, da qual Savigny, volvidos cerca de seis séculos, foi o grande arauto <sup>143</sup>.

13. Disse um sábio que “a necessidade aguça o engenho”. É óbvio que a Sinibaldo dei Fieschi não faltava o engenho. E usou-o, no quadro da doutrina das pessoas jurídicas, para dar resposta a uma questão que, desde há muito, inquietava sobremaneira a Igreja.

a) Essa questão — referida por S. Reicke sob o tópico “direito das igrejas particulares” (*Eigenkirchenrecht*) <sup>144</sup> — surgiu no final do século VII, nalguns Estados “bárbaros” do Ocidente, em resultado da reação dos particulares(-senhores feudais) que, tendo instituído (em vida) fundações de fim caritativo, de que a Igreja era *portador*, viam esta denegar-lhes quaisquer direitos sobre essas mesmas fundações. Centrada, num primeiro momento, numa “reserva de domínio”, que dava a estes particulares uma *potestas imperandi et gubernandi* sobre as respetivas fundações, essa reação veio depois a evoluir para a reivindicação de uma *potestas usufructuandi*, primeiro, entendida como usufruto de um património alheio, que o património da fundação era, e, mais tarde, reconduzida à ideia de que se tratava de um património cuja propriedade continuava a caber ao próprio fundador. Com a consumação deste processo, que ocorreu no século IX — mercê, diga-se, da preponderância, entretanto adquirida, dos

<sup>142</sup> Outra das correntes de cuja ação resultou a renovação do direito canónico, interpretando-o com recurso às *Decretais*; cfr., entre nós, M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 250.

<sup>143</sup> Nas palavras do próprio Gierke: “Dieser bedeutende Kanonist (...) gab der Korporationslehre in ähnlicher Weise, wie in unserem Jahrhundert Savigny, mit dessen Lehre die seine auch materiell merkwürdig übereinstimmt, eine scharf umrissene neue Gestalt” — cfr. *ob. cit.*, p. 246.

Esta posição de Gierke colhe o (entusiástico) apoio de F. RUFFINI, “La classificazione delle persone giuridiche...”, in: *Scritti giuridici minori*, cit., p. 5 s., e P. FEDELE, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 789 (“Concludendo, possiamo dire che l’opinione di gran lunga dominante è nel senso che la teoria della finzione (...) abbia avuto la sua origine nella dottrina decretalistica, il cui maggiore rappresentante in questo campo fu Sinibaldo dei Fieschi”); na mesma linha, citando Ruffini, *vide*, entre nós, GUILHERME MOREIRA, «Da personalidade colectiva», *RLJ*, 40.º ano (1907), n.º 1740, p. 514 (“Esta ficção [jurídica da personalidade] só aparece, porem, nitidamente formulada em Sinibaldo dei Fieschi, mais tarde Innocencio IV, que pode considerar-se o auctor da theoria que, cinco séculos mais tarde, foi desenvolvida por Savigny”).

Existem, porém, vozes que, sem retirarem mérito a Sinibaldo dei Fieschi, consideram manifestamente exagerado atribuir-lhe a autoria da teoria da *ficção*; neste sentido, cfr. P. GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique: Spécialement chez les Décretistes et les Décretalistes et dans le Code de droit canonique, passim*, Malines, 1927, e P. W. DUFF, *ob. cit.*, p. 222 — com mais referências, *vide* J. M. BLANCH NOUGUÉS, *ob. cit.*, p. 51-53, nota 116, e, entre nós, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral, Pessoa*s, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, 555 s.

<sup>144</sup> Cfr. “Stiftungsbegriff...”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, cit., p. 255 s.

germanos sobre a Igreja católica <sup>145</sup> —, muitas fundações de fim caritativo (v. g., *hospitalia, xenodochia*), outrora no *regaço* da Igreja, a quem cabia velar pela integridade dos respetivos patrimónios e pela perpetuidade da sua afetação a um determinado fim, *passaram para as mãos* dos respetivos fundadores e dos herdeiros destes, que assim se tornaram *senhores do seu destino*. No dizer (impressivo) de S. Reicke, com a manutenção do fim da fundação deixada ao livre arbítrio do fundador e dos seus herdeiros, a “fundação”, no verdadeiro sentido da palavra, via-se privada do *suporte* essencial da sua existência, que era, precisamente, a garantia de perpetuidade do seu fim <sup>146</sup>.

A (contra-)resposta da Igreja a essa exautoração do seu poder sobre as *piæ causæ* (consequência de um certo *germanismo* triunfante) foi, digamos, escalonada. Numa primeira fase (*grosso modo*: séculos X e XI) conseguiu *adoçar* o *Eigenkirchenrecht*: condescendeu, é certo, com a ideia de que a *obra pia* integrava o património geral do respetivo fundador, mas logrou, do mesmo passo, impor o entendimento da sua *autonomização* no seio desse mesmo património, autonomização imposta pela própria natureza do escopo da obra em causa (a fundação passou, pois, a ser entendida como um património autónomo com finalidade eclesial, que o fundador *deteria* perpetuamente). Essa solução, exatamente porque não eliminava a *potestas* (quando menos, *fáctica*, o que não era despreciando) do fundador sobre o património fundacional, que se considerava ser património eclesial, não satisfiz a Igreja. E a razão era simples: sobre os bens, que, *estando* no património de terceiros, considerava serem *propriedade sua*, continuava a pairar a *espada de Dâmocles* da sua alienação ou, quando menos, da sua desafetação do fim a que estavam adstritos. A esconjuração destes perigos tornara-se, pois, uma necessidade — a *necessidade* que, afinal, *aguçou o engenho* de Sinibaldo dei Fieschi, que, *chegando à personalidade jurídica das fundações*, procurava dar-lhes a sua *carta de alforria* (adiante veremos que, mesmo do ponto de vista estritamente jurídico, ou seja, desconsiderando as razões político-filosóficas e até teológicas, o *modo* como essa *carta* foi *escrita* não se revelou *indelével*...).

*b)* Da doutrina de Sinibaldo dei Fieschi (o Papa Inocêncio IV, lembre-se) diremos aqui apenas o essencial. A sua diferença em relação à doutrina dos Glosadores espelha-se na afirmação do princípio fundamental da *autonomia* da *universitas*, ou seja, da distinção desta relativamente ao conjunto dos seus

<sup>145</sup> Cfr. “Stiftungsbegriff...”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, cit., p. 256.

<sup>146</sup> Cfr. “Stiftungsbegriff...”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, cit., p. 256.

membros (“*capitulum est iudex, et penes ipsum est iurisdictio, et non pene singulos canonicos (...), sicut electio est penes capitulum, et non singulos, et tamen singuli coeligunt*”<sup>147</sup>). A tal “série de aplicações práticas incertas ou aberrantes”, a que Ruffini se referia, falando da doutrina dos Glosadores<sup>148</sup>, é, pois, arredada. E arredada é, outrossim, a dependência do sujeito jurídico, que a *universitas* é, do não desaparecimento de todos os seus membros (“*quantumcumque moriatur praelatus, et omnes clerici ecclesiae, tamen proprietates et possessio remanet penes Christum, qui vivit in aeternum, vel penes universalem, vel singulorum ecclesiam quae nunquam moritur, nec est unquam nulla*”<sup>149</sup>).

Esta autonomia e, conseqüentemente, a *unidade* da (personalidade da) corporação são alicerçadas no conceito de ficção — e daí a afirmação de Gierke sobre a *precedência* de Sinibaldo dei Fieschi em relação a Savigny —, o qual conceito é definido do seguinte modo: “*hodie licitum est omnibus collegiis per alium iurare, et hoc ideo quia cum collegium in causa universitatis fingatur una persona, dignum est quod per unum iurent, licet per se iurare possint si velint*”<sup>150</sup>. À luz deste conceito — do qual derivou um outro construído pela posterior doutrina canonística e aceito pelos civilistas: falamos do conceito de “*persona ficta et repraesentata*” ou “*persona non vera sed repraesentata*”<sup>151</sup> —, Sinibaldo dei Fieschi nega que a *universitas* possa incorrer em responsabilidade civil ou penal e, por conseguinte, que possa ser excomungada, por isso que não poderia excluir-se que, no seu seio, existissem pessoas *inocentes*. Outro era, diga-se, o entendimento dos Glosadores<sup>152</sup>. No Concílio de Lyon (1245), a Igreja fez seu o entendimento de Sinibaldo dei Fieschi<sup>153</sup>.

Como por certo já se percebeu, estes nossos sublinhados da doutrina do ilustre Decretalista respeitam diretamente à personalidade jurídica das *univer-*

<sup>147</sup> *Divina Innocentii IV Pontificis Maximi Doctoris subtilissimi in V libros Decretalium Commentaria*, Venetiis, 1570, ao cap. XIII, *De officio iudicis ordinarii*, n. 1, p. 184, citado por P. FEDELE, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 787.

<sup>148</sup> Cfr. *supra*, nota 138.

<sup>149</sup> *Divina Innocentii IV*, cit., ao cap. IV, *De causa possessionis et proprietatis*, n. 4, p. 267, citado por P. FEDELE, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 787.

<sup>150</sup> *Divina Innocentii IV*, cit., ao cap. LVII, *De testibus et attestationibus*, n. 5, p. 325, citado por P. FEDELE, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 787.

<sup>151</sup> Cfr., por exemplo, OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 282.

<sup>152</sup> Com efeito, e como escreve J. M. BLANCH NOUGUES, *ob. cit.*, cit., p. 51-52, nota 116, “los glosadores y canonistas medievales sobre la base de interpretaciones forzadas de fuentes romanas como D. 4, 3, 15, 1, defendieron la posibilidad de castigar y excomulgar a las ciudades en tanto que *universitates* por delitos cometidos por la colectividad de sus miembros contra terceros — especialmente en delitos de traición contra la autoridad del emperador o de herejía contra la ortodoxia de la Iglesia Católica — independientemente de que hubiese en ellas un buen número de individuos absolutamente inocentes respecto del crimen en cuestión”.

<sup>153</sup> Cfr. OTTO VON GIERKE, *ob. cit.*, p. 280.

*sitates personarum*. Ora, o nosso tema, decerto conexo, não é, porém, esse. É, sim, o da personalidade jurídica das *universitates rerum*, ou seja, das fundações. Seriam também estas abrangidas pela doutrina em referência? A resposta a este quesito foi há muito dada por Ruffini. Ouçamo-lo (e ao ouvi-lo, estaremos afinal a perscrutar o pensamento de Otto von Gierke): “(...) il nuovo, più comprensivo e spirituale concetto di personalità giuridica é tale, da poter convenientemente adattarsi a tutte le figure svariatissime, create dai diversi diritti. Dato, invero, che una finzione di personalità costituisce l’essenza della nuova concezione, che importa poi se il substrato sia una *universitas personarum* o una *universitas rerum* o una qualcosa che tenga dell’una o dell’altra? che importa poi se la collettività personificata mercè quella finzione giuridica svolga la sua azione nella sfera di diritto pubblico o del privato?”<sup>154</sup>. Por serem de pura retórica, estas perguntas não exigiam resposta. Todavia, Ruffini dava outro argumento (também usado por Otto von Gierke<sup>155</sup>) para justificar a *omnicomprensão* do conceito de pessoa de Sinibaldo dei Fieschi. Tal argumento respeitava à personalidade jurídica das *prebendas canónicas*, que foi por este expressamente afirmado (“*haec praebenda potest habere iura sua, et possessiones, sicut episcopatus, abbatia, hospitale, vel quaecumque alia domus, vel dignitas, vel administratio*”); e, depois disto — assim concluía Ruffini —, “nulla si opponeva oramai evidentemente a che lo stesso procedimento si concepisse la personalità giuridica di tutte le restanti istituzioni e fondazioni religiose o caritative o di qual’altra natura esse fossero”<sup>156</sup>.

c) A Escola dos Comentadores “colheu na seara” dos Decretalistas. Um dos mais insignes representantes dessa Escola, Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), não comungava, é verdade, da opinião de Sinibaldo dei Fieschi, no que respeita ao princípio por que se haveria de reger a constituição dos “entes morais”: ao princípio de autorização, defendido por este último, Bártolo contrapunha o princípio da liberdade da constituição de tais entes, que depois cerceava com múltiplas excepções com base no *ius civile* e no *ius gentium*<sup>157</sup>. Mas isto não significava que não abraçasse a “teoria da *ficção*” (de Sinibaldo dei Fieschi), como

<sup>154</sup> Cfr. “La classificazione delle persone giuridiche...”, in: *Scritti giuridici minori*, cit., p. 16.

<sup>155</sup> *Ob. cit.*, p. 274.

<sup>156</sup> Cfr. “La classificazione delle persone giuridiche...”, in: *Scritti giuridici minori*, cit., p. 16-17.

<sup>157</sup> Desenvolvadamente, cfr. OTTO VON GIERKE, cit., p. 370 s.

se comprova pelo seguinte trecho: “*universitas (...) proprie non est persona; tamen hoc est fictum pro vero, sicut ponimus nos iuristæ*”<sup>158</sup>.

14. A crise do direito das fundações, assim tão laboriosamente construído — no entendimento de que os Decretalistas e, na sua esteira, os Comentadores têm a seu crédito a elaboração do conceito de fundação-pessoa jurídica, poder-se-á dizer que o seu labor resultou em *obra acabada* (no quadro do pensamento que lhes era próprio, já se vê) —, começou no século XVI, com a Reforma.

a) Em bom rigor, esse início da crise do (*antigo*) direito das fundações foi apenas um reflexo da revolta do falado movimento contra a Igreja de Roma, que acabou necessariamente por redundar na contestação do seu poder (direto e indireto) sobre as fundações de escopo caritativo-religioso, a cuja luz esse direito havia sido construído. Os teólogos protestantes olhavam para muitas dessas fundações, por isso que a sua instituição relevava do “culto dos mortos e dos Santos”<sup>159</sup>, como se de *heresias* se tratasse. Esta animosidade, teologicamente motivada, quadrava bem com os interesses dos monarcas e de outros *potentiores*, que aspiravam apoderar-se dos vultuosos patrimónios de tais fundações. Uma aspiração muitas vezes concretizada, diga-se. Desta sorte, a Igreja, que, na Alta Idade Média, se viu confrontada com a recusa de muitos fundadores e dos respetivos herdeiros em abrirem mão do controlo das respetivas fundações, por outras palavras, a Igreja, que antes tivera de lidar com a questão do *Eigenkirchenrecht*<sup>160</sup>, no tempo da Reforma, nos países onde este movimento religioso teve maior impacto sociopolítico, viu sair definitivamente do seu *regação* (*scilicet*: da sua esfera de poder) muitas fundações de que há muito era *portador*. Com efeito, e como escreve R. Schulze<sup>161</sup>, em particular nos Estados protestantes, com base na ideia do “bem comum”, cuja definição cabia, é claro, ao próprio Estado (*rectius*: aos funcionários deste, que assim foram alcançados à posição de *sacerdotes* da referida ideia), foram muitas as fundações que viram os respetivos patrimónios concentrados e adstritos à consecução de outro escopo que não (apenas) aquele que antes era o seu por expressa von-

<sup>158</sup> *Comm.*, in 1. 16, § 10, Dig. (XLVIII, 19), n. 3, citado por F. RUFFINI, “La classificazione delle persone giuridiche ...”, in: *Scritti giuridici minori*, cit., p. 20.

<sup>159</sup> Cfr., por exemplo, H. LIERMANN, *ob. cit.*, p. 132 s.

<sup>160</sup> Cfr. *supra*, número 13 a).

<sup>161</sup> Cfr. “Die Gegenwart des Vergangenen...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 63; mais desenvolvidamente, *vide* H. LIERMANN, *ob. cit.*, p. 169 s.

tade do respetivo fundador (assim, e por exemplo, muitas “inúteis” e “anacrónicas” fundações para o “culto dos Santos” passaram a ter também um escopo altruístico, nomeadamente, a assistência aos doentes). Igualmente concretizada foi, em muitos casos, a assunção pelas autoridades dos Estados da *fiscalização* das fundações, substituindo-se, pois, à Igreja, bem como a adoção de medidas legislativas àquelas dirigidas, com a consequente suplantação, em muitas áreas, do direito canónico (até então o direito comum europeu para as fundações), dando-se assim início ao processo de construção de uma “*Stiftungspolicey*”<sup>162</sup> em diferentes Estados.

b) Este abalo do (antigo) direito das fundações, conquanto possa não se ter feito sentir apenas nos países do seu *epicentro* — os países que foram o berço do *protestantismo* —, não teve fora desse (novo) espaço religioso consequências sobremaneira relevantes. Nos países (que continuaram) católicos, e nos próprios países (que se tornaram) protestantes, ou seja, na generalidade dos países europeus, a *renegação* desse direito conheceu os seus fundamentos no *jusnaturalismo moderno*. Deste jusnaturalismo<sup>163</sup> disse o Professor Castanheira Neves que “não é unívoco: o jusnaturalismo que assimilou o racionalismo sistemático-dedutivista do séc. XVII (GRÓCIO e PUFENDORF), e que se consumaria no séc. XVIII com C. WOLFF, não pode confundir-se com o jusnaturalismo iluminista, de uma racionalidade puramente formal (ROUSSEAU e KANT). Só o primeiro se poderá designar exatamente de ‘direito *natural*’ (ou, em termos mais rigorosos, ‘direito racionalmente natural’) e o segundo melhor se dirá, com STAMMLER, ‘direito *racional*’ (ou ‘direito formalmente racional’)”<sup>164</sup>.

Esse(s) jusnaturalismo(s) apresentava(m)-se como expressão do sistema do pensamento moderno, constituído do século XVI ao século XVIII, o qual sistema — é ainda o Mestre de Coimbra que assim diz — “radica o seu fundamento último no postulado da autonomia humana. E isto significa: rompendo com a ordem (ou a pressuposição da ordem) teológica-metafísico-natural transcendente, o homem moderno volta-se para si próprio, postulando como fundamentos únicos, do seu saber e da sua ação, a razão e (ou) a experiên-

<sup>162</sup> A expressão é usada por R. SCHULZE, “Die Gegenwart des Vergangenen...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 63.

<sup>163</sup> Sobre o jusnaturalismo antigo (*scilicet*: no direito grego e no direito romano), cfr., entre nós, A. SANTOS JUSTO, “O pensamento jusnaturalista no Direito Romano”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVII (2011), p. 21 s.

<sup>164</sup> Cfr. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, p. 529 (omitimos as notas de pé-de-página).

cia”<sup>165</sup>. No quadro deste pensamento, e no que respeita diretamente às fundações, sobressai a exigência de as finalidades assistenciais e/ou caritativas que as caracterizavam, passarem para a esfera do Estado(-*polícia*), de cuja prossecução devia, aliás, ter o monopólio, por isso que só a ele cabia velar pela realização do *bem comum*. E, mesmo quando assim não acontecesse, é dizer, quando o Estado aceitasse *partilhar* esse seu monopólio, só o devia fazer se a *utilitas publica* o impusesse, e já não por se lhe impor respeitar a vontade dos que aspiravam a essa partilha (na “idade da razão” não havia lugar para os antigos “fundamentos metafísicos” das fundações).

O conceito de “utilidade pública”, que, como veremos já a seguir, os Enciclopedistas desenvolveram, e a cuja luz devia ser apreciada a *autorização* das fundações, independentemente do móbil dos respetivos proponentes(-instituidores), justificava, outrossim, que, uma vez autorizadas, o Estado assumisse o seu controlo, *publicizando-as*, e, por conseguinte, não deixasse os respetivos patrimónios sob a administração da Igreja ou de quaisquer corporações.

As críticas dos jusnaturalistas, mormente dos da corrente iluminista (nas expressões cunhadas por Castanheira Neves, “direito racional” ou “direito formalmente racional”)<sup>166</sup>, encontraram terreno fértil nas novas doutrinas eco-

<sup>165</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, *ob. cit.*, p. 528.

<sup>166</sup> Immanuel Kant, um dos mais brilhantes representantes dessa corrente de Pensamento, dava de fundação (*sanctio testamentaria beneficij perpetui*) a seguinte definição: “é a instituição voluntária, reconhecida pelo Estado, criada para a beneficência de certos membros do mesmo, membros esses que se sucedem no tempo, até à sua completa extinção”. Em continuação, acrescentava: “Destas corporações (no original: *Korporationen*; Savigny ainda estava para vir...) e dos seus direitos de sucessão diz-se então que não podem ser revogados: porque se convertem por testamento em propriedade da herança instituída e abolir uma tal instituição (*corpus mysticum*) equivale a retirar a alguém aquilo que é seu”. Depois de considerações de vária ordem, Kant vinha, contudo, a afastar-se de tal entendimento, escrevendo: “Se então certas almas devotas e crentes, através de orações, indulgências e penitências, por via das quais os ministros espirituais (os clérigos) da Igreja a tal adstritos prometem fazê-las participar da graça que a Igreja promete conceder aos crentes mesmo depois da morte, se essas almas devotas e crentes instituem uma fundação perpétua, por via da qual certas extensões de terra que lhes pertencem devam converter-se, após a sua morte, em propriedade da Igreja, e se o Estado se obriga perante a Igreja em relação a esta ou aquela parte ou mesmo em relação ao todo, uma tal fundação, pretensamente perpétua, não está, de modo algum, instituída para sempre, podendo, ao invés, o Estado afastar este ónus que lhe foi imposto pela Igreja quando quiser. — Pois que a própria Igreja é uma instituição fundada unicamente na fé e quando a ilusão em relação a essa opinião desaparece, por via da ilustração do povo, cessa também o temível poder do clero nela fundado e o Estado apodera-se com pleno direito da propriedade atribuída à Igreja, quer dizer, dos terrenos que a esta foram doados através de legados; se bem que os usufrutuários da instituição até aí existentes estejam no pleno direito de exigir serem indemnizados para o resto das suas vidas. / Nem sequer as fundações perpétuas para as pessoas pobres ou instituições educativas, tendo, desde logo, um certo carácter projectado pelo fundador de acordo com a sua ideia, podem ser instituídas de modo perpétuo e onerar assim o solo; deve antes o Estado ter a liberdade de as configurar em consonância com as necessidades da época. — Não deve causar espanto a quem quer que seja o facto de ser difícil pôr em prática esta ideia em toda a sua amplitude (por exemplo, os estudantes pobres têm de complementar a insuficiência dos fundos escolares instituídos com fins de benemerência pedindo esmola cantando); pois que aquele que cria uma fundação com bom ânimo, mas, ao mesmo tempo, com alguma ambição, não quer que uma qualquer pessoa a modifique

nómicas: a Fisiocracia, primeiro, e o Liberalismo, depois. Em *artigo* publicado na *Encyclopédie* (de Diderot e d'Alembert, volume VII), Turgot acusava as fundações de constituírem um instituto cuja utilidade se cingia a satisfazer a aspiração dos indivíduos à eternidade: uma aspiração tão vã como egoísta, e que implicava o empobrecimento dos que lhe sobreviviam. Dar guarida a tal aspiração, entendendo-a como manifestação da autonomia individual, evocaria a imagem do suplício de Tântalo, ou seja, a imagem de uma humanidade condenada à indigência por ter (deixado) cristalizar em formas jurídicas improduti-vas as suas próprias riquezas, a um tempo perceptíveis e inacessíveis <sup>167</sup>.

O ministro de Luís XVI escrevia nos inícios da segunda metade do século XVIII (mais concretamente, em 1757, que é a data da publicação do referido volume da *Encyclopédie*). Porém, em França, são conhecidas intervenções legislativas anteriores tributárias desse mesmo entendimento. Comumente referidos são a *Déclaration de juin 1739 sur les gens de main morte du ressort du Parlement de Metz* e o *Edit d'août 1749* <sup>168</sup>. Na primeira dizia-se o seguinte: “Quelque faveur que puissent mériter les établissements qui sont fondés sur des motifs de religion et de charité il a fallu néanmoins que la sagesse de la loi renfermât dans de justes limites les effets d'un zèle souvent excessif (...) en n'approuvant que ceux qui pouvaient être véritablement utiles au public”. O Édito de Agosto de 1749 proibia as fundações testamentárias, e sujeitava as que fossem instituídas por ato entre vivos ao seu expresse reconhecimento (*lettre patente real*), dizendo-se, a esse propósito, que “l'amortissement ne doit être accordé que relativement au bien de l'état”. Em ambos os textos, a mesma exigência: quaisquer que fossem as intenções dos fundadores (*scilicet*: fossem elas religiosas ou de outra índole), tais intenções só podiam ser acolhidas se se mostrassem conformes com a *utilidade pública*.

c) Com a Revolução (falamos da Revolução francesa, já se vê) e o seu programa *liberal(izador)*, as fundações conheceram a *ignomínia*. Um *décret du 18 août 1792* afirmava que “un état vraiment libre ne doit souffrir dans son sein

---

segundo as suas próprias ideias, mas sim imortalizar-se nela. Isto não altera, porém, a índole da própria coisa e o direito do Estado, ou mesmo o seu dever, de alterar qualquer fundação quando este se oponha à sua conservação e progresso, não podendo nunca, portanto, ser considerada como instituída para todo o sempre”.

Os trechos transcritos são da obra de KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797/1798, e foram extraídos de JOSÉ LAMEGO, *A metafísica dos costumes* 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 263 e 266-267.

<sup>167</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 24-25 e nota 33, com várias referências.

<sup>168</sup> Cfr., por exemplo, T. SAUVEL, “Les fondations...”, *Revue de Droit Public*, cit., p. 334, nota 14.

aucune corporation, *pas même celles qui (...) ont bien mérité de la patrie*” (ressoava neste texto a asserção de Rousseau: “il importe qu’il n’y ait pas de société particulière dans l’état”). Ao que se diz <sup>169</sup>, não existiu um texto legal expressamente dirigido à abolição das fundações. Mas foi essa, decerto, a consequência da *loi du 4 août 1789*, que suprimiu os direitos respeitantes aos “bens de *mão-morta*” <sup>170</sup>, bem como de vários outros textos legais, que atingiram sucessivamente todas as categorias de *estabecimentos*, e também da *loi 4 novembre 1789* e do *décret du 19 mars 1793*, que atribuíram “à la Nation tous les biens ecclésiastiques et hospitaliers” <sup>171 172</sup>. Constituindo estes bens a razão de ser das fundações, sem eles a sua sobrevivência deixava de ser possível.

---

<sup>169</sup> Vide T. SAUVEL, “Les fondations...”, *Revue de Droit Public*, cit., p. 333.

<sup>170</sup> A *mão do defunto* (*morta*, pois), que, a partir do túmulo, *agarrava* vultuosos bens, impedindo a sua utilização segundo as necessidades dos vivos.

<sup>171</sup> Cfr. T. SAUVEL, “Les fondations...”, *Revue de Droit Public*, cit., p. 333.

<sup>172</sup> É sabido que a *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, aprovada em 24 de Junho de 1793, enumerava, no rol de tais direitos, o direito de propriedade, que era aí definido como “celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie” (art. 16). Em termos dogmático-jurídicos, teria sido mais fácil invocar esta norma para obstar à *nacionalização* dos bens da Igreja e das diferentes *piæ causæ* se a *personalidade coletiva* destas instituições fosse entendida como uma *realidade* (com tanta vida e objetividade como as pessoas singulares), e já não, como era predominante à época, como uma *ficção*. Sendo esta doutrina fruto do labor dos Decretalistas, com Sinibaldo dei Fieschi à cabeça, bem pode dizer-se ter sido a própria Igreja a *facilitar* os atos contra ela perpetrados pelos Estados liberais (referindo este ponto, vide A. ZOPPINI, *ob. cit.*, p. 23, nota 28; cfr. ainda *supra*, nota 166, a posição de Kant).



## B. As fundações na contemporaneidade europeia

### I. De *detrás do pano* para o *proscénio* (“realizador principal”: Savigny)

15. A aversão do legislador revolucionário em relação às fundações, sendo *filha* da aversão do pensamento iluminista em relação aos “corpos sociais intermédios”, considerados um obstáculo à relação direta entre o cidadão e o Estado, emergia num quadro mais geral de preocupação com a *liber(t)ação* dos sujeitos e dos objetos de direito dos *vínculos feudais*, que obstavam à livre circulação da riqueza e, por conseguinte, ao racional aproveitamento desta. A abolição dos fideicomissos, a imposição de limites temporais ao usufruto e, mais significativamente ainda, a consagração da tipicidade dos direitos reais constituíam outras tantas manifestações dessa preocupação.

a) O *Code Napoléon* (1804) fez sua tal preocupação<sup>173</sup>. E, no que respeita às fundações (só elas aqui nos interessam), condenou-as a “uma espécie de ‘clandestinidade’ jurídica”<sup>174 175</sup>. Dela vieram a sair, é verdade, no decurso do século XIX — com a passagem dos anos, “les mœurs réagirent peu à peu contre l’individualisme révolutionnaire et reléguèrent au rang des superstitions la crainte exagérée de la mainmorte”<sup>176 177</sup> —, graças à ação do *Conseil d’Etat* e da própria *Cour de Cassation*; a lei, essa, manteve-se inalterada (“preuve éclatante que ce ne sont pas les textes qui font le droit, et que l’évolution des besoins ainsi que des conceptions sociales importe beaucoup plus que la loi écrite”<sup>178</sup>).

A lei em causa era o art. 910 do *Code civil*, que reza assim: “Les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d’une commune, ou d’établissements d’utilité publique, n’auront leur effet qu’autant qu’elles seront autorisées par une ordonnance royale (un décret)”. Sem delas usar o nome, a norma respeitava, é claro, às fundações — não a quaisquer fundações, note-se, mas apenas às fundações não-autónomas (indiretas ou não-independentes). Tratava-se, com efeito, de *autorizar* — o que só podia acontecer mediante *decreto*, com o *placet* do *Conseil d’Etat* (a liberdade de contratar e a liberdade de testar, por si só, eram, pois, insuficientes) — as doações e os legados, feitos (não importa com que móbil) a favor de pessoas jurídicas já existentes (nestas se incluindo os “estabelecimentos de utilidade pública”).

Durante a primeira metade do século XIX, assumiu-se por inteiro ser essa a *ratio* do preceito em referência. E, por conseguinte, quando confrontados com cláusulas testamentárias, respeitantes a “legados aos pobres”, os tribunais reputavam-nos feitos a “un établissement public, le bureau de bienfaisance”<sup>179</sup>. Nos raros casos em que um “testateur inexpérimenté” destinava (“par inadvertance”) os seus bens a um estabelecimento ainda não reconhecido (*scilicet*: à

<sup>173</sup> Desenvolvidamente, vide G. RIPERT, *Le régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, Paris, 1936, p. 91 s.

<sup>174</sup> São palavras de A. ZOPPINI, *ob. cit.*, p. 27-28.

<sup>175</sup> “On sait que notre législation civile a observé, sur la matière des fondations, le plus complet et le plus désolant des silences. Il est d’ailleurs vraisemblable que, chez les auteurs du code, ce silence fut volontaire. La crainte de la *mainmorte*, héritée de la Révolution, les obsédait encore. Ils restaient satisfaits de la dispersion de l’immense patrimoine rendu par les lois révolutionnaires au commerce privé grâce à l’annulation des fondations antérieures (...) et se montraient peu désireux de prêter la main à sa reconstitution” — R. SAVATIER, *Recueil Dalloz*, 2<sup>e</sup> Partie, 1928, p. 121.

<sup>176</sup> R. SAVATIER, *Recueil Dalloz*, *cit.*, loc. ult. cit.

<sup>177</sup> Sobre essa reação contra o “individualismo revolucionário”, com a consequente *re-corporativização* socioeconómica, vide o nosso *A monopolização da concorrência*, *cit.*, p. 17 s., 473 s. e 687 s.

<sup>178</sup> R. SAVATIER, *Recueil Dalloz*, *cit.*, p. 122.

<sup>179</sup> R. SAVATIER, *Recueil Dalloz*, *cit.*, p. 121.

instituição de uma *fundação-autónoma*), “la disposition prise par lui est, dans cette période, annulée sans discussion”<sup>180</sup>.

b) Nos começos da segunda metade do século XIX — ou seja, e para voltar a dizer com Savatier, na época em que o receio exagerado da *mão-morta* começava a ser relegado para o “*rang des superstitions*” —, a *Cour de Cassation* amoleceu essa jurisprudência. Fê-lo, dando com uma mão o que tirava com a outra. Com efeito, em aplicação do art. 906 do *Code civil* — nos termos desse preceito, a *testamenti factio* passiva (capacidade para adquirir bens por testamento) é apenas reconhecida aos nascituros, já concebidos à data da morte do autor do testamento, sob condição de nascerem viáveis<sup>181</sup> —, continuou a negar validade às disposições testamentárias a favor de uma fundação a constituir após a morte do testador; este entendimento era reforçado com o argumento de não se conceber que os bens objeto do legado permanecessem sem titular (“*sans maître*”) por todo o tempo que mediasse entre a morte do testador e a aquisição da personalidade jurídica pelo *estabelecimento* que aquele intentara fundar<sup>182</sup>.

Não faltaram, é claro, as tentativas para superar este obstáculo à instituição de fundações-autónomas por testamento. À época, o *Conseil d’Etat* já admitia estas fundações, no quadro do art. 910 do *Code civil* — no dizer de Sauvel, “sans qu’aucun raisonnement ait été nécessaire on crée des fondations au XIX<sup>e</sup> siècle parce qu’il y en avait eu avant la Révolution: Le passé servait de modèle”<sup>183</sup>. E mais: defendia que, havendo lugar ao seu reconhecimento (através do competente decreto), este podia ter efeitos retroativos, tudo se passando, pois, como se a respetiva fundação (“*l’établissement gratifié*”) já tivesse a (indispensável) personalidade jurídica à data da morte do seu instituidor (“or, si la nouvelle personne morale existe dès le jour du décès, et qu’elle accepte la libéralité, c’est évident que les biens ne reste pas sans maître: aucun hiatus ne se sera produit”<sup>184</sup>). Um entendimento escorreito, sem dúvida. Mas a verdade é que a *Cour de Cassation* não o sufragava.

<sup>180</sup> R. SAVATIER, *Recueil Dalloz*, cit., loc. ult. cit.

<sup>181</sup> A norma tinha símil no nosso Código civil (de 1867). Encontrámo-la no art. 1776.º: “Só podem adquirir por testamento as criaturas existentes, entre as quais é contado o embrião. / § único: Reputa-se existente o embrião, que nasce com vida e figura humana dentro de trezentos dias, contados desde a morte do testador”; cfr. ainda o art. 1777.º *Vide tb. infra*, nota 238.

<sup>182</sup> Cfr. R. SAVATIER, *Recueil Dalloz*, cit., p. 122, e A. FERRER CORREIA, “Le régime juridique...”, *Boletim da Faculdade de Direito*, cit., p. 112 s.

<sup>183</sup> Cfr. “Les fondations...”, *Revue du Droit Public*, cit., p. 336.

<sup>184</sup> *Vide* A. FERRER CORREIA, “Le régime juridique...”, *Boletim da Faculdade de Direito*, cit., p. 113.

Em *compensação*, o mais alto tribunal francês não hesitava em validar os legados cujos beneficiários (diretos) não eram as fundações a instituir, mas antes uma ou mais pessoas indicadas pelo testador, e às quais impunha o encargo de *darem vida* (sempre no pressuposto, é claro, de conseguirem obter a competente autorização, ou seja, de se lhe reconhecer utilidade pública) a uma fundação-autónoma<sup>185</sup>. No entendimento da *Cour de Cassation*, deste modo (enviesado) desaparecia o interregno que, no caso de ser a fundação a instituir a beneficiária (direta) das disposições testamentárias, deixava os respetivos bens sem titular, arredando-se, do mesmo passo, a aplicação do art. 906 do *Code civil*, por isso que o(s) legatário(s) já existia(m) à data da morte do testador.

Removido por esta forma — “bien artificielle, même choquante”<sup>186</sup> — o obstáculo que o referido preceito do *code civil* representava para a instituição de fundações-autónomas, e na ausência de qualquer lei que delas se ocupasse — na passagem do século XIX para o século XX, quando a doutrina civilista mais conceituada já clamava contra a “conjura do silêncio”<sup>187</sup> do legislador relativamente às fundações, chegou a ser publicado um projeto de lei com esse objeto, claramente tributário do modelo alemão, consagrado nos §§ 80-88 BGB<sup>188</sup>, projeto, esse, que todavia nunca passou disso mesmo; como diz Sauvel, o *Prince* queria conservar “plein et entier” o seu direito sobre as fundações<sup>189</sup> —, a “jurisprudence de la Section de l’Intérieur du Conseil d’Etat a lentement, d’une affaire à la suivante, dégagé et précisé les règles que doivent observer les fondations”<sup>190</sup>.

Esse labor do *Conseil d’Etat* veio a culminar na aprovação, em 1896, por banda desse mesmo órgão jurisdicional, de uns *statuts-types*, que vigoraram até 1966 — nesse ano, o *Conseil d’Etat* aprovou uma nova versão dos referidos

<sup>185</sup> “Le particulier donne son bien à la fondation. L’autorité publique, compte tenu de cette donation, crée la personne à qui le bien est donné. Nous avons, dans le régime actuel, d’une part un testament (ou une donation entre vifs), de l’autre un décret de reconnaissance d’utilité publique. Rien ne vaut sans ces deux actes. L’un relève du droit privé, l’autre du droit public. L’intervention de l’idée d’utilité publique fait que le fondateur, qui pouvait avoir une opinion quand le salut de son âme était en cause, ne fait plus que proposer. Il n’a pas qualité pour apprécier ce qui relève de l’intérêt général” — P. SAUVEL, “Les fondations...”, *Revue du Droit Public*, cit., p. 335.

<sup>186</sup> São palavras de R. SAVATIER, *Recueil Dalloz*, cit., p. 122.

<sup>187</sup> A expressão é usada (igualmente entre aspas) por A. ZOPPINI, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>188</sup> Cfr. R. SALEILLES, *Rapport préliminaire sur le Projet relatif aux Fondations* (Separata do *Bulletin de la Société d’Etudes Législatives*), Paris, 1908.

<sup>189</sup> Cfr. “Les fondations...”, *Revue du Droit Public*, cit., p. 336.

Esse modo de dizer de Sauvel prende-se com o facto de, em relação às associações, a lei de 1 de Julho de 1901 ter consagrado o chamado sistema *normativo* (em relação às sociedades anónimas, tal sistema fora consagrado trinta e quatro anos antes... — lei de 24 de Julho de 1867; cfr. o nosso *A monopolização da concorrência*, cit., p. 51, nota 136, e p. 493 s.).

<sup>190</sup> T. SAUVEL, “Les fondations...”, *Revue du Droit Public*, cit., loc. últ. cit.

estatutos, a qual veio a ser substituída em 2003, sendo esta última a que atualmente vigora —, e que constituíram a fonte primária do direito das fundações de utilidade pública <sup>191</sup>, é dizer, do moderno direito das fundações em França, *secularizado*, é certo, mas de *matriz vincadamente publicista*.

16. Na Alemanha, o *guião*, que trouxe de novo para o *palco* as fundações — ou seja: o *guião* da origem do moderno direito (alemão) das fundações —, foi *escrito* de outro modo.

a) O primeiro *trecho* desse *escrito* foi de autoria de G. A. Heise <sup>192</sup>, e dele se pode dizer que relevava já da *radical* oposição ao jusnaturalismo iluminista (do qual o *Code Napoléon* era *filho dileto*), que constitui, como todos sabemos, a pedra-de-toque da “Escola histórica”: um “movimento que tomou corpo no contexto geral do Romantismo alemão”, e que “tinha por essencial, contra o racionalismo moderno-iluminista e a sua abstracta e ahistórica autonomia construtiva — contra, numa palavra, a ‘razão’ *more geometrico*, analítico-intelectual e dedutivo-generalizante que se pensava capaz de atingir o princípio de todas as coisas —, a afirmação da natureza histórica (assim, do histórico como fundamento constitutivo), e mesmo da natureza histórico-racional da realidade humana e de todas as suas manifestações culturais” <sup>193</sup>. Relevando dessa radical oposição ao jusnaturalismo iluminista e, por consequência, ao (*estrénuo*) liberalismo que dele fora resultado, Heise não vituperava, é claro, as fundações.

O referido Autor — não tendo tido acesso à sua obra, o que a seguir se dirá decorre da leitura de terceiros, entre os quais avultam Menezes Cordeiro <sup>194</sup>, F. Ruffini <sup>195</sup> e W. Flume <sup>196\_197</sup> — defendia que por *pessoa jurídica* (um novo conceito, usado em substituição do de “*persona moralis*” e “*moralische Per-*

<sup>191</sup> Cfr. D. CAPITANT, “Stiftungen im französischen Recht”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 345.

<sup>192</sup> *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts*, Heidelberg, 1807.

<sup>193</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, “Escola histórica do direito”, in: *Digesta*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 203.

<sup>194</sup> *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, *Parte Geral, Pessoas*, cit., p. 564.

<sup>195</sup> “La classificazione delle persone giuridiche...”, in: *Scritti giuridici minori*, cit., p. 22 s.

<sup>196</sup> Vide “Savigny und die Lehre von der juristischen Person”, in: *FS für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, p. 340 s.

<sup>197</sup> A teoria de G. A. Heise (*Personificationstheorie*, assim a designam alguns) é também referida, entre outros, por R. FEENSTRA, “Le concept de fondation...”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, cit., p. 261 s., R. SCHULZE, “Die Gegenwart des Vergangenen...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 55 s., H. COING, *ob. cit.*, p. 268, e A. SCHLÜTER/S. STOLTE, *Stiftungsrecht* (beck-online), 1. Aufl., 2007, *Kapitel 1: Einleitung*, anot. 7; na nossa civilística mais antiga, aludindo a essa mesma doutrina, cfr. JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 140.

son“) <sup>198</sup> devia entender-se *tudo aquilo* que, para além da pessoa singular, era reconhecido pelo Estado como sujeito de direito; esse “tudo aquilo” haveria de ter um *substrato*, que constituía ou que revelava a pessoa jurídica. Ainda segundo Heise, tal substrato podia ser formado (a) por *homens*, a saber: (i) por um só indivíduo, às vezes *pro tempore* (funcionários públicos) ou (ii) por uma união simultânea de indivíduos (*universitas*); (b) por *coisas*, a saber: (i) por prédios (servidões e direitos subjetivos reais), (ii) por todo o património de uma pessoa (*fiscus, hereditas*) ou (iii) por uma massa de bens destinada a um escopo de utilidade pública, e posta sob uma administração particular (*venerabilis domus*, legados para a libertação de cativos, fundos para viúvas). As fundações eram assim postas — pela primeira vez, dizem muitos — a par das associações, constituindo uma *categoria particular* de pessoas jurídicas, dada a natureza do seu substrato.

b) O entendimento da fundação como pessoa jurídica afirmou-se definitivamente com Savigny <sup>199</sup>, com a ajuda da teoria da *ficção* <sup>200</sup>. Falando das “entidades” (*Wesenheiten*), às quais cabia a qualidade de pessoas jurídicas, o pontífice da “Escola histórica do direito” dizia que a algumas se podia atribuir “uma existência natural ou também necessária” (*ein natürliches oder auch notwendiges Dasein*), ao passo que às restantes apenas se lhe podia atribuir uma natureza “artificial” (*künstliches*) ou “arbitrária” (*willkürliches*). O primeiro grupo

<sup>198</sup> A expressão “pessoa jurídica” era já usada por GUSTAV HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, 1798, p. 45, citado por W. FLUME, “Savigny und die Lehre...”, in: *FS für Franz Wieacker*, cit., p. 340, e por R. SCHULZE, “Die Gegenwart des Vergangenen...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 66; sobre a “questão terminológica”, vide, entre nós, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, *Pessoas, Parte Geral*, cit., p. 546 s.

<sup>199</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. II, Berlim, 1840, p. 242 s., 262 s. e 276 s.

<sup>200</sup> Assim foi sempre comumente entendido. Porém, W. FLUME, “Savigny und die Lehre...”, in: *FS für Franz Wieacker*, cit., p. 341 s., insurge-se contra esse *unanimismo*, afirmando que a designação “Fiktionstheorie” para a teoria de Savigny sobre as pessoas jurídicas constitui um equívoco (“é errado que Savigny tenha considerado as entidades, que, segundo a ordem jurídica, são pessoas jurídicas, como ficção”; e “errado é, por maioria de razão, que, como se diz, Savigny fingisse a respeito de tais entidades ‘einen Menschen’ — *ob. cit.*, p. 342). Em termos muito sucintos, avulta na argumentação de Flume, em primeiro lugar, a posição de Savigny sobre a natureza do Estado (*scilicet*: o *Fiscus*, que não era senão o Estado pensado como sujeito de relações jurídicas privadas): “a maior e a mais importante de entre todas as pessoas jurídicas” (*System*, II, cit., p. 245). Seria absurdo — assim diz FLUME, *ob. cit.*, p. 343-344 — que Savigny tivesse entendido o Estado, não como uma *realidade*, mas como uma *ficção*. Por outro lado, afirmando Savigny que as corporações e as fundações não poderiam lograr o carácter de pessoas jurídicas apenas através do arbítrio dos vários membros reunidos ou do arbítrio de um singular fundador, sendo mister, para o efeito, a “permissão” (*Genehmigung*) da mais alta autoridade do Estado (*System*, II, cit., 275), tal não significava que tais “formações” (*Gebilde*) fossem criações arbitrárias suas — essa (imprescindível) autorização do Estado significava, sim, que se tratava de um pressuposto para essas mesmas formações lograrem o carácter de pessoas jurídicas (cfr. W. FLUME, “Savigny und die Lehre...”, in: *FS für Franz Wieacker*, cit., p. 349).

abrangia (para além do Estado) as “comunas, cidades e povoações” (*Gemeiden, Städte und Dörfer*); no segundo, ou seja, entre as “pessoas artificiais ou arbitrarias” (*künstliche oder willkürliche Personen*) incluíam-se “todas as fundações e sociedades” (*alle Stiftungen und Gesellschaften*), às quais a referida qualidade (a qualidade de pessoa, entenda-se) era em particular atribuída <sup>201</sup>. As fundações e as sociedades constituíam “pessoas jurídicas arbitrarias”, por isso que deviam a sua existência à “decisão arbitrária” (*willkürlichen Entschluß*) de um ou mais indivíduos <sup>202</sup>.

No quadro do pensamento de Savigny avultava a questão das “pessoas como titulares de relações jurídicas”. E, a essa luz, depois de formular a tese (de claro *ressaibo* kantiano) de que “todo o direito existe para a liberdade moral inerente a cada ser humano” <sup>203</sup>, Savigny concluía que, por ser assim, “o conceito originário de pessoa ou de sujeito de direito tem que coincidir com o conceito de ser humano”, sendo que “esta identidade de ambos os conceitos” podia verter-se na seguinte fórmula: “Cada ser humano, e só cada ser humano, é juridicamente capaz” <sup>204</sup>. De todo o modo, esta capacidade jurídica inerente ao ser humano podia ser *transposta* para “algo” (*irgendetwas*) fora dele: uma pessoa jurídica artificialmente constituída, pois; e, por existir identidade da pessoa ou sujeito de direito com o ser humano, a capacidade jurídica “alargava-se aos sujeitos artificiais criados através de pura ficção” (*ausgedehnt auf künstliche durch bloße Fiktion angenommene Subjecte*) <sup>205</sup>, as “pessoas jurídicas” (assim chamava Savigny a tais sujeitos), criadas apenas para fins jurídicos <sup>206</sup>.

Como afirma Flume <sup>207</sup>, na conceção de Savigny relevava, em última instância, o facto de ele partir das próprias “formações sociais” (*sozialen Gebilde*), e não das pessoas ou das coisas como seu “substrato”, que, com a capacidade jurídica, se transmutava em pessoa jurídica. Relativamente à fundação, Savigny tomava como exemplo um hospital, e perguntava: Se este fosse concebido como corporação, quem seriam então os seus membros, cuja unidade coletiva

<sup>201</sup> *System*, II, cit., p. 242.

<sup>202</sup> *System*, II, cit., p. 243.

<sup>203</sup> “Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freiheit willen” — *System*, II, cit., p. 2.

<sup>204</sup> “Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Menschen, und nur der einzelne Mensch, ist rechtfähig” — *System*, II, cit., p. 2.

<sup>205</sup> *System*, II, cit., p. 236.

<sup>206</sup> Sobre o sentido e o alcance desta precisão de Savigny, vide W. FLUME, “Savigny und die Lehre...”, in: *FS für Franz Wieacker*, cit., p. 345.

<sup>207</sup> “Savigny und die Lehre...”, in: *FS für Franz Wieacker*, cit., p. 347.

poderia ser considerada como titular (*Subject*) do património? Não seriam certamente os doentes tratados nesse hospital, pois estes são unicamente objetos (*Gegenstände*) da obra de caridade/beneficência, não interessados (*Theilhaber*) no património. E, a rematar, vinha a seguinte conclusão: “O verdadeiro sujeito de direito é, portanto, um conceito reconhecido como pessoa, nomeadamente, o escopo da obra de caridade/beneficência, que se deve cumprir em certo lugar, segundo um certo modo e por determinados meios”<sup>208,209</sup>. A fundação como “sujeito ideal”, ela mesma, e não o património, é que, com a *qualidade* da capacidade patrimonial, se transmutava em pessoa jurídica<sup>210</sup>.

Outra nota relevante da teoria de Savigny sobre as pessoas jurídicas respeitava à indispensabilidade da *permissão/autorização do Estado* para a sua constituição<sup>211</sup>. Todo o ser humano, pelo facto de o ser, tem capacidade jurídica<sup>212</sup>; quanto às pessoas jurídicas, carecem elas desse “reconhecimento natural”, e daí que tenha de ser suprido pela intervenção do Estado, com o qual é criado o artificial sujeito de direito<sup>213</sup>. A necessidade de permissão/autorização do Estado era ainda justificada por duas ordens de razões. Uma delas, de carácter jurídico, respeitava à *segurança do tráfico*, a cuja luz se não concebia que não fosse o Estado o único titular do poder de conferir capacidade jurídica a um sujeito ideal (“wollte man dieselbe Macht der Privatwillkür überlassen, so würde unvermeidlich die höchste Ungewißheit des Rechtszustandes entstehen, selbst abgesehen von dem großen Mißbrauch, der durch unredlichen Willen möglich wäre”<sup>214</sup>). A outra ordem de razões, encontrava-a Savigny no plano político e económico-estadual: as corporações e as fundações, por causa do seu “conteúdo” (*Inhalt*), podiam ser *indesejadas*<sup>215</sup>.

<sup>208</sup> No original: “Das wahre Subjekt der Rechte ist also ein als Person anerkannter Begriff, nämlich der Zweck der Menschenliebe, der an diesem Orte, auf bestimmte Weise, durch bestimmte Mittel, erreicht werden soll” — cfr. *System*, II, cit., p. 244., nota (b)

<sup>209</sup> Cfr. ainda W. FLUME, “Savigny und die Lehre...”, in: *FS für Franz Wieacker*, cit., p. 348.

<sup>210</sup> W. FLUME, “Savigny und die Lehre...”, in: *FS für Franz Wieacker*, cit., p. 348.

<sup>211</sup> *System*, II, cit., p. 277.

<sup>212</sup> *System*, II, cit., p. 277.

<sup>213</sup> *System*, II, cit., p. 278.

<sup>214</sup> *System*, II, cit., p. 278.

<sup>215</sup> Como escreve D. REUTER, *Münchener Kommentar*, cit., *Vormerkung* (§§ 80-87, anot. 2, “as pessoas jurídicas apresentavam-se como concorrentes potenciais dos poderes públicos e, por conseguinte, só podiam ser toleradas na medida em que a sua existência e actividade fosse influenciável por aqueles mesmos poderes”; cfr. ainda, por exemplo, W. FLUME, “Savigny und die Lehre...”, in: *FS für Franz Wieacker*, cit., p. 350, que não se dispensa de acrescentar que essa posição de Savigny, acerca da indispensabilidade da permissão/autorização do Estado de qualquer pessoa jurídica, não pode ser invocada para se lhe imputar a (defesa da) “Fiktionstheorie”; e isto porque, segundo o próprio Gierke — o arauto da teoria da *realidade* —, uma “associação de pessoas” é *pessoa* somente por

Relativamente às fundações, a exigência da permissão/autorização do Estado para a sua constituição significava que Savigny, não obstante o novo conceito (*formal*) que delas construía — a fundação como pessoa jurídica caracterizada pela *neutralidade* do seu escopo, é dizer, como *forma jurídica* de um *compromisso* duradouro de administração de um património segundo a vontade do fundador, e já não (à maneira antiga) como uma *realidade* social juridicamente privilegiada, ou seja, como um *serviço* a uma finalidade de utilidade pública <sup>216</sup> —, não tencionava libertá-las da influência dos poderes públicos <sup>217</sup>. Os autores do BGB (1900) vieram a afinar pelo mesmo diapasão. E isto por terem entendido que a ordem jurídica, ao atribuir ao indivíduo a extraordinária autoridade (*außerordentliche Machtvollkommenheit*) de afetar, por tempo indeterminado uma massa de bens a um certo escopo, tal não acontecia em nome da sua liberdade e da sua propriedade, mas por causa do bem público (*Nutzens der Allgemeinheit*) que assim se promovia <sup>218</sup>. Donde o texto do § 80 Abs. 1 BGB: “Para a constituição de uma fundação com capacidade [personalidade] jurídica, é necessário, para além do negócio fundacional, a *permissão* do Estado confederado, em cujo território a fundação pretenda ter a sua sede” <sup>219</sup>.

c) Estatuindo sobre o pressuposto de que dependia a atribuição da personalidade jurídica à fundação, o BGB dela não dava qualquer noção e tão-pouco

---

“força de norma jurídica”, podendo o direito objetivo “den Verbänden das Recht der Persönlichkeit beliebig gewähren oder versagen” (cfr. W. FLUME, *ob. cit.*, *loc. ult. cit.*).

<sup>216</sup> Cfr. D. REUTER, *Münchener Kommentar*, cit., *Vorbemerkung § 80*, anot. 2.

<sup>217</sup> Cfr. D. REUTER, *Münchener Kommentar*, cit., *Vorbemerkung § 80*, anot. 2.

<sup>218</sup> Cfr. D. REUTER, *Münchener Kommentar*, cit., *Vorbemerkung § 80*, anot. 3.

<sup>219</sup> “Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung ist außer dem Stiftungsgeschäfte die *Genehmigung* des Bundesstaats erforderlich, in dessen Gebiete die Stiftung ihren Sitz haben soll”.

Este preceito tem hoje nova redação. Que foi introduzida pela “Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts”, de 15 de Julho de 2002 (em vigor desde 1 de Setembro de 2002): o termo “Genehmigung”, que traduzimos por “permissão”, foi substituído pelo termo “Anerkennung”, que se nos afigura possível traduzir por “reconhecimento”. Como decorre dos trabalhos preparatórios, cuidou-se, com essa alteração, de eliminar um resquício (terminológico) do Estado-polícia (cfr., por exemplo, R. HÜTTEMANN, “Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts”, *ZHR* 167 (2003), p. 42, e SCHIFFER/ / PRUNS, *Nomos Kommentar — BGB-Allgemeine Teil/EGBGB*, Bd.1, 2. Aufl., 2012, § 80, anot 7, nota 15). Tratou-se de uma alteração, que, como diz K. SCHMIDT, “Brave New World: Deutschland und seine Unternehmenserben auf dem Weg in eine Stiftungs-Dorado?”, *ZHR* 166 (2002), p. 146, resultou de uma “concessão ao espírito do tempo”, sem qualquer impacto sobre a natureza do (anterior) sistema dito de *concessão*, uma alteração de “pura cosmética”, pois. Ademais, não falta quem diga que o uso de *Anerkennung* pode dar a (falsa) impressão de que, mesmo antes da concessão da personalidade jurídica, já existe *algo*, que seria, afinal, o que se “reconhecia”, ou seja, que já existe uma espécie de “pré-fundação”. Por outro lado, e ao contrário do que o termo “Anerkennung” sugere, a concessão da personalidade jurídica não representa nenhum *selo de qualidade* do Estado ou um *enaltecimento público* do fundador, constitui tão-só um ato administrativo conformador de uma relação jurídico-privada (cfr. R. HÜTTEMANN, “Das Gesetz...”, *ZHR*, cit., p. 43).

se referia diretamente à natureza do seu fim <sup>220</sup>. A este último propósito, impunha-se olhar para o § 87 Abs. 1 BGB. Nos termos deste preceito, caso o fim da fundação fizesse perigar o *bem comum*, a entidade pública competente (*scilicet*: a entidade pública à qual coubera a atribuição da personalidade jurídica à fundação em causa) podia atribuir-lhe um fim diferente (ouvida a administração e tendo em conta a *vontade do fundador*, mormente no que respeita ao círculo de pessoas que este quisera beneficiar: § 87 Abs. 1 e 2) ou decretar a sua extinção. E, por ser assim, não foi difícil concluir — *a contrario sensu* — que a *conceção* de fundação(-autónoma), tida em vista pelo legislador, comportava qualquer fim (considerado) conforme com o bem comum (*gemeinwohlkonforme Allzweckstiftung*), não estando, por conseguinte, o fundador vinculado à escolha de um fim de cuja consecução resultasse a efetiva promoção do bem comum, é dizer, à escolha de um fim de utilidade pública <sup>221 222</sup>.

Relativamente à falta de qualquer definição de fundação, já no BGB, já nas diferentes leis dos *Länder*, ter-se-á ficado a dever — assim se diz — ao facto de a figura ser desde há muito conhecida da ciência jurídica. Aceitava-se, por conseguinte, a sua definição tradicional: uma organização, dotada de personalidade jurídica, erigida (por uma ou mais pessoas) com vista à realização de certo fim (que, vimo-lo ainda há pouco, *podia* não ser de utilidade pública), fixado no negócio fundacional, mediante um património para tal afetado de forma duradoura <sup>223</sup>.

<sup>220</sup> No dizer (impressivo) de H. LIERMANN, “Die Stiftung als Rechtspersönlichkeit”, in: *Deutsches Stiftungswesen 1948-1966 — Wissenschaft und Praxis*, Tübingen, 1968, p. 154, o fim da fundação é a sua *alma*: “Wenn er hinfällig wird, muß sie sterben. Mit dem Stiftungszweck verliert sie ihren Daseinszweck”; não menos impressivo era o dito de MARCELLO CAETANO, *Das fundações — Subsídios para a interpretação e a reforma da legislação portuguesa*, Lisboa, 1962, p. 98: “É o fim que justifica a fundação”.

<sup>221</sup> Cfr., por exemplo, P. RAWERT, “Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale — Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 115, com várias referências.

<sup>222</sup> O § 87 BGB mantém, ainda hoje, no essencial, a sua redação originária. Porém, na sequência da já referida lei de 15 de Julho de 2002, passou a constar (expressamente) do § 80 Abs. 2 BGB a exigência de o fim da fundação não fazer perigar o bem comum (“*das Gemeinwohl nicht gefährdet*”), o que significa que o fundador pode vincular o património à realização de qualquer fim que não esteja em *antinomia* com a ordem jurídica (fundamentalmente: não contrariedade à lei ou aos bons costumes); sobre o ponto (que sempre constituiu uma das notas mais características do direito alemão das fundações), cfr., entre muitos outros, K. SCHMIDT, “Brave New World...”, *ZHR*, cit., p. 146 s., Cfr. D. REUTER, *Münchener Kommentar*, cit., *Vorbemerkung* § 80, anots. 48 s., e §§ 80, 81, anots. 61 s., BACKERT, *BeckOK BGB*, cit., § 80, anots. 4 s., SCHIFFER/PRUNS, *Nomos Kommentar*, cit., § 80, anots. 24 s., e J. ELLENBERGER, *Palandt/Bürgerliches Gesetzbuch*, 70. Aufl., München, 2011, § 80, anot. 6.

<sup>223</sup> Cfr., por exemplo, P. RAWERT, “Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 109, e BACKERT, *BeckOK BGB*, cit., § 80, anot. 3, ambos com várias referências doutrinárias e jurisprudenciais, com destaque, no que respeita a estas últimas para o acórdão do *Bundesverwaltungsgericht*, de 12 de Fevereiro de 1998, *NJW* 1998, p. 2545 s.

17. Conquanto os *roteiros* (dogmático-jurídicos) não tivessem sido idênticos, não cabe, pois, dúvida de que, em França e na Alemanha, na passagem do século XIX para o século XX, as fundações, sem terem recuperado o seu antigo *lustre*, estavam já *reabilitadas*. A repulsa, em ambos esses países, no decurso do século XIX, das concepções (*exacerbadamente*) liberais dos tempos da Grande Revolução <sup>224</sup> foi, obviamente, a principal causa dessa *coincidência*. De todo o modo, há uma importante diferença que importa aqui salientar: na ordem jurídica francesa, a *reabilitação* das fundações foi *obra* do *Conseil d'Etat* <sup>225</sup>, e talvez (não só, mas também) por isso fez-se *entendendo-as* como *formas de apoio dos particulares à atividade do Estado no que respeita à promoção do bem comum* (a indispensabilidade de prosseguirem um fim de utilidade pública releva desse mesmo entendimento), com a sua conseqüente integração na esfera da Administração Pública <sup>226</sup>; por seu turno, na ordem jurídica alemã, a *reabilitação* das fundações foi *obra* do próprio legislador do Código civil, que delas fez *simples formas jurídicas* de um compromisso duradouro de administração de um património segundo a vontade do fundador <sup>227</sup>, relativamente às quais se não prescindia, é certo, da *assistência/vigilância* do Estado, mas como forma de suprir a falta de substrato pessoal do qual emanassem os órgãos com essa função; no dizer de Reuter, como os órgãos da fundação não podem agir autonomamente, antes devem realizar o interesse definido pelo fundador nos estatutos da fundação, exige-se que uma instância estadual *garanta* os direitos da fundação face aos seus órgãos, à semelhança do que se verifica com o tribunal de tutoria, ao qual cabe a defesa dos incapazes face aos seus representantes legais <sup>228</sup>.

18. Olhando para estas duas *concepções* sobre as quais assentou a *reabilitação* das fundações na idade contemporânea europeia (continental), é inquestionável que, entre nós, a preponderância coube à concepção francesa, mormente no período anterior à promulgação do atual Código civil. Vejamos muito sucintamente.

a) É verdade que o Código de Seabra, ao contrário do *Code Napoléon*, já não se coibia de usar o termo “fundação”. Fazia-o, nomeadamente, nos arts.

<sup>224</sup> Sobre as conseqüências dessa repulsa, no plano económico-concorrencial, *vide* o nosso *A monopolização da concorrência*, cit., p. 117 s. e 473 s.

<sup>225</sup> Cfr. *supra*, nota 190.

<sup>226</sup> Cfr. D. CAPITANT, “Stiftungen...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 352 s.

<sup>227</sup> Cfr. *supra*, nota 216.

<sup>228</sup> Cfr. “Stiftung und Staat”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 140.

37.º, 1872.º e 1902.º Todavia, referindo-se expressamente às “pessoas morais” — uma outra novidade em relação ao *Code Napoléon*, “mudo na matéria”<sup>229</sup> —, o art. 32.º não mencionava as fundações (“*Dizem-se pessoas morais as associações ou corporações temporárias ou perpétuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade pública, ou de utilidade pública e particular conjuntamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídica*” — assim rezava o referido preceito, que teria de ser lido em conjugação com o do art. 33.º: “*Nenhuma associação ou corporação pode representar esta individualidade jurídica, não se achando legalmente autorizada*”).

Guilherme Moreira considerava que este silenciamento das fundações, no quadro do art. 32.º<sup>230</sup>, se ficara a dever ao facto de o Visconde de Seabra<sup>231</sup>, afastando-se da posição de Heise e de Savigny, não conceber as associações e fundações como dois tipos diferenciados de pessoas jurídicas, visto serem os beneficiários da fundação os verdadeiros suportes da personalidade fundacional<sup>232</sup>. Porém, segundo um outro grande vulto da nossa civilística — falamos de Manuel de Andrade<sup>233</sup> —, esta interpretação tinha contra si a lição primitiva do art. 37.º; com efeito, na sua redação originária (que vigorou até à Reforma de 1930), o referido artigo, em certo sentido *complementar* do art. 32.º, colocava “*quaisquer fundações ou estabelecimentos de beneficência, piedade ou instrução pública*” ao lado do Estado, da igreja, das câmaras municipais e das juntas de paróquia, dizendo-se “[serem todos] *havidos, enquanto no exercício dos direitos civis respectivos, por pessoas morais*, salvo na parte em que a lei ordenar o contrário”.

É(-nos) difícil discernir a verdadeira razão que motivou esta *diferenciação* das fundações relativamente às “associações ou corporações”, ao ponto de aquelas não se “dize[re]m pessoas morais”, sendo antes *havidas* como pessoas desse

<sup>229</sup> A expressão é de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, *Pessoas, Parte Geral*, cit., p. 568; esse pioneirismo — de “precocidade” fala este mesmo Autor, acentuando a sua antecipação ao Código civil espanhol em mais de vinte anos — do Código de Seabra, em matéria de “pessoas morais”, deve-se a Coelho da Rocha, que “ensinava que *pessoa*, no sentido jurídico, era todo o sujeito a quem competem direitos, e que, podendo estes competir só aos homens, ‘na jurisprudencia admitem-se seres capazes de direitos ou obrigações, considerados em abstracção dos indivíduos, como *uma sociedade, a herança jacente*’, e que d’aqui nascia ‘a distincção entre *pessoa physica*, e *pessoa moral*, ou *juridica*’” (cfr. *Instituições de direito civil*, Coimbra, 1848, *apud* GUILHERME MOREIRA, “Da personalidade colectiva”, *RLJ*, cit., ano 41.º, n.º 1755, p. 97; referindo-se à importância de Coelho da Rocha, cfr. ainda MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, p. 560).

<sup>230</sup> Que, como se viu, se refletia no art. 33.º; e também — crescente-se agora — nos arts. 34.º, 35.º e 36.º, os quais continuavam a só referir “as associações ou corporações”.

<sup>231</sup> Cfr. *supra*, nota 97.

<sup>232</sup> Cfr. “Da personalidade colectiva”, *RLJ*, cit., ano 41.º, n.º 1757, p. 129-130, e n.º 1758, p. 146.

<sup>233</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 81, nota 2.

tipo, mas apenas — note-se — “enquanto ao exercício dos direitos civis respectivos”, com a sua conseqüente *equiparação* às “pessoas morais” (inequivocamente) de *direito público* (Estado, câmaras municipais e juntas de paróquia).

Bem sabemos que o Professor Manuel de Andrade, escrevendo já depois da Reforma de 1930, da qual resultaram alterações deveras significativas aos arts. 35.º, 36.º e 37.º — a antiga (antiquíssima mesmo, por isso que já remontava à lei de D. Dinis, 21 de Março de 1329, seguida de outras, codificadas nas *Ordenações Manuelinas*, livro II, título 8.º, e nas *Ordenações Filipinas*, livro II, título 18.º<sup>234</sup>) preocupação com os “*bens de mão-morta*”, plasmada nas leis de 4 de Abril de 1861 e de 22 de Junho de 1866, e das quais os referidos preceitos eram tributários, estava à época dessa Reforma muito esvanecida —, não obstante a referida diferenciação, concluiu “não se ver motivo” para não tratar as fundações como pessoas morais, sujeitando-as, por conseguinte, às disposições legais correspondentes<sup>235</sup>. É no mínimo duvidoso que esta conclusão (mesmo depois da aludida Reforma) fosse a mais acertada — digamo-lo com todo o respeito, que é muito, e mui justamente devido. Quer-nos parecer, com efeito, que as fundações (ou estabelecimentos de beneficência, piedade ou instrução pública) *não se diziam* pessoas morais — e, por não se dizerem assim, distinguem-se das associações ou corporações (art. 32.º) —, sendo antes *havidas* como pessoas desse tipo (“enquanto ao exercício dos direitos civis respetivos”) — à semelhança, note-se, das “pessoas colectivas de população e território”<sup>236</sup> —, exatamente porque se quisera sujeitá-las a um regime jurídico próprio, relevando do direito público. E não era tanto, note-se, no que respeita ao respectivo processo de constituição: as fundações, para serem *havidas* como pessoas morais, decerto que teriam de ser *legalmente autorizadas*, à semelhança, pois, do que se exigia para que as “associações ou corporações” se pudessem dizer pessoas morais (art. 33.º)<sup>237-238</sup>. A especificidade do regime das fundações (ou

<sup>234</sup> Cfr. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929, p. 801; e, mais desenvolvidamente, MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 100 s.

<sup>235</sup> *Ob. cit.*, p. 81.

<sup>236</sup> A formulação é de M. ANDRADE, *ob. cit.*, p. 75.

<sup>237</sup> Nos termos do art. 252.º, n.º 8.º, do Código administrativo, aprovado pela lei de 4 de maio de 1896, competia ao governador civil — “o superior magistrado administrativo do districto e immediato representante do governo” (art. 243.º) —, “aprovar os estatutos das associações e institutos de recreio, instrução publica, educação, protecção ás pessoas ou animaes, piedade ou beneficencia, hospitaes, asylos ou hospícios, bem como os regulamentos organicos e dos estabelecimentos que administrem, enviando copia authentica ao ministro do reino”.

<sup>238</sup> Referimo-nos atrás (nota 181) aos arts. 1776.º e 1777.º do Código de Seabra, que apenas davam capacidade para adquirir por testamento às “criaturas existentes” (art. 1776.º), entre elas sendo contado “o embrião que nasce com vida e figura humana dentro dos trezentos dias, contados desde a morte do testador” (art. 1776.º, § único); e ainda quaisquer outros nascituros que fossem “des-

estabelecimentos de beneficência, piedade ou instrução pública) dizia sobretudo respeito à *vida* de tais instituições, que, sendo necessariamente de *utilidade pública*, não se concebia que estivessem fora da Administração do Estado.

b) Para nos ficarmos, por agora, pela época em que ocorreu a reabilitação das fundações em França (*statuts-types* do *Conseil d'Etat*, de 1896) e na Alemanha (BGB-1900), cabe olhar para o nosso Código administrativo, aprovado pela lei de 4 de Maio de 1896. Demos conta já do texto do seu art. 252.º, n.º 8.º<sup>239</sup>. Agora, interessa-nos o art. 253.º. O corpo deste artigo dizia competir ao governador civil — que era, recorde-se, “o superior magistrado administrativo do districto e immediato representante do governo” (corpo do art. 243.º), e cuja “acção directa, como magistrado e chefe da administração activa do districto e representante d’ella como entidade moral”, era exercida “por *tutela administrativa* sobre (...) os institutos de piedade ou de beneficencia” (art. 248.º, n.º 4.º) —, o corpo do art. 253.º, dizíamos, atribuía ao governador civil “a *inspecção superior*” dos “institutos de piedade ou beneficencia”, pertencendo-lhe, no exercício de tais funções: “1.º Regular, por meio de instrucções, a sua escripturação e contabilidade; 2.º Approvar os seus orçamentos e auctorisar os actos da sua administração que possam influir nos mesmos orçamentos (...); 3.º Dis-

---

centes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador” (art. 1777.º). À luz destas disposições, pareceria fora de dúvida que pudessem cobrar validade “as disposições testamentárias a favor de uma fundação a constituir após a morte do testador, mediante o reconhecimento que [viesses] a ser concedido pela autoridade competente, e tendo como dotação os bens por aquele deixados” (são palavras de M. ANDRADE, *ob. cit.*, p. 96). Vimos que, em França, perante normas semelhantes do *Code Napoléon*, a *Cour de Cassation* começou por defender esse entendimento, que inviabilizava a instituição de *fundações-autónomas* por testamento; essa jurisprudência, e disso também já antes demos conta, veio a ser, porém, *solapada*, logo no início da segunda metade do século XIX.

Com o brilhantismo que era seu apanágio, o Professor Manuel de Andrade *solapava*, também ele, as normas dos arts. 1776.º e 1777.º; e, para chegar ao resultado almejado, que era o de remover o obstáculo que esses textos punham à ereção de fundações por testamento, considerava que eles “podiam perfeitamente ser interpretados como visando definir a capacidade testamentária de pessoas singulares e não a das pessoas colectivas” (*ob. cit.*, p. 97). No quadro da sua argumentação, avultava a referência ao art. 1902.º, cujo corpo, em seu juízo, abrangia, não apenas as disposições testamentárias feitas a favor de fundações já existentes (dotadas, pois, de capacidade jurídica, incluindo a de adquirir bens por testamento) — com a eventual ereção de uma nova *fundação-não autónoma* —, mas também as disposições desse tipo a favor duma fundação a constituir após a morte do fundador (cfr. *ob. cit.*, p. 98). Abraçando este mesmo entendimento, cfr. A. FERRER CORREIA, “Contribuição para uma história da Fundação Calouste Gulbenkian”, *RLJ*, ano 134.º, 2001, p. 165.

<sup>239</sup> Cfr. *supra*, nota 237. A tutela do Estado sobre as fundações, que transparece claramente do art. 253.º do Código administrativo de 1896 (a que a seguir faremos referência no texto), tinha “fundas raízes no nosso Direito”; assim o diz MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 109 s., o qual refere vários preceitos das Ordenações Manuelinas e das Ordenações Afonsinas, bem como o Decreto n.º 23, de 16 de Maio de 1832, e os Códigos administrativos de 1836, de 1842, de 1878 e de 1896 (cujo art. 220.º foi a fonte próxima do referido art. 253.º).

solver, precedendo auctorisação do governo, as (...) administrações [desses] institutos (...); 5.º Obrigar as instituições de piedade, tanto as que já existirem, como as que de novo se fundarem, a applicar, pelo menos, a decima parte da sua receita ordinária a actos de beneficencia no concelho ou a estabelecimentos de beneficencia do districto, ou a auxiliar o ensino primário da respectiva freguezia (...).”

Dispensamo-nos de mais citações — o artigo é mastodôntico. As que fizemos são suficientes para evidenciar que, nos finais do século XIX, o regime das fundações em Portugal relevava do direito público (com a tal similitude, antes referida, com o direito francês da mesma época).

## **II. De *figurante* a *figura principal* ou o *recrudescimento da importância do fenómeno fundacional* (“realizador principal”: retração do Estado social)**

19. As duas *concepções* de fundação, antes referidas — uma (a francesa) *mais restritiva* que outra (a alemã) no que respeita à gama dos fins a cuja prossecução o respetivo património podia ser vinculado —, e em cuja base ocorreu a sua *reabilitação* no último quartel do século XIX, não tardaram a impor-se nas ordens jurídicas de diferentes países do continente europeu, quando menos no seio da respetiva doutrina. Também a este propósito releva a *genealogia* de cada uma dessas ordens jurídicas: as do *círculo jurídico românico* (partícipes no movimento de receção do *Code Napoléon*) seguiram a *concepção francesa*, admitindo como possíveis fins da fundação apenas aqueles nos quais fosse reconhecível utilidade pública; as ordens jurídicas do *círculo jurídico germânico*, por seu turno, seguiram a *concepção alemã*, excluindo dos referidos fins apenas aqueles que não se mostrassem conformes com o bem comum.

É, pois, no quadro da *genealogia* da nossa ordem jurídica que releva o entendimento, primeiramente afirmado <sup>240</sup>, que repelia as fundações com fins, decerto lícitos, mas nos quais não fosse reconhecível utilidade pública. Esta matriz do nosso direito fundacional sofreu uma certa erosão, no decurso do século XX, refletida nos dois aspetos seguintes: (i) sem se pôr em causa a solução legal — e, como antes vimos, essa solução era comum ao direito francês e

<sup>240</sup> Cfr. *supra*, número 18.

ao direito alemão<sup>241</sup> — de não conceber a existência da fundação como pessoa jurídica sem o (*concreto*) “sopro-de-vida” do Estado (sistema de *reconhecimento por concessão*), não se reclamava que este, passado esse momento genético, cuidasse *diuturnamente* da efetiva realização do fim da fundação (aproximando-se neste ponto, sobremaneira importante, da solução do direito alemão<sup>242</sup>, o nosso direito afastava-se decisivamente da do direito francês<sup>243</sup>); (*ii*) relativamente ao fim da fundação, que, nos começos, se exigia que fosse (considerado) de *utilidade pública*, sobreveio o entendimento de que haveria de ser (considerado) de *interesse social*<sup>244</sup>. Sendo ainda um *fim positivamente qualificado*, e não apenas,

<sup>241</sup> O Código civil suíço (1907) terá sido, ao que julgamos saber, o primeiro a consagrar o *sistema normativo*, ou seja, a permitir a aquisição de personalidade jurídica pela fundação (cujo “fim não fosse ilícito ou contrário aos bons costumes”: art. 52.º, 3.ª alínea) por efeito do registo desta (feito, note-se, no Registo Comercial: art. 52, 1.ª alínea), registo que se dizia — *et pour cause — constitutivo*, prescindindo-se, por conseguinte, de um ato *ad hoc* do Estado, traduzindo o seu *placet* à existência de uma nova pessoa jurídica (a exigência de registo, com a referida natureza, não se estendia, porém, às fundações de família: art. 52, 2.ª alínea); cfr., por exemplo, D. JAKOB, “Das Stiftungsrecht der Schweiz zwischen Tradition und Funktionalismus”, *ZEV* 4 2009, p. 166.

<sup>242</sup> Cfr. *supra*, número 17.

<sup>243</sup> Escrevendo na vigência dos *statuts-types* de 1896, T. SAUVEL, “Les fondations...”, *Revue du Droit Public*, cit., p. 338, afirmava: “(...) il est couramment admis que le fondateur peut être lui-même administrateur — et parfois il l’est à vie — ou ce qui revient au même désigner lui-même les premiers administrateurs, *ce droit ne va pas au delà d’une génération. Passée celle-ci tous devront être désignés de telle sorte qu’ils soient, ou bien les interprètes directs de l’intérêt public, ou bien les représentants de ces multiples éléments dont l’ensemble, ou plutôt la combinaison, est susceptible d’aboutir à cet intérêt.* (...) / En même temps des précautions sont prises pour que la fondation ne devienne pas la chose de ceux qui l’administrent et ne coure pas le risque d’être gérée par eux à leur profit, risque beaucoup plus grand que dans une association où l’assemblée générale nomme les administrateurs et est toujours prête à les surveiller. *Le renouvellement des membres du conseil par cooptation ne doit jamais être la règle générale*” (os sublinhados são nossos).

Este *controlo* dos poderes públicos sobre a vida das *fundações reconhecidas de utilidade pública*, que se refletia, desde logo, e como acabamos de ver, no modo como era composto o respetivo conselho de administração, é ainda hoje apanágio do direito francês; com efeito, os atuais *statuts-types* (aprovados pelo *Conseil d’Etat* em 2003) impõem que, caso o referido órgão não integre (“en son sein”) “*representantes do Estado*”, seja designado “*um comissário do governo*” (“*afin d’assister aux réunions du conseil d’administration*”); desenvolvidamente, vide E. BARON / XAVIER DELSOL, *Fondations reconnues d’utilité publique et d’entreprise*, 2.ª ed., Paris, 2004, p. 70. Cabe lembrar que existe, hoje, na ordem jurídica francesa (lei n.º 87-571, de 23 de Julho de 1987, alterada pela lei n.º 90-559, de 4 de Julho de 1990) um novo tipo legal de fundação, designado (pelo próprio legislador) “*fondation d’entreprise*”, que “*bénéficie d’un régime juridique plus souple*”, o qual se traduz, desde logo, na ausência de quaisquer representantes dos “*poderes públicos*” no seio do respetivo conselho de administração (E. BARON / XAVIER DELSOL, *ob. cit.*, p. 186s.). Cfr. *infra*, nota 303.

<sup>244</sup> Que se consubstanciaria num *fim altruístico*, e já não necessariamente num fim de utilidade pública. Logo no princípio do século XX, GUILHERME MOREIRA, “Da personalidade colectiva”, *RLJ*, cit., ano 40.º, n.º 1749, p. 3, referindo-se às fundações de direito privado, dizia tratar-se de pessoas coletivas “*que teem fins meramente desinteressadas*” (sublinhados nossos); JOSÉ TAVARES, depois de dizer “que o fim [como um dos ‘elementos essenciais da estrutura jurídica das pessoas colectivas’] não tenha necessariamente de ser uma utilidade pública é demonstrado pelo facto de terem muitos entes colectivos, como as associações de socorros mútuos, sòmente em vista a utilidade dos seus membros” (*ob. cit.*, p. 126 e 132), concluía, no que respeita diretamente às fundações, que se tratava de “*estabelecimentos organizados por uma vontade superior para realizar um fim altruista, com um património para isso destinado, conformando-se com uma constituição já estabelecida no acto de fundação*” (*ob. cit.*, p. 141; sublinhados no original); CABRAL DE MONCADA, *Lições de direito civil*, vol. I, cit.,

como no direito alemão, *negativamente delimitado* (insuscetibilidade de fazer perigar o bem comum), pode dizer-se que se manteve a ideia de que o *sacrifício*, suportado pela sociedade, em consequência da sujeição de uma massa de bens (património fundacional) a um vínculo de destinação potencialmente perpétua (uma massa de bens, que assim ficava subtraída, digamos, à ação da “mão-dos-vivos”, e se *prendia* ou se *agarrava* à “mão-dos-mortos”), haveria de ser *compensado* pelo *benefício*, trazido à mesma sociedade, com a realização do fim, a cuja luz ocorrera a referida vinculação. De todo o modo, a *medida do benefício*, em termos da sociedade em geral, note-se, que assim se continuou a exigir para legitimar a ereção de entes fundacionais, não ficou intocada: um fim *altruístico* será necessariamente um fim de interesse social, mas não tem que ser um fim de utilidade pública, nem tão-pouco um interesse da generalidade ou da maioria dos cidadãos, podendo perfeitamente corresponder a um interesse minoritário <sup>245</sup>.

Essa *erosão* da matriz inicial do nosso direito das fundações, que o decurso do século XX trouxe, foi definitivamente assumida pelo legislador do nosso atual Código civil (doravante, CCiv). Com efeito, afora a exigência de o fim da fundação revestir interesse social <sup>246</sup> — e, nessa medida, continuar a ser,

---

p. 413: “No que toca [às fundações], para se constituírem, basta também, na ordem dos factos, um acto de afectação dum património a um *determinado fim de interesse social*” (os sublinhados são nossos); MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, 1961, p. 22: “*Há sempre fim desinteressado na fundação*, no sentido de não ser lucrativo para o fundador ou de não procurar lucros a dividir pelos gerentes” (os sublinhados são nossos); finalmente, MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 55: “Como elemento mais em evidência no substrato das fundações, depara-se-nos um complexo patrimonial afectado por um indivíduo — o fundador — a *um certo escopo, tipicamente um escopo altruístico*” (os sublinhados são nossos).

<sup>245</sup> Parafrazeámos J. J. SOUSA RIBEIRO, “As fundações...”, *Lusíada — Revista de Ciência e Cultura*, cit., p. 66, fazendo uso do que o Autor escreve sobre o “interesse social” para caracterizar o “fim altruístico”, que aquele necessariamente pressupõe. De Sousa Ribeiro são ainda as seguintes palavras: “O pluralismo da vida social é, em si mesmo, em sociedades democráticas, um valor que também às fundações cabe fomentar, o que poderia ser prejudicado por concepções demasiado restritivas, neste domínio” (*ob. cit.*, *loc. cit.*).

Já antes, mas igualmente na vigência do atual Código civil, Ferrer Correia, afirmando “ser essencial que o fim visado seja de natureza *altruista*”, considerava que esse fim podia ser caritativo, cultural, científico ou artístico — fins, todos eles, “tellement imprégnés de *signification humaine*, qu’il serait difficile de les situer par rapport à une échelle de valeurs quelconque, qu’il serait impossible d’établir entre eux une hiérarchie valable” (cfr. “Le régime juridique...”, *Boletim da Faculdade de Direito*, cit., p. 109 e 110). Mais explicitamente, sobre a maior extensão do conceito de “interesse social” relativamente ao conceito de “utilidade pública”, vide CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Da relevância do Direito Público no regime jurídico das fundações privadas”, in: *Estudos em memória do Professor Doutor Castro Mendes*, Lisboa, 1995, p. 573, que escreve: “a expressão *interesse social* não implica que o fim do ente, cujo reconhecimento se requer, seja de *interesse geral* ou de relevância pública, mas tão-só que seja *desinteressado* e que dele emane a título principal uma certa utilidade para a colectividade, estabelecendo-se necessariamente um nexó causal entre esta e os objectivos permanentes da fundação”.

<sup>246</sup> “Não será reconhecida a fundação cujo fim não for considerado de interesse social pela entidade competente” — assim se lia no art. 188.º, n.º 1, CCiv —; o art. 190.º, n.º 1, alínea b), CCiv, por seu turno, estatuiu: “Ouvída a administração, e também o fundador, se for vivo, a entidade competente para

como antes dissemos, um fim positivamente qualificado, e não, à semelhança do que cedo se entendeu valer na Alemanha, um fim negativamente delimitado (fundamentalmente: não contrariedade à lei ou aos bons costumes)<sup>247</sup> —, a disciplina do instituto apresentava flagrante similitude com a dos §§ 80-88 BGB. E não admira que tivesse sido assim. Desde o início do século XX (com Guilherme Moreira), os quadros dogmático-culturais da mais influente civilística portuguesa passaram a ser os da sua congénere alemã. Ademais, e no que respeita mais diretamente ao instituto da fundação, a influência do direito alemão sobreveio também de forma indireta: referimo-nos ao Código civil italiano (1942), cuja doutrina das pessoas jurídicas (associações e fundações: arts. 14 a 35) descendia daquele mesmo direito, que, desde cedo, encontrara eco nos ensinamentos do influente Francesco Ferrara<sup>248</sup>.

20. Independentemente de fazer depender o reconhecimento da fundação da vinculação do respetivo património à prossecução de um fim considerado de interesse social (direito português) ou à prossecução de um fim (não necessariamente promotor, mas tão-só) considerado conforme com o bem comum (direito alemão), havia *limites* à utilização da forma jurídica, em que a fundação se tornara, que valiam num caso e noutro (ocioso dizer que os limites, que se afirmavam se a exigência fosse a do fim da fundação revestir interesse social, valeriam, por maioria de razão, se a exigência respeitasse à existência de utilidade pública).

a) Um desses limites respeitava à proibição, decorrente do próprio conceito de fundação, de esta ser instituída para si própria (*fundação para a fundação*, será outra maneira de dizer), impondo-se, por conseguinte, que o património fundacional fosse o meio para a realização de um fim que não apenas o da sua própria perpetuação e administração.

---

o reconhecimento pode atribuir à fundação um fim diferente: [*inter alia*] quando o fim da instituição deixar de revestir interesse social”. [Deixaremos por agora de lado as alterações introduzidas, nestes e noutros preceitos do Código Civil, pela Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho.]

<sup>247</sup> Cfr. *supra*, número 16 c).

<sup>248</sup> Cfr. *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1915; sobre a influência de Ferrara no regime das pessoas jurídicas, constante do *Codice civile*, vide, por exemplo, M. VITA DE GIORGI, “La riforma del procedimento per l’attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro C. C.”, in: *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, p. 1323 (“La codificazione attuale riflette l’ideologia di Francesco Ferrara, componente del Comitato ministeriale per la riforma, che ne fu principale artefice”).

Como exemplo de uma fundação desse tipo (*Selbstzweckstiftung* ou *The-saurierungsstiftung*, na terminologia alemã<sup>249</sup>), poder-se-ia apontar a que fosse instituída exclusivamente com o fim de perpetuar e desenvolver uma empresa, que lhe fora transmitida pelo respetivo fundador. Para o caso, tão-pouco importaria que os estatutos da fundação em causa referissem que os réditos proporcionados pela exploração da empresa, que não viessem a mostrar-se necessários para a sua perpetuação e desenvolvimento, seriam destinados à promoção, por exemplo, das artes ou da ciência. Este último fim, que seria acessório ou secundário, não arredaria ou sanaria a ilegitimidade do fim principal ou primário.

O titular de uma empresa, almejando a sua perpetuação, em vez de agir do modo descrito — que daria azo à instituição da denominada (na doutrina alemã) “*offene Unternehmensselbstzweckstiftung*”<sup>250</sup> —, sabendo-o proibido, poderia ser tentado a escolher este outro: a fundação seria instituída com o fim (*oficial*) de promover as artes ou a ciência, por exemplo, constituindo a empresa apenas o meio (*oficial*) para a realização desse fim, ficando, porém, a fundação impedida (por norma dos seus estatutos) de *transformar* o respetivo património. A situação (nominada pela doutrina alemã: “*verdeckte Unternehmensselbstzweckstiftung*”<sup>251</sup>) seria materialmente idêntica à anterior, dado que a fundação para preservar a sua própria existência, teria que, em primeira linha, satisfazer o interesse da empresa e, por conseguinte, só poderia realizar o seu fim (*oficial*) com os réditos que não se mostrassem necessários para a perpetuação e o desenvolvimento daquela (o que se dizia *meio* passaria, afinal, a ser *fim*, ou seja, não seria a empresa a *servir* a fundação, mas a fundação a *servir* a empresa).

Ainda no período anterior à lei de 15 de julho de 2002 (*scilicet*: na vigência da versão originária dos §§ 80-88 BGB), a proibição das duas referidas modalidades de *fundação para si própria* — mais concretamente: de *fundação para*

<sup>249</sup> O que a seguir diremos (no texto) sobre esta figura — que H. M. RIEMER, “Stiftungen im schweizerischen Recht”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 517, apelida de “*perpetuum mobile-Stiftung*” — segue de muito perto a exposição de D. REUTER, *Münchener Kommentar BGB*, 4. Aufl., 2000, *Vorbemerkung* § 80, anots. 17 s., e de P. RAWERT, *Staudinger—Kommentar zum BGB*, 13. Aufl., 1995, *Vorbemerkung* § 80, anot. 9, e “Der Stiftungsbegriff...”, in: *Stiftungsrechts in Europa*, cit., p. 117 s. (referindo-nos nós ao período anterior à promulgação da “Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts”, de 15 de Julho de 2002, escolhemos obras desse mesmo período).

<sup>250</sup> Cfr. K. J. HOPT/D. REUTER, “Stiftungsrecht in Europa: Eine Einführung”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 13, e P. RAWERT, “Der Stiftungsbegriff...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 117 s.; mais recentemente, *vide*, por todos, D. REUTER, “Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck: Zu neueren Thesen über die Gestaltungsfreiheit im Sstiftungsrecht”, *AcP* 207 (2007), p. 19 s., e *Münchener Kommentar BGB*, cit., § 81, anots. 106 s.

<sup>251</sup> Cfr. os autores citados na nota anterior.

a sua própria empresa <sup>252</sup> — deixou de colher a unanimidade dos sufrágios; minoritário, é certo, havia já um setor da doutrina (mais dado a trilhar os caminhos, que, entretanto, haviam sido abertos por algumas legislações de países estrangeiros <sup>253</sup>) que defendia que a perpetuação e o desenvolvimento de uma empresa implicavam, quando menos *prima facie*, a realização de “*guten Zweck*”, avultando aí a “garantia dos postos de trabalho” <sup>254</sup>. O argumento é, decerto, atrativo. Mas não serve para caracterizar o fim da fundação: trata-se de um *efeito reflexo* da perpetuação e do desenvolvimento da empresa, que não ocorre apenas quando esta é da titularidade de uma fundação instituída (com ou sem dissimulação) para a prossecução do aludido fim.

b) Uma outra proibição, igualmente comum à nossa ordem jurídica (exigência de a fundação prosseguir um fim considerado de interesse social) e à ordem jurídica alemã (exigência de a fundação prosseguir um fim considerado conforme ao bem comum), respeitava à *fundação para o fundador* <sup>255</sup>. Uma fundação na qual o interesse próprio que o fundador quer satisfazer, não é um interesse de natureza altruística — o interesse em promover certos interesses de outras pessoas (os beneficiários) <sup>256</sup> —, é, sim, um *interesse de natureza egoística*, restringido à sua própria pessoa. Por outras palavras: na fundação para o fundador falece uma nota, que sempre se entendeu caracterizante da figura da fundação, nota, essa, que se traduzia na exigência de a sua instituição representar, do ponto de vista do fundador, um ato de conteúdo altruístico ou desinteressado.

Contra a admissibilidade da fundação para o fundador, poder-se-ia ainda invocar o *enclaustramento* de massas de bens, que assim se permitiria, sem que houvesse uma contrapartida relevante para o interesse social: transmitindo

<sup>252</sup> Uma variante da *Unternehmen an sich*; cfr. P. RAWERT, “Der Stiftungsbegriff...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 118 s.

Diga-se, já aqui, que a modalidade de fundação, a que nos estamos agora a referir, não se confunde com aquelas outras, de que falaremos adiante, designadas pela doutrina alemã “*Unternehmensträgerstiftungen*”, “*Unternehmensstiftungen*” ou “*unternehmensverbundene Stiftungen*”.

<sup>253</sup> Exemplificativamente: Dinamarca e Suécia; com efeito, nestes dois países, por força de diplomas legais entretanto publicados — na Dinamarca, em 1984 (cfr. S. F. HANSEN, “*Stiftungen im dänischen Recht*”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 287 s.); na Suécia, em 1996 (cfr. C. HEMSTRÖM, “*Foundations in Swedisch Law*”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 455 s.) —, a admissibilidade da referida forma de fundação deixou de suscitar reservas.

<sup>254</sup> Cfr., nesse sentido, v. CAMPENHAUSEN/H. HOF, *Handbuch des Stiftungsrecht*, 2. Aufl., 1999, § 8, anot. 71.

<sup>255</sup> Sobre a proibição dessa modalidade de fundação (dita “*eigennützige Stiftung*”) na Alemanha (no período que estamos agora a considerar), cfr., por todos, P. RAWERT, “Der Stiftungsbegriff...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 116 s., com múltiplas referências.

<sup>256</sup> MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 77.

todo ou a maior parte do seu património para uma nova pessoa jurídica, que a fundação é, reservando-se, do mesmo passo, o direito de decidir, não apenas do momento da sua morte, mas também do modo da sua vida, o fundador retiraria aos terceiros que viessem a tornar-se seus credores a possibilidade de se fazerem pagar pelo património objeto de transmissão (para a fundação). É verdade que hoje (entre nós <sup>257</sup>, e em todos os outros países da União Europeia <sup>258</sup>) não há impedimento à constituição de uma sociedade por quotas por uma só pessoa, que tanto pode ser uma pessoa humana como uma pessoa jurídica. E, por conseguinte, nada impede que uma dessas pessoas transmita todo o seu património para uma sociedade unipessoal por quotas por si constituída, passando esta a ser titular desse património, por isso que é dotada de personalidade jurídica <sup>259</sup>. Porém, neste último caso, como *contrapartida* dos bens por ele transmitidos para a sociedade, surge no património do sócio um *bem novo*, que é a participação social. E, como decorre do art. 239.º CSC, esse é um bem que os seus credores individuais ou particulares podem penhorar <sup>260</sup>. Não é assim, como todos sabemos, na fundação: a instituição desta implica um *empobrecimento* do património do fundador (na perspetiva dos seus credores, que é

<sup>257</sup> Cfr. arts. 270.º-A a 270.º-G do Código das Sociedades Comerciais (doravante, CSC).

<sup>258</sup> Actual Directiva 2009/102/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Setembro de 2009 (“Nova 12.ª Directiva”), em matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio.

<sup>259</sup> Lembre-se aqui (na parte relevante) o texto do art. 5.º CSC: “As sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem (...)”.

<sup>260</sup> Como é sabido, na nossa ordem jurídica, existe um outro mecanismo de que o comerciante em nome individual pode socorrer-se, para a limitação da responsabilidade pelas dívidas contraídas na exploração da sua empresa comercial; falamos, é claro, do Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto), uma *obra* que saiu da pena de Ferrer Correia: uma pena, como todos reconhecem, sempre inspiradíssima, e que, no caso, teve a preciosa ajuda de Maria Ângela Coelho Bento Soares.

A constituição do Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada implica que a pessoa interessada — que há-de ser uma pessoa humana — abra mão de uma parte do seu património (não de todo o seu património, note-se), afetando-a ao estabelecimento em causa, e cujo valor representará o seu capital inicial. Forma-se, assim, um património separado — ousou-se, por conseguinte, romper com o *dogma* da unidade e da indivisibilidade do património —, que responde unicamente pelas dívidas contraídas no desenvolvimento das atividades compreendidas no âmbito da respetiva empresa (arts. 10.º, n.º 1). Se o legislador se tivesse quedado por aqui, teríamos que os *credores individuais* ou *particulares* do titular do estabelecimento — em cujo património não passa a existir qualquer valor (*scilicet*: uma participação) correspondente ao dos bens dele desafetado para a constituição do estabelecimento (a analogia com a instituição da fundação é, pois, flagrante) — corriam o risco de “*ficar a ver navios*”. Donde a norma do art. 22.º, que, sem desacautelar o interesse na continuação do estabelecimento, dá guarida aos interesses dos referidos credores; dispõe-se aí o seguinte: “Na execução movida contra o titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada por *dívidas alheias à respectiva exploração*, os credores só poderão *penhorar o estabelecimento* provando a *insuficiência* dos restantes bens do devedor” (atente-se: a penhora recai sobre o estabelecimento e não sobre concretos bens do seu lastro ostensivo, e só poderá ocorrer feita a prova pelos credores individuais ou particulares da insuficiência dos bens que continuam a fazer parte do património próprio do devedor; cfr. ainda art. 24.º, alínea d)).

a única que agora nos importa), por isso que nele não entra nada que *substitua* o que dele sai.

21. A exigência de o fim da fundação revestir interesse social (e outro tanto poderia dizer-se, é claro, e por maioria de razão, se a exigência fosse a desse fim ser de utilidade pública) mostrava-se claramente mais restritiva (menos liberal, *hoc sensu*) que a exigência de o fim da fundação não ser desconforme com o bem comum (não se exigindo, reiterar-se, que o promovesse), no que respeita à admissibilidade das *fundações de utilidade/interesse particular*.

A característica essencial de tais fundações é o modo como o círculo dos respetivos beneficiários surge delimitado. Ou seja, os seus beneficiários não são determinados em função da sua pertença a um círculo de pessoas, ao qual, em princípio, todos podem aceder, mas em função de uma *certa qualidade*, que, por ser *privativa* de alguns, assume carácter vincadamente excludente. É assim, por exemplo, nas chamadas fundações de família — por exemplo, mas não por acaso, já que a fundação de família constitui o protótipo da fundação de utilidade/interesse particular —, as fundações “qui n'ont en vue que l'intérêt de la famille du fondateur ou l'avantage de ses membres; songeons, par ex., à une fondation conçue pour maintenir dans les années à venir le prestige ou le lustre familial”<sup>261</sup>.

a) Na Alemanha, sempre se entendeu que as fundações de utilidade/interesse particular (*privatnützige Stiftungen*), por o serem, não apresentavam um fim que fizesse perigar o bem comum; e, por conseguinte, não havia impedimento à sua admissibilidade<sup>262</sup>. No que respeita concretamente às fundações de família — às quais, note-se, o BGB não fazia qualquer referência —, as leis de vários *Länder* sempre lhes dispensaram um tratamento privilegiado, eximindo-as à vigilância do Estado ou, quando menos, moderando sobremaneira essa vigilância. A razão comumente invocada é a *estrutura (com semelhança) corporativa* de tais fundações: os membros da família a que a fundação respeita, na defesa do seu interesse próprio, encarregar-se-ão de garantir o respeito pela vontade do fundador<sup>263</sup>.

<sup>261</sup> FERRER CORREIA, “Le régime juridique...”, *Boletim da Faculdade de Direito*, cit., p. 109.

<sup>262</sup> Cfr., *ex pluribus*, P. RAWERT, in: *Staudinger-Kommentar zum BGB*, cit., *Vorbemerkung* § 80, anots. 114 s., “Der Stiftungsbegriff...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 118 s., e D. REUTER, *Münchener Kommentar BGB*, cit., *Vorbemerkung* § 80, anot. 61; adiante veremos que este último Autor, no que respeita às fundações de família, sempre pôs algumas restrições à sua admissibilidade.

<sup>263</sup> Criticamente, *vide* D. REUTER, *Münchener Kommentar BGB*, cit., § 81, anot. 91.

No quadro da sua oposição à admissibilidade de fundações de utilidade/interesse particular cujo fim consista na administração de um património em benefício *incondicional* de um conjunto determinado de pessoas — a chamada “*Unterhaltsstiftung*” (na doutrina suíça: “*Genußstiftung*”<sup>264</sup> e “*fondation d’entretien*”<sup>265</sup>), que talvez possamos traduzir por *fundação de conservação* ou *fundação de sustento* (do latim: *sustentatio*) —, Reuter<sup>266</sup>, referindo-se concretamente às fundações de família, sempre fez sobressair que elas não eram todas iguais, não podendo, por conseguinte, dispensar-se-lhes um tratamento unitário. A distinção, que entre elas importava fazer (segundo Reuter, é claro<sup>267</sup>), prendia-se com o *modo condicional* ou *incondicional* como os membros da família (os beneficiários), à qual a fundação respeitasse, tirariam proveito do património desta (já pela fruição de bens que o integrassem, já pelo recebimento de réditos dele provenientes). Caso a fundação fosse instituída com o fim de responder a situações de carência ou de necessidade dos membros da respetiva família, e que respeitassem, por exemplo, à sua educação, formação ou assistência — existindo, pois, *condições* de cuja verificação dependia o *acesso* ao património fundacional, nas duas formas há pouco referidas —, a sua admissibilidade não suscitaria reservas.

O juízo já teria, porém, de ser diferente caso a fundação fosse instituída para preservar o “*splendor familiæ*”, propiciando aos membros desta, apenas pelo facto de o serem — independentemente, pois, de qualquer situação de carência ou de necessidade em concreto —, a fruição de bens do património fundacional ou o recebimento de réditos dele provenientes, que lhes permitissem ter um *modo de vida* que se julgava ser o mais consentâneo com o referido “*esplendor*”. Uma fundação de família, com tais características, para além de se integrar na categoria das (inadmissíveis) “*Unterhaltsstiftungen*”, violaria o princípio da proibição de fideicomissos<sup>268</sup>.

<sup>264</sup> Cfr., por exemplo, H. M. RIEMER, “Stiftungen...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 514.

<sup>265</sup> Cfr. A. ZEITER, “Neues zur Unterhaltungsstiftung”, *SJZ* (2001), Nr. 20, p. 451.

<sup>266</sup> *Münchener Kommentar BGB*, 4. Aufl., cit., *Vorbemerkung* § 80, anots. 34 s.

<sup>267</sup> No mesmo sentido — que foi sempre minoritário, note-se —, vide P. RAWERT, in: *Staudinger-Kommentar zum BGB*, cit., *Vorbemerkung* § 80, anots. 122 s.

<sup>268</sup> Esse argumento (contra a admissibilidade das fundações de família) fora já usado por W. DÄUBLER, “Zur aktuellen Bedeutung des Fideikommissverbots”, *JZ* 1969, p. 501 s., o qual punha em relevo que, sendo o património da fundação de família constituído por uma empresa, tal fundação não funcionaria apenas como um sucedâneo de um fideicomisso; tinha ainda o efeito de consolidar (juridicamente) o *poder económico* de determinadas pessoas, como era característica do fideicomisso no Feudalismo.

b) Entre nós, no domínio do Código de Seabra, o Professor Manuel de Andrade referia-se ao escopo da fundação, digamos, de forma aberta: dele dizia ser “*tipicamente* um escopo altruístico”<sup>269</sup>. Estes dizeres não excluía que a fundação pudesse ter um escopo não altruístico, é dizer, um escopo *interessado*, sem prejuízo de apenas poder ser assim *atipicamente*. De todo o modo, ou seja, ainda que devessem ser consideradas *atípicas*, as fundações de utilidade/interesse particular, nelas avultando as fundações de família, estavam salvaguardadas.

Esta abertura do insígne civilista à admissibilidade de tais fundações levava a que, depois de se referir às “pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública”, nelas se incluindo as “*pessoas colectivas de fim desinteressado ou altruístico*”, formulasse a seguinte conclusão: “A esta categoria pertencem todas as fundações — exceptuando porventura algum raríssimo caso (os autores falam principalmente nas chamadas fundações de família)”<sup>270</sup>. A expressão “raríssimo caso” não tinha, cremos, outro sentido que não fosse o de salientar a *raridade* (em termos comparativos com as fundações de fim desinteressado ou altruístico) das fundações de fim interessado ou egoístico, contanto que ideal ou económico-não lucrativo. Mais duvidoso é saber se Manuel de Andrade, ao referir as fundações de família, estava a pensar apenas nas que fossem instituídas para a realização de um fim que, sendo particular, por respeitar a um conjunto determinado de pessoas, relevava do interesse social, por exemplo, *ajuda* na educação ou na formação, bem como em eventuais situações de indigência de membros da família em causa, ou se pensava também nas fundações de família de *conservação* ou de *sustento*, caracterizadas, como antes vimos, pela administração do património fundacional em proveito (exclusivo) dos membros da respetiva família, que dele colhem benefícios, incondicionalmente.

Esta dúvida sobre o alcance da tomada de posição de Manuel de Andrade, relativamente à admissibilidade das fundações de família, estendia-se à que encontramos em Marcello Caetano. O ponto de partida deste outro Autor era que “há sempre fim desinteressado na fundação, no sentido de não ser lucrativo para o fundador ou de não procurar lucros a dividir pelos gerentes”<sup>271</sup>. Todavia, a existência de um fim dessa categoria não pressupunha que a fundação prosseguisse “um fim ideal ou o benefício de uma generalidade de pessoas indeter-

<sup>269</sup> *Ob. cit.*, p. 55.

<sup>270</sup> *Ob. cit.*, p. 77.

<sup>271</sup> *Ob. cit.*, p. 22.

minadas, ou só determináveis à medida em que se vá realizando esse fim”<sup>272</sup> (v. g., promover a investigação científica, preservar os monumentos antigos ou o folclore nacional, garantir assistência aos pobres e aos doentes, instrução aos ignorantes, arte e cultura a todos quantos a desejem<sup>273</sup>); *desinteressado* seria também o fim da fundação que visasse “realizar o interesse particular, material ou moral, de uma pessoa ou de uma família, isto é, pessoas determinadas”<sup>274</sup> (v. g., a conservação de um solar familiar, a sustentação dos membros de uma família ou de certos de entre eles<sup>275</sup>).

A par das *fundações* (que prosseguiam fins) *de utilidade pública* — e essas seriam as fundações cujo fim fosse “promover a realização de um fim ideal de interesse geral e de beneficiar a generalidade das pessoas interessadas no objecto da instituição, indiscriminadamente”<sup>276</sup> — tínhamos, pois, as *fundações* (que prosseguiam fins) *de utilidade particular*: as fundações cujo fim fosse promover a realização de “algum interesse, mesmo moral, ligado ao instituidor ou a pessoa ou pessoas por este determinadas”<sup>277</sup>.

Feita a destrinça entre “fundações de utilidade pública” e “fundações de utilidade particular”, avultando nestas últimas as fundações de família, Marcello Caetano, à semelhança de Manuel de Andrade, não fazia, no que a tais fundações respeita, qualquer distinção (*scilicet*: não distinguia entre as fundações de família cujo fim fosse a *ajuda incondicionada* aos membros da família em causa e aquelas outras cujo fim fosse a *ajuda condicionada* a essas mesmas pessoas). Consequentemente, as dúvidas que o Autor deixava transparecer sobre a admissibilidade, no quadro do direito então vigente, das fundações de utilidade particular abrangiam as duas referidas modalidades de fundações de família. Nas suas próprias palavras, “as fundações de utilidade particular exprimem o desejo do proprietário dos bens afectados de prolongar pelos séculos fóra o seu direito de domínio exclusivo, ao contrário das de utilidade pública em que os bens, embora regidos pela vontade do instituidor, passam ao regime de propriedade colectiva”<sup>278</sup>. Em continuação, vinha o trecho, fonte das (nossas) aludidas dúvidas sobre a (in)admissibilidade (do ponto de vista do Autor — falamos do Professor Marcello Caetano, lembre-se) das fundações de família.

<sup>272</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>273</sup> *Ob. cit.*, p. 21.

<sup>274</sup> *Ob. cit.*, p. 22.

<sup>275</sup> *Ob. cit.*, p. 21.

<sup>276</sup> *Ob. cit.*, p. 23.

<sup>277</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>278</sup> *Ob. cit.*, p. 23, nota 5.

Era ele o seguinte: “Parece, por isso, que essas fundações, *quando permitidas*, deveriam ser sempre temporárias, com limite máximo de duração média duma geração (50 a 60 anos), não só para as aproximar da disciplina das substituições fideicomissárias, como para evitar os inconvenientes práticos da multiplicação dos descendentes beneficiários ao cabo de duas ou três gerações”<sup>279</sup>.

c) Escrevendo depois da entrada em vigor do actual Código civil — de cujo art. 188.º, n.º 1, decorria expressamente a exigência de o fim da fundação revestir interesse social<sup>280</sup> —, o Professor Ferrer Correia dava conta das razões que, a seus olhos, apontavam no sentido da inadmissibilidade das fundações de família; uma delas era a sua contrariedade aos princípios do nosso direito civil respeitantes aos fideicomissos<sup>281</sup>; a outra tinha exatamente a ver com a exigência de a fundação ser de interesse social, condição *sine qua non* para se lhe poder atribuir personalidade jurídica<sup>282</sup>.

Porém, não deixava de admitir que pudesse não ser assim, no pressuposto de que “a conservação do prestígio de uma determinada família” fosse conforme com o *interesse social*, coisa que, como afirmava, pese embora ser apenas configurável “em casos raríssimos”, não podia ser excluída *a priori*<sup>283</sup>. É provável que Ferrer Correia, quando abria esta exceção à inadmissibilidade das fundações de família, até pela raridade que lhes apontava<sup>284</sup>, não estivesse a pensar naquelas delas instituídas com o fim de responder a situações de carência ou necessidade dos membros da respetiva família, e que respeitassem, por exemplo, à sua formação, educação e assistência. Todavia, cremos que estas seriam, em princípio, as únicas fundações de família relativamente às quais se poderia dizer que, não obstante serem de utilidade particular, prosseguiam a realização de fins de interesse social<sup>285-286-287</sup>.

<sup>279</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>280</sup> Cfr. *supra*, nota 246.

<sup>281</sup> *Vide arts. 2286.º s. CCiv.*

<sup>282</sup> Cfr. “Le régime juridique...”, *Boletim da Faculdade de Direito*, cit., p. 109-110.

<sup>283</sup> Cfr. *últ. ob. cit.*, p. 110.

<sup>284</sup> Uma “raridade” que, por ser tão vincada, tornaria a exceção “presque négligeable” (*idem, ibidem*).

<sup>285</sup> Rejeitando a ideia de que pudessem existir fundações de família com essa característica, isto é, cujo fim pudesse revestir interesse social — não cremos que possa ser outro o sentido da sua rejeição da admissibilidade de quaisquer fundações de família (mormente, por falta de fim altruístico) —, *vide* J. SINDE MONTEIRO/P. VIDEIRA HENRIQUES, “Stiftungen im portugiesischen Recht”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 444-445; a rejeição de quaisquer fundações de família (quando menos, como pessoas jurídicas) era também propugnada por J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil — Teoria geral*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 326 e 327. Outro parece ser, porém, o entendimento de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 196 s., que vê na “maleabilização do regime de constituição de fundações civis” (mormente, no que respeita ao

## 22. Uma palavra agora sobre as chamadas “fundações(-de)-empresa” ou “fundações-titulares de empresa”.

conceito de “interesse social”) um passo indispensável para “a prossecução de *finalidades privadas* lícitas e úteis, tal como sucede com algumas modalidades de *trust*” (sublinhados nossos). Na nossa jurisprudência (depois da entrada em vigor do atual Código civil e antes das alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho) cabe aqui referir o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Outubro de 1996, publicado na *RLJ*, ano 100.º, n.º 387, p. 111 s., com uma *Anotação* concordante do Professor Manuel Henrique Mesquita. É verdade que a respetiva *fattispecie* não foi expressamente considerada sob o tópico das fundações de família. Mas a leitura do art. 5.º, n.º 2, dos estatutos sobre cuja (i)legalidade cabia decidir — “os bens que vierem a ser afectados pelo fundador ficarão sujeitos ao encargo expresso da beneficiária prover à habitação, sustento, educação, saúde e demais despesas, encargos e alimentos do fundador, seu cônjuge e descendentes” (assim rezava a referida norma estatutária) — decorre que ela assumia inequivocamente esse carácter (o carácter de fundação de família, entenda-se). E mais. Parece-nos tratar-se, em boas contas, de uma fundação de família de *conservação* ou de *sustento* (cfr. *supra*, neste número, alínea a)). E, por conseguinte, em nosso juízo, tendo-se pronunciado no sentido da validade da referida cláusula, o Supremo Tribunal de Justiça sufragou a doutrina da admissibilidade dessa modalidade de fundações de família. E, por maioria de razão, sufragou a doutrina da admissibilidade da outra modalidade de tais fundações, que é aquela em que os respetivos beneficiários (os membros da família em causa) tiram proveito do património fundacional, já pela fruição de bens desse património, já pelo recebimento de réditos dele provenientes, de forma incondicionada — dizemos “por maioria de razão”, por isso que nessas outras fundações de família, a utilidade particular, que as caracteriza, não obsta a que se considere que os seus fins revestem interesse social.

<sup>286</sup> Em Itália, tem prevalecido o entendimento segundo o qual as fundações de família (art. 28, 3.ª alínea, *Codice civile*) cujo único fim seja a continuação do nome da família em causa e a conservação do respetivo património não revestem “*pubblica utilità*”; e, por ser assim, a sua admissibilidade entraria em flagrante contradição com os princípios respeitantes às *substituições fideicomissárias* (art. 692 *Codice civile*) e ao *usufruto sucessivo* (art. 698 *Codice civile*). O juízo só será diferente se a fundação de família não trazer proveito aos membros da família em causa (os beneficiários) apenas por terem essa qualidade, antes lhes aproveitando “solo in quanto versino in quella particolare situazione soggettiva — di indigenza, di meritevolezza in rapporto agli studi ecc. — che il fondatore abbia preso in considerazione; di modo che la conservazione del patrimonio all’interno di una data famiglia non sia lo scopo della disposizione, ma sia il mezzo per realizzare una diversa finalità socialmente utile” (F. GALGANO, voz: “Fondazione”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, XIV, p. 4-5; mais recentemente, do mesmo Autor, vide *Trattato*, cit., p. 277 e nota 27, e também, entre outros, M. V. DE GIORGI, “Stiftungen im italienischen Recht”, in: *Stiftungsrecht Europa*, cit., p. 396; antes, no mesmo sentido, cfr., por exemplo, P. RESCIGNO, *Enciclopedia del Diritto* voz: *Fondazione — Diritto civile*, p. 810 s.). Na esteira desse entendimento, sobressai o acórdão da *Corte di Cassazione*, de 10 de Julho de 1979 (publicado na *Giurisprudenza Italiana* 1980, I, 1, cols. 881 s., com nota concordante de M. V. de Giorgi), assim sumariado: i) “L’imporre sui beni vincoli di disponibilità tendenzialmente perpetui, come nel caso della fondazione, si giustifica unicamente con la sussistenza di un fine di utilità pubblica”; ii) “L’ente costituito con l’unico scopo di attribuire i frutti del proprio patrimonio ereditario in perpetuo a tutti i discendenti di una determinata persona no costituisce fondazione, per mancanza dello scopo proprio di questo istituto, ma entre di puro fatto la cui struttura e la cui funzione ne escludono la possibilità di sopravvivenza nell’attuale ordinamento giuridico”.

Em tempos mais recentes, quando estava já em marcha (na generalidade dos países europeus) o movimento (doutrinal e legal) de *liber(t)ação* das fundações das suas velhas *amarras* dogmáticas, de que falaremos adiante (cfr. *infra*, número 24), A. ZOPPINI, *ob. cit.*, p. 141 s., insurgiu-se contra essa distinção entre as duas modalidades de fundação família, concluindo mesmo que todas elas têm a mesma “dignidade normativa” das fundações com um “scopo di pubblica utilità”, isto é, das que prosseguem fins “referibili alla generalità” (*ob. cit.*, p. 146).

<sup>287</sup> O Código civil suiço (1907), que, como antes vimos (*supra*, nota 241), consagrou o sistema normativo, privilegia as fundações de família, dispensando-as da exigência de registo (art. 52, 2.ª alínea) para a aquisição de personalidade jurídica (art. 52, 3.ª alínea) e não as sujeitando “au contrôle de l’autorité de surveillance” (art. 87). Porém, abrangidas por este regime são apenas as fundações de família “destinées au paiement des frais d’éducation, d’établissement et d’assistance des membres de la

Como antes vimos <sup>288</sup>, quer no quadro da ordem jurídica alemã, quer no quadro da ordem jurídica portuguesa, não obstante a diferença que entre elas existia no que respeita à natureza do fim da fundação, valendo em ambas o mesmo conceito (multissecular) desta, cuja nota mais caracterizante é a de o património que lhe é próprio constituir um meio para a prossecução de um fim que não pode ser apenas o fim da sua própria perpetuação, em nenhuma delas poderia admitir-se a *fundação para a sua própria empresa* (o tal *perpetuum mobile*, de que fala Riemer <sup>289</sup>). Ou seja, a fundação (instituída em vida ou por morte, pondo-se assim de pé um particular regime de sucessão) para cujo património o fundador transmitia a empresa de que fora titular, para desse modo conseguir impor a sua vontade (“formulada *ne varietur* — como que cristalizada” <sup>290</sup>) sobre a perpetuação da empresa em causa.

A problemática das “fundações(-de)-empresa” ou fundações-titulares de empresa sempre foi — e é —, porém, mais vasta. Vejamos.

a) A história das fundações, na Europa, de que antes nos ocupámos <sup>291</sup>, evidencia que o seu tipo mais relevante, à uma, pelo seu número, à outra, pela sua importância socioeconómico-política, assentava na *prestação* de determinados serviços (humanitários) à comunidade. E se é seguro que, em muitos casos — que podem ser ilustrados com as *piæ causæ* no tempo de Justiniano <sup>292</sup> —, dessa prestação beneficiavam primacialmente as “*miserabiles personæ*”, não é líquido que, mesmo nesses casos, os únicos beneficiários fossem pessoas de tal condição. Pensemos, por exemplo, num hospital (*nosocomium*) e num asilo para idosos (*gerentocomium*). Não custa admitir que, em ambos os casos, o cír-

---

famille ou à des buts analogues” (art. 335, 1.ª alínea). De fora ficaram, pois, as chamadas fundações de família “*d’entretien*” (cfr. *supra*, neste número, a)).

Durante um longo período, essa opção do legislador mereceu o acolhimento generalizado da doutrina e da jurisprudência (assim o dizem H. M. RIEMER, “Stiftungen...”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 514, e A. ZEITER, “Neues...”, *SJZ* (2001), cit., p. 452 s.). Porém, com o tal movimento (a que aludimos na nota anterior) de *liber(t)ação* das fundações das suas velhas *amarras* dogmáticas, que se generalizou a todos os países europeus, vieram as vozes críticas. Algumas delas chegaram a reclamar a alteração da norma do art. 335. Sem êxito, diga-se. De facto, a lei federal de 8 de Outubro de 2004 (em vigor desde 1 de Janeiro de 2006), que introduziu diversas alterações no regime do Código civil sobre as fundações (cfr. D. JAKOB, “Das Stiftungsrecht...”, *ZEV* (2009), cit., p. 166 s.), deixou a referida norma intocada. Outro tanto não pode dizer-se da jurisprudência do Tribunal federal: acórdão de 17 de Novembro de 2009, no qual é afirmado que o art. 335, 2.ª alínea, do Código civil não releva da ordem pública suíça e, por consequência, não obsta ao reconhecimento na ordem jurídica do país dos efeitos de uma fundação “*d’entretien*”, constituída segundo o direito do Liechtenstein.

<sup>288</sup> Cfr. *supra*, número 20 a).

<sup>289</sup> Cfr. *supra*, nota 249.

<sup>290</sup> Usámos expressões de MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 56.

<sup>291</sup> Cfr. *supra*, números 1 a 13.

<sup>292</sup> Cfr. *supra*, número 10.

culo dos beneficiários dos respetivos serviços se alargasse para lá do das ditas “*miserabiles personæ*”; e, exatamente porque não custa admitir isso, não pode excluir-se que esses outros beneficiários, pessoas de algumas posses, apenas acedessem a esses serviços mediante pagamento — e, a ser efetivamente assim, as *piæ causæ* produziram, como hoje se diria, também para o mercado.

Existiram sempre outras fundações, cujo escopo era igualmente a prestação de serviços à comunidade, nas quais o círculo dos beneficiários não era determinado pela sua situação de carência económica. Tomem-se agora como exemplo as fundações de PLINIO e de TIBERIO JULIO AQUILA, respeitantes à criação e à manutenção das Bibliotecas de Como e de Éfeso, respetivamente <sup>293</sup>. Não se tratava agora, como nas *piæ causæ*, de uma atividade de escopo caritativo, isto é, na prestação de serviços aos que revelavam, não importa por que razão, serem incapazes de cuidar de si próprios; em causa estava antes uma atividade de escopo filantrópico, por isso que se traduzia na prestação de serviços dirigidos às *causas* dos problemas sociais, e não aos *sintomas* desses mesmos problemas.

Não obstante estas diferenças, as duas categorias de fundações integravam o mesmo tipo. A atividade de prestação de serviços (humanitários num caso, filantrópicos noutra) à comunidade, a que ambas se dedicavam, postulava a existência de uma organização de fatores humanos e materiais, que se queria duradoura, e que por isso mesmo, teria de apresentar-se *des-subjetivada* (*scilicet*: não dependente da vida de quem a promovera); a uma organização com estas características podemos, é claro, chamar *empresa*.

b) Conquanto não tenha sido tão relevante, quer no que respeita ao seu número, quer no que respeita à sua importância sócio-económico-política, não faltou ao longo da história do instituto um outro tipo de fundação. Remontemos à Antiguidade Romana. Abundaram aí, como então vimos <sup>294</sup>, as fundações (-não autónomas) cujo fim era, por exemplo, a entrega periódica de somas em dinheiro (*sportulæ*) ou de produtos alimentares (trigo, azeite, etc.) a coletivos de cidadãos (casos dos decuriões e dos *Augustales*) ou aos membros de um *collegium* profissional ou ao *populus* de uma cidade, bem como a organização periódica de banquetes, jogos desportivos ou espetáculos gratuitos, incluindo combates de gladiadores.

<sup>293</sup> Cfr. *supra*, nota 4.

<sup>294</sup> Cfr. *supra*, número 3.

Escusado dizer que para a prossecução de um escopo dessa natureza, a respetiva fundação, apresentando-se como de (*pura*) *distribuição*, continuando decerto a reclamar a administração do seu património, não carecia de uma *organização* nos moldes da que seria mister existir quando a fundação tivesse por escopo uma atividade de prestação de serviços à comunidade (de cariz caritativo ou filantrópico).

c) Estes dois tipos de fundação — por empréstimo da terminologia anglo-saxónica, hoje muito disseminada, poderemos designar o primeiro “*operating* (ou *edifier*) *foundations*” e o segundo “*grant-making foundations*” — atravessaram os muitos séculos de história do instituto. Todavia, terá sido com a definitiva afirmação do entendimento da fundação como pessoa jurídica — que ocorreu, já antes o dissemos <sup>295</sup>, com Savigny, com a ajuda da teoria da *ficção* (cujos caboucos, quando menos, remontavam a Sinibaldo dei Fieschi <sup>296</sup>) — que a sua distinção assumiu decisiva importância dogmático-jurídica.

Essa *personificação* das fundações — em consequência de permissão/autorização expressa e individual do Estado (*sistema de concessão*) ou, segundo a opção pioneira do direito suíço, cumpridas as condições ou pressupostos constantes de norma geral e abstrata (*sistema normativo*) — implicava reconhecer-lhes *eo ipso* capacidade para serem titulares de direitos e obrigações, sinopticamente dita *capacidade de gozo*.

Qual, porém, o *perímetro* dessa capacidade?

A resposta a essa questão, deveras controvertida, como todos sabemos, foi dada no quadro mais geral da capacidade de gozo das pessoas coletivas de direito privado, sem prejuízo de se reconhecer que existiam entre elas diferenças, também a esse nível, decorrentes da natureza dos fins que lhes são próprios. Não cabe aqui o aprofundamento deste tema. Mas dele não deixaremos de dizer o que se nos afigura essencial para a resposta à questão da (in)admissibilidade das fundações-titulares de empresa.

d) Quando olhamos para as ordens jurídicas do círculo jurídico germânico e para as ordens jurídicas do círculo jurídico românico (no aspeto que estamos agora a considerar, muito próximas das ordens jurídicas do círculo jurídico anglo-saxónico, como a seguir melhor se perceberá), vemos que entre elas existe significativa diferença no *modo* como se concebe, em termos teóricos, a capacidade de gozo das pessoas coletivas.

<sup>295</sup> Cfr. *supra*, número 16 b).

<sup>296</sup> Cfr. *supra*, número 13 b).

Nas primeiras, é clássico o entendimento de que a regra é a *capacidade geral e comum* das pessoas coletivas, que assim são como que *antropomorfizadas*, vindo depois a pôr-se *limites* a essa regra, uns, que intervêm na zona onde falece a possibilidade lógica da sua equiparação inteira às pessoas humanas, outros, (eventualmente) decorrentes da lei. A razão de ser desta conceção é a salvaguarda da (*fluidéz*) do tráfico jurídico, por isso que dispensa os terceiros que contratem com (os representantes de) uma pessoa coletiva de determinado tipo de outros *cuidados* que não sejam os que devem usar quando contratam com uma pessoa humana. Com efeito, apenas se lhes exige que conheçam a lei — e essa é, como todos sabemos, uma exigência a que ninguém pode furtar-se —, já que apenas por via dela pode a capacidade de gozo de uma pessoa coletiva de qualquer tipo sofrer limitações; por outro lado, e no que respeita à outra ordem de limitações, sendo ela da *natureza das coisas*, seria estulto admitir que alguém a pudesse ignorar.

Esse favor ao tráfico jurídico (ao comércio, *hoc sensu*) reflete-se obviamente na posição dos membros da pessoa colectiva, enfraquecendo-a. E é fácil ver porquê.

Tendo investido (não importa se muito ou pouco e, para o caso, também não importa se esse investimento foi primacialmente em tempo ou em dinheiro) numa dada pessoa coletiva, tomando a qualidade de seu membro, a pessoa que assim age fá-lo num certo quadro, no qual sobressai obviamente o fim que essa pessoa colectiva se propõe prosseguir. Ao admitir que os atos que não se prendem com o conseguimento desse fim — que se diz *comum* exatamente porque mereceu o *acordo de todos* —, passam a ser atos da própria pessoa coletiva, vinculando-a aos seus efeitos, só porque foram praticados pelos seus representantes legais, está, afinal, a aceitar-se que se possa fazer uso do tempo e/ou do dinheiro dos membros da pessoa coletiva em causa ao arrepio da sua própria vontade, com a agravante de poderem vir a perder esse seu investimento na sequência de *ações* nas quais não *investiram*.

Nas ordens jurídicas do círculo jurídico românico — e também, diga-se, nas ordens jurídicas do círculo anglo-saxónico —, a conceção (de *base*) da capacidade de gozo das pessoas coletivas sempre foi diferente, e, em certo sentido, oposta. Em vez de geral e comum, essa capacidade era concebida como “especial e particular, *especializada*, isto é, só relativa àqueles atos *que entram na esfera do fim e interesse especiais para que foi constituída*”<sup>297</sup>. Agora, a prima-

<sup>297</sup> Transcrevemos CABRAL DE MONCADA, *Lições de direito civil*, vol. I, cit., p. 422, nota 1 (sublinhados no original); cfr. ainda JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 204.

zia vai — ou melhor: *iria*, caso esta concepção, denominada teoria da *especialidade do fim* (*ultra vires theory*, na terminologia anglo-saxónica), não tivesse sido sempre encarada de forma *souple* <sup>298</sup> — por inteiro para os interesses dos membros da pessoa coletiva. No quadro dela, acontecia às avessas tudo o dissemos acontecer no quadro da teoria da *capacidade geral e comum*.

Não obstante, valerá a pena referir aqui o seguinte aspeto: em toda a sua pureza, e como escreveu Manuel de Andrade, a teoria da *especialidade do fim* significava que as pessoas coletivas não podiam “adquirir ou exercer direitos ou cumprir obrigações (praticando os respetivos atos jurídicos) senão em concordância com os seus fins estatutários — com os interesses para cuja prossecução se constituíram e foram reconhecidas” <sup>299</sup>. Ora, aos membros da pessoa coletiva não interessa que *todos* os actos, que não estejam em concordância com os fins estatutários dessa mesma pessoa coletiva, a vinculem — e daí que a teoria da *capacidade geral e comum* seja, para eles, particularmente desvantajosa. Tal não significa, é claro, que não possa haver atos com essa característica (*ultra vires*) que, em concreto, lhes mereçam outro juízo, isto é, relativamente aos quais lhes agradaria que vinculassem a pessoa coletiva de que são membros. E, por ser assim, a estes interessa serem eles a decidir, em última instância, a *sorte* dos efeitos dos atos *ultra vires*, em concreto.

E a verdade é que não seria outro o resultado, caso se admitisse que tais atos, sendo afinal atos praticados com falta de poderes, podiam cobrar eficácia, vinculando a pessoa coletiva em cujo nome foram praticados, se viessem a obter a confirmação, expressa ou tácita, de todos os membros da pessoa coletiva em causa. Diversamente, defendendo-se a *nulidade* dos atos *ultra vires* — nulidade que, como todos sabemos, opera *ipsa vi legis*, não pressupondo uma prévia decisão judicial e podendo ser invocada por qualquer interessado —, os membros da pessoa coletiva perdem essa possibilidade, digamos, de *manuseamento* a seu talante da teoria da *especialidade do fim* <sup>300</sup>.

23. Depois deste excursão sobre as duas diferentes concepções (ou, numa forma mais comum de dizer, teorias) sobre a capacidade de gozo das pessoas coletivas, tradicionalmente afirmadas no quadro das ordens jurídicas do círculo jurídico germânico, por um lado, e nas ordens jurídicas dos círculos jurídicos românico e anglo-saxónico, por outro lado, olhemos então agora para a

<sup>298</sup> Disso daremos conta adiante no texto (cfr. número 23 c) e h)).

<sup>299</sup> MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 124.

<sup>300</sup> Adiante no texto (número 23 h)) voltaremos, ainda que muito sucintamente, ao tema.

problemática das fundações-titulares de empresa, à luz da capacidade de gozo que a sua personificação necessariamente envolvia.

Cingir-nos-emos, também agora, ao contraponto entre a ordem jurídica alemã e a ordem jurídica portuguesa, integrantes, cada uma delas, de diferentes círculos jurídicos (a primeira do círculo jurídico germânico; a segunda do círculo jurídico românico). Antes, porém, teremos de dizer do que falamos quando falamos de fundação-titular de empresa.

a) Abrangidas por esse conceito são as duas seguintes *fattispecies*: i) a fundação, como pessoa jurídica que é, explora *diretamente* uma empresa cuja propriedade lhe cabe <sup>301</sup>, sem recurso a qualquer outra forma jurídica que não seja aquela que lhe é própria (fundação-titular de empresa em sentido estrito); ii) a fundação é titular de participação social numa sociedade comercial de qualquer tipo, que lhe foi transmitida como (elemento do) património fundacional, ou que foi por ela adquirida no decurso da sua existência, mobilizando meios daquele mesmo património, a qual participação corresponde à totalidade do capital social da sociedade em causa (situação de sócio-único) ou à maioria deste, alcandorando-a (à fundação, entenda-se) a uma posição de domínio — no quadro desta *fattispecies* (fundação-titular de empresa em sentido amplo), sendo a fundação titular de participações sociais com as referidas características em diferentes sociedades, poder-se-á falar em *fundação-holding* (uma fundação que *gera* várias filhas, que são todas sociedades comerciais <sup>302</sup>; situação diferente é a da sociedade comercial que *gera* várias filhas, uma das quais é uma fundação e as restantes são sociedades comerciais <sup>303</sup>).

De fora do referido conceito fica, portanto, a fundação cujo património integra participações sociais em sociedades comerciais de qualquer tipo — dizendo assim, não estamos obviamente a esquecer que essas participações

<sup>301</sup> No pressuposto, note-se, de a fundação não ser instituída unicamente com o fim da perpetuação dessa mesma empresa — a tal *fundação para a sua própria empresa*, a que já antes nos referimos, e por várias vezes, e que dissemos não caber sequer no conceito (multissecular) de fundação (cfr., por último, número 22).

<sup>302</sup> Pensável é ainda esta outra situação: uma fundação que *gera* uma filha, que é outra fundação, a qual, por sua vez, *gera* várias filhas, que são todas sociedades comerciais.

<sup>303</sup> Esclareça-se que a *qualidade de empresário* (-pessoa jurídica, v. g., uma sociedade comercial) do fundador, não obstante o *vínculo* que assim se estabelece entre a *empresa* do fundador e a respetiva *fundação*, não faz desta uma fundação(-de)-empresa ou fundação-titular de empresa. Esta última modalidade de fundação não abarca, pois, a chamada “*corporate-sponsored foundation*” ou, mais abreviadamente, “*corporate foundation*” e também “*company foundation*” (na doutrina portuguesa, referindo-se à *corporate-sponsored foundation* como *fundação de empresa*, vide, porém, J. J. SOUSA RIBEIRO, “As fundações no Código civil...”, *Lusíada — Revista de Ciência e Cultura*, cit., p. 62, e DOMINGOS SOARES FARINHO, “Empresas e fundações: uma união mais forte?”, *Revista de Direito das Sociedades*, ano IV, 2012, p. 812 s.).

serão, via de regra, ações — que traduzem aplicações de capital, realizadas no âmbito da administração do próprio património, configurando, pois, simples atos de investimento financeiro.

b) Na ordem jurídica alemã, é pacífico que a capacidade de gozo das pessoas jurídicas de direito privado *corresponde* à das pessoas humanas, não sofrendo outras restrições que não sejam as que decorrem da circunstância de nelas faltar uma *estrutura psicossomática* — “um organismo físió-psíquico”, no dizer de Manuel de Andrade<sup>304</sup> — e as que decorrem da lei (doutrina dita da *capacidade geral e comum*, de que falámos atrás). É também assim obviamente em relação às fundações personificadas. Todavia, em relação a estas, a doutrina dissentia — referimo-nos, lembre-se, ao período anterior à “modernização” do direito das fundações do BGB (lei de 15 de Julho de 2002)<sup>305</sup> — sobre as limitações, de base legal, à sua capacidade.

Esse dissenso doutrinal refletia-se sobremaneira na *determinação* da capacidade de gozo da fundação para a aquisição de participações sociais.

Começemos pelas participações cuja titularidade não alcançava a fundação a uma posição de domínio sobre as sociedades a que respeitavam, e que, por isso mesmo, não redundavam no *exercício indireto* das respetivas empresas, constituindo, sim, meras aplicações financeiras (a situação a que há pouco nos referimos, e que dissemos estar fora do conceito de fundação-titular de empresa). A doutrina dominante não descortinava quaisquer limitações, de base legal, à aquisição pela fundação de tais participações, ou seja, não fazia distinção entre as participações cuja titularidade implicava a qualidade de sócio de responsabilidade limitada e as participações cuja titularidade implicava a qualidade de sócio de responsabilidade ilimitada. A necessidade desta distinção era, porém, referida por um setor minoritário da doutrina, que apontava os riscos inerentes à aquisição da qualidade de sócio de responsabilidade ilimitada pela fundação: o património desta, que, como decorria do próprio conceito de fundação, se encontrava vinculado de forma duradoura à prossecução de um determinado fim, poderia, afinal, ser consumido, em qualquer momento, para satisfação dos credores da sociedade relativamente à qual a fundação adquirira a referida qualidade.

---

<sup>304</sup> *Ob. cit.*, p. 123. A doutrina alemã diz o mesmo de outra forma, e que é a seguinte: uma pessoa jurídica pode ser titular de todos os direitos e de todas as obrigações, contanto que esses direitos e essas obrigações não pressuponham uma pessoa humana como seu titular.

<sup>305</sup> *Cfr. supra*, nota 219.

Os autores — que, repete-se, eram largamente majoritários —, defensores dessa irrestrita capacidade de a fundação se tornar sócia de uma sociedade comercial de qualquer tipo (e, nessa medida, de serem *titulares de direitos corporativos* em quaisquer sociedades comerciais), assumindo a respetiva participação dimensão financeira, também não punham quaisquer reservas à aquisição da qualidade de sócio pela fundação que redundasse no *exercício indireto* da empresa da respetiva sociedade (fundação-titular de empresa em sentido amplo, na terminologia já antes usada); para o caso, não interessaria, pois, se o objeto dessa empresa era o *meio* que haveria de permitir à fundação realizar *diretamente* (é dizer: pelos *seus próprios meios*) o seu *fim*, havendo como que uma  *fusão* entre aquele e este <sup>306</sup> (v. g., a fundação, cujo fim fosse a prestação de cuidados de saúde aos mais desfavorecidos, que se tornava sócia majoritária de uma sociedade dona de um hospital), ou se era tão-só um meio de conseguir lucros que depois haveriam de ser mobilizados para o conseguimento do fim da fundação <sup>307</sup>, servindo, portanto, a empresa como *fonte de dotação* daquela (v. g., a fundação, cujo fim fosse a promoção da investigação científica na área das neurociências, que se tornava sócia majoritária de uma sociedade dona de uma fábrica de cerveja).

Aquele outro setor da doutrina, que antes dissemos pôr reservas, com base no próprio conceito de fundação, à participação desta em sociedades de responsabilidade ilimitada, também não se conformava com tamanha amplitude da capacidade de gozo da fundação. Em seu juízo, importaria distinguir entre as fundações de fim ideal (*Idealstiftungen*) e as fundações ativas economicamente (*wirtschaftlich tätigen Stiftungen*): as primeiras eram, sem mais, *autorizáveis*; as segundas, ao invés, eram, em princípio, insusceptíveis de obter *autorização*. Daqui não decorria, contudo, que uma fundação não fosse capacitada para ser titular de uma participação majoritária em qualquer sociedade, exercendo por esse *modo indireto* a respetiva empresa. Certamente que teria essa capacidade. Mas apenas por aplicação analógica dos § 21 e 22 BGB (*Nebenzweckprivileg* ou *Nebentätigkeitsprivileg*) <sup>308</sup>, ou seja, a capacidade de gozo da fundação, no que

---

<sup>306</sup> Nesse caso, a empresa, exercida indiretamente pela fundação, é, no dizer da doutrina alemã, “*Zweckverwirklichungsbetrieb*”.

<sup>307</sup> Uma tal fundação seria, pois, diferente daquela outra cujo único fim fosse a perpetuação e a administração de uma empresa de que se tornara titular (fundação para a sua própria empresa; cfr. *supra*, número 22).

<sup>308</sup> Sobre o significado desse *privilegio* — “privilegio do fim acessório” ou “privilegio da actividade acessória” —, vide, por exemplo, D. REUTER, *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., § 22, anots. 19 s., SCHÖPF LIN, *BeckOK BGB*, cit., § 21, anots. 105-106, HEIDEL/LOCNER, *Nomos Kommentar*, cit., § 21, anots. 32 s., ELLENBERGER, *Palandt/Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 21, anot. 7, K. SCHMIDT, *Verbandszweck und*

respeita à aquisição de uma participação, com a característica ainda agora referida, numa dada sociedade comercial, cingir-se-ia aos casos em que existisse *identidade* entre o objeto da empresa dessa mesma sociedade e o fim da fundação, no pressuposto de que a exploração dessa empresa ficasse *funcionalmente subordinada* à atividade não-económica da fundação, que constituía o seu fim principal <sup>309</sup>.

Os defensores desta posição <sup>310</sup>, no que respeita à admissibilidade da fundação-titular de empresa em sentido amplo, mantinham a mesma reserva, socorrendo-se, também agora, da analogia com os §§ 21 e 22 BGB, relativamente à admissibilidade da fundação-titular de empresa em sentido estrito, é dizer, à fundação que explorasse *diretamente* uma empresa cuja propriedade lhe cabia, sem recurso a qualquer outra forma jurídica que não fosse a que lhe é própria (ficando assim sujeita, como uma pessoa humana na sua posição, ao Direito Comercial). Mas, neste outro caso, contavam com o apoio de um influente setor da doutrina, que se socorria de outra argumentação; consistia ela no facto de o legislador não ter concebido a forma jurídica de fundação como titular de empresa e de faltarem no direito das fundações, ao contrário do que se verifica no direito das sociedades de capitais, quaisquer preceitos, dirigidos à defesa dos credores, respeitantes à efetiva realização do capital e à conservação deste <sup>311</sup>.

c) Entre nós, no domínio do Código de Seabra, a doutrina mais conceituada sempre se ateuve à ideia de que a capacidade de gozo das pessoas coletivas de direito privado se afirmava no quadro do *princípio da especialidade* (associado por muitos à teoria da *ficção*) <sup>312</sup>. O art. 34.º do referido Código servia de *mote*, ao dispor que “as associações ou corporações, que gozam de individualidade jurídica podem exercer todos os direitos civis, relativos aos *interesses legítimos do seu instituto*”; respeitando diretamente às “associações ou corporações”, a doutrina deste preceito era extensiva às fundações nos termos do art. 37.º <sup>313</sup>.

---

*Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht*, Heilderberg, 1984, p. 183 s., e *Gesellschaftsrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 4. Aufl., 2002, p. 674 s.

<sup>309</sup> Nesse sentido, cfr. D. REUTER, *Münchener Kommentar BGB*, 4. Aufl., cit., *Vorbemerkung* § 80, anots. 47 s. e P. RAWERT, in: *Staudinger-Kommentar zum BGB*, cit., *Vorbemerkung* § 80, anots. 83 s. e 94 s.

<sup>310</sup> Cfr. nota anterior.

<sup>311</sup> Nesse sentido, *vide*, por exemplo, E.-J. MESTMÄCKER, *Verhandlung des 44. DJT*, 1964, Bd. II, Teil G 1, K. SCHMIDT, “Wohin steuert die Stiftungspraxis? — Eine rechtspolitische Skizze”, *DB* 1987, p. 261 s., e EMMERICH/SONNENSCHNITZ/HABERSACK, *Konzernrecht*, 7. Aufl., München, 2001, p. 538 s.

<sup>312</sup> Nesse sentido, cfr. JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 203 s., CABRAL DE MONCADA, *Lições de direito civil*, vol. I, cit., p. 420 s., MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 121 s., e MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 96 s.

<sup>313</sup> Cfr. *supra*, número 18 a).

De fora (das *forças*) da capacidade de gozo das pessoas coletivas em geral, ficavam, por conseguinte, não apenas as relações jurídicas que, pela natureza das coisas, pressupunham uma pessoa humana como seu titular<sup>314</sup>, mas também todas as outras com fim diverso ou insuscetível de se subordinar à finalidade do seu instituto (*scilicet*: as relações jurídicas que não pudessem dizer-se *relativas aos interesses legítimos do seu instituto*: art. 34.º, *in fine*)<sup>315</sup>.

Seria exagerado dizer que este modo de determinar a capacidade de gozo das pessoas coletivas, *condenando-as* a uma atividade jurídica cingida aos limites do escopo que lhes é assinalado pelos estatutos, funcionou sempre à maneira dos *antigos oráculos*, os quais davam o conselho que queria ouvir-se. Mas a verdade é que, desde cedo, se cuidou de atenuar sobremaneira o seu rigor, entendendo-o, como diz Manuel de Andrade, “*em termos hábeis*”<sup>316</sup>. Ou seja, e socorrendo-nos agora da síntese de Marcello Caetano, o acolhimento do princípio da especialidade não impedia que a pessoa coletiva praticasse actos *sem ligação directa e imediata com os fins*, quando tais atos fossem *acessórios* da gestão, ou *instrumentais* dela, ou se reputassem, *por uso ou senso comum*, compreendidos na esfera jurídica das pessoas coletivas em geral<sup>317</sup>.

<sup>314</sup> Nas palavras de CABRAL DE MONCADA, *últ. ob. cit.*, p. 421, “seria estranho que as pessoas colectivas tivessem, por exemplo, o *conubium*, pudessem casar, ter filhos, direitos de família, etc.”; cfr. ainda JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 304 (“é por isso [pela sua própria natureza, entenda-se, que as pessoas coletivas] não podem contrair matrimónio ou fazer testamento, ser interditas ou ter relações derivadas de parentesco, idade ou sexo”) e MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 123 (“Daí que [entenda-se: como corolário da ‘natureza das coisas’] as pessoas colectivas não possam ser sujeitos de relações de família: casamento, filiação, à parte a filiação adoptiva; obrigação alimentar entre cônjuges ou parentes”). As restrições impostas à capacidade de gozo das pessoas coletivas de direito privado — note-se que JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 206-207, nota 3, não incluía o *uso e habitação* entre os direitos cuja titularidade pressunha “o *abstracto dum organismo corpóreo físico*”; contra, CABRAL DE MONCADA, *Lições de direito civil*, vol. I, cit., p. 423, nota 1, destacando o “carácter essencialmente pessoal e individual” desse direito (cfr., hoje, os arts. 1484.º s. CCiv) — decorrentes da “natureza das coisas” não se estendiam, é claro, à titularidade de todos e quaisquer direitos de personalidade; de novo nas palavras de CABRAL DE MONCADA, *últ. ob. cit.*, p. 421, nota 2, alguns desses direitos “pertencem, evidentemente, às pessoas colectivas, como os direitos à honra e ao nome, e até, entendidos de certo modo, os direitos à existência, à vida e à liberdade”; sobre a titularidade de (alguns) direitos de personalidade pelas pessoas coletivas, cfr. ainda, JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 204 s., e MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 122 s.

<sup>315</sup> Segundo JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 209, «sempre que os administradores [praticassem] um *acto contrário aos legítimos interesses, ou aos fins, que é o mesmo, do ente colectivo*, não só [incorriam] em responsabilidade, *mas o acto [devia] ser declarado nulo*» (sublinhados nossos); a *nulidade absoluta* dos atos das pessoas coletivas que não se mostrassem conformes com os seus fins estatutários era também expressamente afirmada por CABRAL DE MONCADA, *Lições de direito civil*, vol. I, cit., p. 422, nota 1, *in fine*.

Diferente era o entendimento de MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 99; em seu juízo, “salvo o caso de conluio doloso das partes, em que a nulidade *pleno iure* se impõe, os negócios jurídicos em que intervenha uma pessoa colectiva com violação do princípio da especialidade devem, por conseguinte, ser apenas anuláveis em acção judicial a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das partes”.

<sup>316</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 124.

<sup>317</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 97; vide tb. MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 124.

A acrescentar às limitações impostas pela “natureza das coisas” e pelo “fim do seu instituto” (*princípio da especialidade*) — limitações de ordem geral, enquanto respeitavam a todas as pessoas coletivas de direito privado —, a capacidade de gozo de certas dessas mesmas pessoas coletivas era ainda atingida por outras limitações, adrede fixadas pela lei, por razões de *interesse público*, e primacialmente dirigidas à *dimensão patrimonial* dessa capacidade. No quadro destas últimas limitações — e continuando apenas a pensar no período de vigência do Código de Seabra —, avultavam as que decorriam do art. 35.º deste mesmo Código sobre a aquisição e posse de bens imóveis <sup>318</sup>.

Visto, sucintamente, o *princípio da especialidade* (art. 34.º do Código de Seabra), enquanto modo de determinação da capacidade de gozo das pessoas coletivas em geral (bem como as restrições específicas legalmente impostas a essa capacidade, por razões de interesse público), vejamos, também agora em termos abreviados, as consequências da sujeição das fundações a tal princípio.

d) Pensemos, em primeiro lugar, nas fundações de (*pura*) *distribuição* (*grant-making foundations*) <sup>319</sup>. Na prossecução do seu fim, que era necessariamente de natureza altruística, uma tal fundação não podia deixar de praticar atos de beneficência ou de filantropia e, praticando tais atos, fazer uso do seu património a favor de terceiros (os beneficiários) sem qualquer contraprestação. Exigia-se, é claro, aos respectivos administradores, que, agindo desse modo, preservassem os *fundamentos* (o *casco* seria outra forma de dizer) do património fundacional; esta a condição *sine qua non* para poder dizer-se que esse património foi afetado de forma duradoura à prossecução de certo fim.

Essa exigência não poderia, contudo, significar que todos os réditos do património com o qual a fundação fora instituída, que não fossem atribuídos aos terceiros-beneficiários, devessem ser *entesourados*. A sua mobilização, realizando com eles actos de investimento, poderia mostrar-se, em certas circunstâncias, necessária para a (continuação da) realização do fim da fundação,

---

<sup>318</sup> Constituindo uma exuberante manifestação da preocupação do legislador liberal (e não só: cfr. *supra*, número 18 a)) com os bens de *mão-morta*, esse preceito foi, porém, vendo a sua doutrina restringida ou, dizendo de outro modo, as limitações à capacidade de gozo das “associações e corporações de utilidade pública” (e das fundações *ex vi* art. 37.º) foram sendo progressivamente atenuadas, por efeito do esvaecimento daquela mesma preocupação (antes do Decreto de 16 de Dezembro de 1930, que deu nova redação ao preceito em referência, já as leis de 12 de Outubro de 1871 e de 21 de Junho de 1889 lhe haviam reduzido o alcance). Sobre a doutrina do art. 35.º do Código de Seabra e as alterações de que foi objeto, vide JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 211 s., CABRAL DE MONCADA, *Lições de direito civil*, vol. I, cit., p. 424 s., MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 162 s. e MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 100 s.

<sup>319</sup> Cfr. *supra*, número 22 b).

podendo, noutras circunstâncias, mostrar-se da maior conveniência a essa luz. A aquisição de participações sociais em determinadas sociedades comerciais poderia, é claro, ser encarada como um acto com esse cariz. Tratar-se-ia, é verdade, da prática de um ato (objetivo) de comércio <sup>320</sup>; mas essa era uma prática para a qual a fundação estava capacitada, existindo norma expressa nesse sentido: o § único do art. 17.º CCom.; dizendo-se no corpo deste artigo que “o Estado, o distrito, o município e a paróquia não podem ser comerciantes, mas *podem, nos limites das suas atribuições, praticar actos de comércio*, e quanto a estes ficam sujeitos às disposições deste Código”, acrescenta-se naquele outro preceito que “a mesma disposição é aplicada às misericórdias, asilos, mais institutos de beneficência e caridade” (nestes se incluindo, fora de toda a dúvida, as fundações).

Falando nós de aquisição de participações sociais e da consequente titularidade de direitos corporativos, que se traduziam em atos de investimento, estamos apenas a pensar, é claro, nas situações em que a fundação não se tornava, por essa forma, sócio maioritário das sociedades a cujo grémio ficava a pertencer. E, estando a pensar apenas nessas situações, importa advertir que a capacidade de gozo da fundação, determinada pelo *princípio da especialidade*, não as abarcava a todas. De fora (das *forças*) dessa capacidade haveriam de ficar as aquisições de participações sociais, com a referida característica (de simples aplicação financeira), e cuja titularidade implicasse a qualidade de sócio de responsabilidade ilimitada, ou seja, a qualidade de sócio numa sociedade em nome coletivo ou a qualidade de sócio comanditado numa sociedade em comandita. Mal se compreenderia, é o mínimo que pode dizer-se, que, estando o património fundacional vinculado à realização de forma duradoura de um certo fim, se viesse depois a admitir a possibilidade da sua consumpção, em qualquer momento, para satisfação dos credores da sociedade relativamente à qual a fundação adquirira a referida qualidade.

Tudo isto pelo que toca à capacidade das fundações de (pura) distribuição para se tornarem sócias minoritárias de sociedades comerciais, com a consequente prática de atos (objetivos) de comércio <sup>321</sup>.

e) E que dizer quanto à capacidade de gozo das fundações da outra categoria (*operating foundations*), que antes identificámos com as fundações (filan-

<sup>320</sup> “São consideradas comerciais as compras e vendas de partes ou de acções de sociedades comerciais” — art. 463.º, n.º 5.º, do Código comercial (doravante, CCom).

<sup>321</sup> Cfr. nota anterior.

trópicas) de PLINIO e de TIBERIO JULIO AQUILA e as *piæ causæ* no tempo de Justiniano? As fundações dessa outra categoria, já antes o dissemos<sup>322</sup>, caracterizavam-se pela oferta de serviços à comunidade, representada pelo círculo dos respetivos beneficiários, a qual oferta, sendo feita pela própria fundação, postulava a existência, na titularidade da mesma, de uma organização de fatores humanos e materiais, que se queria duradoura, e que, por isso mesmo, teria de apresentar-se *des-subjetivada* — numa palavra, postulava a existência de uma *empresa*.

Pois bem: sob pena de contradição insanável, não poderia considerar-se que o fim de uma fundação com esta característica (uma fundação *economicamente ativa*, digamos) revestia interesse social, *personificando-a*, para depois se lhe negar (em aplicação do *princípio da especialidade*) capacidade para explorar a empresa que constituía o meio para a realização desse mesmo fim (ocorrendo, como antes dissemos, uma espécie de *fusão* entre aquele e este)<sup>323</sup>. No caso, a exploração da empresa traduzia, a todas as luzes, o exercício por banda da fundação de “direitos civis, relativos aos interesses legítimos do seu instituto” (art. 34.º, n.º 1, *in fine*, do Código de Seabra *ex vi* art. 37.º do mesmo Código) ou, parafraseando Manuel de Andrade, a fundação não adquiria ou exercia direitos nem contraía ou cumpria obrigações (praticando os respectivos atos jurídicos) que não estivessem em concordância com o seu fim estatutário — com os interesses para cuja prossecução se constituíra e fora reconhecida<sup>324</sup>.

Nesse pressuposto, a fundação poderia lançar mão das seguintes soluções, que, de resto, já foram antes referidas, falando do direito alemão<sup>325</sup>: *i*) tornar-se *sócia dominante*<sup>326</sup> de uma sociedade comercial titular da empresa de cuja exploração (*indireta*, do ponto de vista da fundação) dependia o conseguimento do seu fim (do fim da fundação, entenda-se) — fundação-titular de empresa em sentido amplo —; *ii*) explorar *diretamente* essa empresa, cuja propriedade lhe cabia, sem recurso a qualquer outra forma jurídica que não fosse a que lhe é própria (fundação-titular de empresa em sentido estrito).

<sup>322</sup> Cfr. *supra*, número 22 a).

<sup>323</sup> No exemplo já antes dado: a fundação, cujo fim fosse a prestação de cuidados de saúde aos mais desfavorecidos, que tencionasse instalar um hospital. A este exemplo, acrescentaremos agora um outro: a fundação, cujo fim fosse a educação e a formação profissional de jovens carenciados, que tencionasse instalar uma escola para esse efeito.

<sup>324</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 123-124.

<sup>325</sup> Cfr. *supra*, neste número b).

<sup>326</sup> Vem ao caso lembrar que a admissibilidade da *sociedade de uma pessoa só* é, entre nós (e não só), relativamente recente; cfr. *supra*, número 20 b).

Neste último caso, mesmo que se houvesse de concluir que a empresa em causa era comercial — e, falando nós de uma empresa de prestação de serviços (humanitários ou filantrópicos, não importa), caberia qualificá-la desse modo, mormente quando o seu horizonte fosse *também* o mercado <sup>327</sup> —, nem por isso a fundação, sua titular, teria a qualidade de comerciante (art. 13.º, n.º 1.º, CCom). Isto supondo, é claro, que, para além da referida *identidade* entre o objeto da empresa e o fim da fundação, a exploração daquela era funcionalmente subordinada à realização deste último: o *exercício do comércio*, que essa exploração de empresa implicava, ocorria nos *limites das atribuições* da fundação (corpo do art. 17.º CCom *ex vi* § único do mesmo preceito).

f) A situação, que vem de ser referida, respeitava ao exercício de uma empresa por parte de uma fundação — exercício indireto (fundação-titular de empresa em sentido amplo) ou exercício direto (fundação-titular de empresa em sentido restrito) —, apresentando-se esse exercício como o meio *necessário* para a realização do fim da fundação. E, por ser assim, não havia dúvidas que, nessa situação, a assunção das relações jurídicas que o exercício de empresa implicava não contendia com o princípio da especialidade. Mais problemática já poderia ser, contudo, a situação em que, falecendo essa relação de necessidade entre o exercício (direto ou indirecto) de empresa e o fim da fundação, não deixava, todavia, de existir (uma particular) *relação de conveniência* entre ambos. No exemplo (feliz) de Marcello Caetano: a fundação de educação de cegos que tenha um estabelecimento de venda dos artigos por eles fabricados <sup>328</sup>. Com base na ideia, já tão vastas vezes referida, segundo a qual o princípio da especialidade haveria de ser entendido em termos hábeis, existindo uma relação de conveniência, do tipo daquela que o exemplo evidenciava, entre o exercício de empresa e o fim da fundação, a conclusão haveria de ser, também agora, que se tratava do exercício de “direitos civis”, por parte da fundação, “relativos aos interesses legítimos do seu instituto” (art. 34.º, *in fine*, do Código de Seabra); igualmente aplicável seria o corpo do já referido art. 17.º CCom *ex vi* § único do mesmo preceito (conquanto não possam ser comerciantes, as fundações “podem, nos limites das suas atribuições, praticar actos de comércio”).

É claro que a relação de conveniência entre o exercício de empresa e a realização do fim da fundação podia ser mais *lassa*. Estamos agora a pensar nos casos em que o exercício de empresa constituía (apenas mais) um meio de que

---

<sup>327</sup> Cfr. *supra*, número 22 a).

<sup>328</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 99.

a fundação se socorria para obter rendimentos, que depois seriam mobilizados para o conseguimento do respetivo fim (servindo, portanto, a empresa como *fonte de dotação* da fundação) <sup>329</sup>.

Em tais casos, não era apenas a amplitude do princípio da especialidade que poderia dar azo a dúvidas. Era também, particularmente se a fundação fosse, ela própria, titular da empresa em causa, a (*in*)*adequação* da forma jurídica de fundação para assumir essa qualidade, sabendo-se que o respetivo direito não tutela os interesses dos credores em termos semelhantes ao direito das sociedades de capitais (garantia da efectiva realização do capital social e da sua conservação).

Dado o modo como se referia ao caso de “certa Misericórdia que tem um Banco” (note-se que as misericórdias e os asilos são, a par dos institutos de beneficência e caridade, as pessoas coletivas, que, conquanto não possam ser comerciantes, “podem, nos limites das suas atribuições, praticar actos de comércio”: art. 17.º CCom) — dele dizendo tratar-se, em primeira linha, de uma “*exemplificação*” da doutrina do princípio da especialidade —, parecemos legítimo dizer que Manuel de Andrade não via obstáculo, à luz do referido princípio (entendido em termos hábeis, já o sabemos), ao exercício de empresa por parte de uma fundação, não tendo esta com isso em vista senão a obtenção de lucros, que depois mobilizaria para o conseguimento dos seus fins estatutários <sup>330</sup>. Restava, todavia, a questão da (*in*)*adequação* da forma jurídica de fundação para servir, digamos, de *veste* à empresa. Conhecemos já a posição de um importante setor da doutrina alemã sobre tal questão <sup>331</sup>. Por nossa banda, propenderíamos para a defesa, no quadro da nossa ordem jurídica, dessa mesma posição.

g) Em conclusão: na vigência do Código de Seabra, a fundação-titular de empresa era seguramente suscetível de *reconhecimento* nas duas seguintes situações: *i*) quando o exercício de empresa fosse o meio *necessário* para a realização do fim da fundação; *ii*) quando o exercício de empresa fosse o meio *particularmente conveniente*, ou seja, fosse, em si mesmo, *acessório* da realização do fim da fundação. Em ambas as *fattispecies* afirmava-se, porém, a mesma exigência: a relação do meio, que o exercício de empresa era, com o fim, que a

<sup>329</sup> No exemplo já antes dado, a fundação, cujo fim fosse a promoção da investigação científica na área das neurociências, que se tornava sócia (largamente) maioritária de uma a sociedade dona de uma fábrica de cerveja ou que se tornava, ela mesma, proprietária de uma fábrica dessas.

<sup>330</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 124 e nota 1.

<sup>331</sup> Cfr. *supra*, número b).

fundação prosseguia. *Invertendo-se* essa relação, quer dizer, *passando o meio a ser o fim* e, por conseguinte, ficando este funcionalmente subordinado àquele, justificava-se a intervenção das “autoridades tutelares”, decretando a extinção da fundação em causa <sup>332</sup>.

h) Um importante setor da nossa civilística mais conceituada <sup>333</sup> sempre considerou que o art. 160.º, n.º 1, do atual Código civil, aproveitando o essencial da doutrina do art. 34.º do Código de Seabra e, nessa medida, mantendo-se fiel ao princípio da especialidade do fim, refletia a vontade do legislador em lhe alargar o âmbito. É verdade que a referência, constante do mencionado art. 34.º, aos “direitos civis, relativos aos interesses legítimos” do *instituto* das “associações ou corporações [e também das fundações *ex vi* art. 37.º], que gozassem de individualidade jurídica”, podia ser entendida no sentido de que apenas se quisera *capacitá-las* para a prática de atos necessários (imprescindíveis, pois) para a realização dos seus fins estatutários. Todavia, e como antes vimos, a nossa melhor doutrina (nela se contando autores como José Tavares, Cabral de Moncada, Manuel de Andrade e Marcello Caetano) nunca defendeu um entendimento tão *acanhado* do princípio da especialidade; pelo contrário, sempre revelou a preocupação de não deixar de fora (das forças) da capacidade de gozo das pessoas coletivas os atos cuja prática se revelasse *conveniente* para a realização dos fins estatutários da pessoa coletiva em causa (note-se que o Professor Marcello Caetano, referindo-se concretamente às fundações, dizia que elas podiam praticar atos de comércio ou mesmo exercer comércio ou

<sup>332</sup> Tratar-se-ia, afinal, da extinção de uma fundação por o seu fim real deixar de coincidir com o fim expresso no ato de instituição (cfr. o art. 192.º, n.º 2, alínea b), CCiv — antes e depois da alteração introduzida pelo alft. 3.º da Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho —, bem como o art. 35.º, n.º 2, alínea b), da Lei-Quadro das Fundações, aprovada pelo art. 2.º daquela mesma Lei.

Pese embora considerar a hipótese referida no texto, o Professor MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 99, dizia que ela justificava a intervenção das autoridades tutelares, mediante aplicação de sanções disciplinares aos órgãos prevaricadores, e podia fazer incorrer em responsabilidade os titulares desses órgãos intervenientes nas deliberações — ou seja: não fazia referência à extinção da fundação.

<sup>333</sup> Vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. I, 4.ª ed., com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 165, A. FERRER CORREIA, «Le régime juridique...», *Boletim da Faculdade de Direito*, cit., p. 124 s., CARLOS A. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. por A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 318 s., H. HÖRSTER, *A parte geral do Código civil português — Teoria geral do direito civil*, Coimbra, 1992, p. 390 s., e J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil — Teoria geral*, vol. I, cit., p. 261 s. (este último Autor considera, porém, que se impõe dissociar o problema da capacidade de gozo das pessoas colectivas do princípio da especialidade, vindo depois a concluir — afastando-se, assim, da posição dos Autores antes referidos — que os “actos que, singularmente, se afastem do fim da pessoa colectiva” não são nulos por força do art. 294.º CCiv, cuja aplicação entende ser equivocada; cfr. *ob. cit.*, p. 266; sobre o ponto, cfr. *supra*, número 22 d)).

indústria quando fosse *necessário ou conveniente* à realização dos seus fins de utilidade pública <sup>334</sup>).

Pode, pois, afirmar-se que o art. 160.º, n.º 1, CCiv — nele se estatui, recorde-se, que “a capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações *necessários ou convenientes* à prossecução dos seus fins” —, conquanto possa ter inovado em relação ao (seu precursor) art. 34.º do Código de Seabra, não foi além do entendimento doutrinário, afirmado na vigência deste último preceito, sobre o princípio da especialidade. Por outro lado, e olhando agora para o art. 160.º, n.º 2, 2.ª parte, também nele não há qualquer novidade. O *cerceamento* que é feito à capacidade das pessoas coletivas nesse segmento normativo é, em bom rigor, uma *excrescência*; as relações jurídicas de cuja titularidade as pessoas coletivas são aí excluídas pressupõem, pela natureza das coisas, uma pessoa humana como seu titular. E, por isso mesmo, apesar do silêncio da antiga lei, a doutrina não se sentiu impedida de concluir que os direitos e obrigações que sejam inseparáveis da personalidade singular estavam fora da capacidade de gozo de quaisquer pessoas coletivas.

Quanto à 1.ª parte do n.º 2 do art. 160.º CCiv (“direitos e obrigações vedados por lei”), estão primacialmente em causa restrições à dimensão patrimonial da capacidade de gozo das pessoas coletivas, legalmente impostas por razões de interesse público, e que podem não ser comuns a todas elas. Encontrávamos restrições desse tipo, dirigidas às associações e às fundações <sup>335</sup>, no art. 161.º, n.º 2, CCiv. Nos termos do n.º 1 deste artigo, as pessoas coletivas podiam adquirir livremente bens imóveis a título gratuito (era já assim na lição do art. 35.º do Código de Seabra, pós-Reforma de 1930 <sup>336</sup>); o referido n.º 2, por sua vez, fazia depender de prévia autorização do Governo, sob pena de nulidade, a aquisição de imóveis a título oneroso, bem como a sua alienação ou oneração a qualquer título, por banda daquelas mesmas pessoas (a norma arredava as dúvidas, que existiam na vigência do art. 35.º do Código de Seabra, sobre a sanção que cabia às aquisições de imóveis a título oneroso pelas “associações e corporações perpétuas [*scilicet*: constituídas “por tempo indeterminado”] de utilidade pública” <sup>337</sup>).

<sup>334</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 99.

<sup>335</sup> Lembre-se que as normas constantes do capítulo II (do título II do livro I) do Código civil (arts. 157.º a 194.º) não são aplicáveis apenas às “associações que não tenham por fim o lucro económico dos seus associados”; o seu âmbito de aplicação estende-se, outrossim, “às fundações de interesse social” (art. 157.º CCiv).

<sup>336</sup> Cfr. *supra*, nota 318.

<sup>337</sup> Dando conta dessas dúvidas, *vide* MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 166 s.

O art. 161.º não resistiu à Reforma do Código civil, pós-Constituição de 1976: a restrição ao direito de livre associação, que ele representava <sup>338</sup>, sobrepujou a preocupação de raiz liberal com os bens de mão-morta <sup>339</sup>.

Pela razão antes aduzida <sup>340</sup>, o princípio da especialidade do fim, constante do art. 160.º, n.º 1, CCiv, vale para as fundações. Consequentemente, a amplitude que se entende caracterizar esse princípio — hoje (na vigência do referido preceito do atual Código civil) como ontem (na vigência do art. 34.º do Código de Seabra), note-se — *capacita* sobremaneira essas pessoas jurídicas. Ouçamos Ferrer Correia (que nos dispensamos de traduzir): “(...) *la fondation portugaise jouit d'une liberté de mouvements très large. Elle peut recevoir des libéralités, soit par acte entre vifs, soit par testament, ce qui lui permettra d'augmenter son patrimoine et de dépasser largement, en ce qui concerne l'étendue de ses activités, je ne dirai pas les intentions, mais les prévisions du fondateur. Qui plus est, elle sera à même d'enfler son capital grâce à des investissements heureux. Car nous savons qu'il ne faut pas prendre trop strictement la règle de la spécialité et que le but désintéressé d'une œuvre n'exclut nécessairement pas l'exercice de toute activité industrielle ou commerciale: il suffit, pour que ces activités soient licites, qu'elles demeurent utiles à la réalisation de l'objet de la fondation*” <sup>341</sup>.

A persistência do entendimento da (*grande*) amplitude da capacidade de gozo das fundações, de que estes dizeres de Ferrer Correia constituem prova, torna claro, e a todas as luzes, que as duas *fattispecies* de fundação-titular de uma empresa (fundação-titular de empresa em sentido amplo e fundação-titular de empresa em sentido estrito), a que antes nos referimos, e cuja admissibilidade nos parecia inquestionável, na vigência do art. 34.º do Código de Seabra <sup>342</sup>, continuaram a ser suscetíveis de reconhecimento, com a sua consequente personificação. Quer até parecer-nos que Ferrer Correia, à semelhança de Manuel de Andrade <sup>343</sup>, não fazia depender a licitude do exercício de empresa de outra

<sup>338</sup> Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, *Parte Geral, Pessoas*, cit., p. 679.

<sup>339</sup> Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. I, 4.ª ed., cit., p. 165 s.

<sup>340</sup> Cfr. *supra*, nota 336.

<sup>341</sup> Cfr. “Le régime juridique...”, *Boletim da Faculdade de Direito*, cit., p. 125 (os sublinhados são nossos). Ao tempo em que Ferrer Correia escrevia, vigorava ainda a norma do art. 161.º, n.º 2, CCiv — uma norma que estava longe de colher a simpatia do Mestre de Coimbra (*idem, ibidem*). Cabe dizer que o art. 11.º da já referida Lei-Quadro das Fundações repristina, ainda que só parcialmente, a doutrina da 2.ª parte do n.º 2 do art. 161.º CCiv; lê-se aí o seguinte: “No caso de fundações privadas com estatuto de utilidade pública e fundações públicas, a alienação de bens da fundação que lhe tenham sido atribuídos pelo fundador ou fundadores, como tal especificados no ato de instituição, e que revista especial significado para os fins da fundação, carece, sob pena de nulidade, de autorização da entidade competente para o reconhecimento”.

<sup>342</sup> Cfr. *supra*, neste número e) e f).

<sup>343</sup> Cfr. *supra*, neste número f).

condição que não fosse a da sua *utilidade* para a realização do fim da fundação sua titular <sup>344</sup> (nas suas próprias palavras: “il suffit (...) qu’elles [as actividades comerciais e industriais] demeurent utiles à la réalisation de l’objet de la fondation”) <sup>345</sup>.

A *capacitação* das fundações, que se logra com a *maleabilidade*, ou melhor, a *manuseabilidade* do princípio da especialidade do fim, consagrado no art. 160.º, n.º 1, CCiv (que lhes é aplicável), fica claramente a perder em relação àquela que lhes é atribuída no quadro do pensamento de um outro setor da nossa civilística, minoritário, mas igualmente conceituado, que defende a *obsolescência* do referido princípio ou, o que vai dar (quase) ao mesmo, que propõe a sua *substituição* pelo regime constante do art. 6.º CSC <sup>346</sup>.

Parece-nos, em todo o caso, que, nem assim, deverão ser admitidas as fundações que lancem mão do exercício de empresas para delas fazerem a sua fonte de dotação <sup>347</sup>.

24. Desde a sua *reabilitação*, no último quartel do século XIX <sup>348</sup>, e por cerca de um século, as fundações foram predominantemente olhadas, na generalidade dos países europeus, como *resquícios* de épocas antigas, que se julgavam definitivamente superadas, em que o Estado não revelava qualquer preocupação com a sorte dos pobres e dos fracos, que eram seus cidadãos. A afirmação e o crescente aprofundamento de uma nova conceção do Estado — o *Estado social*, pois claro <sup>349</sup> —, tidos como verdadeiros *acquis* civilizacionais, acabariam, mais tarde ou mais cedo, por tornar as fundações em *coisas supérfluas*, porventura, *esotéricas*. Subsistiriam apenas porque continuaria a existir sempre alguém que almejara, não importa com que móbil, que a sua vontade valesse

<sup>344</sup> A tal relação *mais lassa* de conveniência entre o exercício de empresa e a realização do fim da fundação, a que antes aludimos (cfr. *supra*, neste número f)).

<sup>345</sup> Por nossa banda, não cremos que o argumento, antes invocado (na esteira, lembre-se, de um importante setor da doutrina alemã), contra a admissibilidade da fundação, que lança mão do exercício de empresa(s) para dela(s) fazer a(s) sua(s) fonte(s) de dotação, tenha perdido valimento com o atual Código civil; continuamos, pois, a entender que a forma jurídica de fundação não pode ser entendida como *mais uma forma* de organização da empresa (cfr. *supra*, neste número f)).

<sup>346</sup> No primeiro sentido, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado do Direito Civil*, vol. IV, *Pessoas, Parte Geral*, cit., p. 671 s. (“o chamado princípio da especialidade não tem hoje alcance dogmático” — p. 677); no segundo, cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 154 s. (“o regime do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais é mais recente e mais moderno do que o artigo 160.º do Código Civil. É também mais razoável e adequado às necessidades da vida de relação dos nossos dias” — p. 174).

<sup>347</sup> Cfr. penúltima nota.

<sup>348</sup> Cfr. *supra*, números 15 a 18.

<sup>349</sup> Isto na Europa do ocidente. No lado oriental do continente, a utopia era ainda mais radical, defendendo-se que incumbia ao Estado promover uma organização social assente no princípio de *a cada um segundo as suas necessidades*.

para além da sua própria morte. E essa seria uma vontade que merecia ser juridicamente tutelada, no pressuposto de que a *obra* (de beneficência ou de filantropia) que a concretizava revestisse interesse social ou, quando menos, não fizesse perigar o bem comum.

a) Esse juízo sobre o futuro das fundações, que a sua história multissecular alicerçava — lembrem-se aqui apenas as fundações alimentares privadas e públicas do período do Principado <sup>350</sup> e as *piæ causæ* da época pós-clássica e da época justinianeia <sup>351</sup> —, tinha do seu lado a *estatística*. As fundações escasseavam — o número de fundações constituídas, na generalidade dos países europeus, entre o último quartel do século XIX e o último quartel do século XX (o período que agora nos importa), foi, de facto, muito reduzido, mormente quando comparado com o das pessoas coletivas de *base corporativa* com fim interessado ou egoístico (fim ideal ou fim económico-não lucrativo) instituídas nesse mesmo período — e, salvas algumas (poucas) exceções <sup>352</sup>, não assumiam significativa relevância scioeconómica.

Não admira, por isso, que o legislador tivesse deixado de lhes prestar atenção — note-se que a primeira lei francesa sobre as fundações é de 1987; e, se é verdade que os códigos civis de Itália e de Portugal foram promulgados antes do último quartel do século XX, não é menos certo que o direito das fundações deles constante era já *antigo*, por isso que era similar ao do BGB (1900) <sup>353</sup> — e que a doutrina, com exceção de “alguns especialistas”, tivesse feito outro tanto.

b) A dado momento, e como que de repente, tudo isso mudou. O número de fundações cresce exponencialmente <sup>354</sup>. As intervenções legislativas — dis-

<sup>350</sup> Cfr. *supra*, número 3 a) e b).

<sup>351</sup> Cfr. *supra*, números 8, 9 e 10.

<sup>352</sup> No que nos diz diretamente respeito, no período referido no texto, a Fundação Calouste Gulbenkian foi uma “flor no deserto”; sobre os *sobressaltos* provocados pela instituição dessa *rainha* das fundações portuguesas, cfr. A. FERRER CORREIA, “Contribuição...”, *RLJ*, cit., p. 162 s.

<sup>353</sup> Cfr. *supra*, número 19.

<sup>354</sup> Segundo SCHLÜTER/STOLTE, *Stiftungsrecht ob. cit., Einleitung*, anot. 12, do total das fundações integrantes a *Bundesverband Deutscher Stiftungen* no final de 2006, metade fora instituída a partir de 1995. O que significa — e são os mesmos autores a afirmá-lo — que nesse período de (cerca de uma década) foram instituídas mais fundações do que as que mantiveram existência nos dez séculos anteriores. Expressamente referido por SCHLÜTER/STOLTE, *ob. cit., loc. cit.*, é também o caso de Portugal; mais de metade das fundações existentes entre nós em 2006-2007 foi, segundo dizem, instituída a partir da década de oitenta do século XX (cfr. ainda J. J. SOUSA RIBEIRO, “As fundações no Código civil...”, *Lusíada — Revista de Ciência e Cultura*, cit., p. 79, nota 46, com mais indicações estatísticas respeitantes a Portugal).

sessem-se elas de *modernização* ou de *reforma* — sucedem-se<sup>355</sup>. A doutrina descobre o instituto e afadiga-se no seu estudo. Em síntese: assiste-se ao *renascimento* do fenómeno fundacional.

A principal causa desse renascimento cedo foi identificada: a *crise* do Estado social (ou Estado-providência)<sup>356</sup>, que trouxe (de novo) à tona a necessidade de encontrar resposta para as necessidades (de bens ou serviços) sociais fora da esfera do setor público (*scilicet*: fora do *Government Sector*), sem, contudo, remeter a satisfação dessas mesmas necessidades para o mercado (*scilicet*: para o *Business Private Sector*), o que significaria submetê-la à lógica do lucro, que é apanágio de todos quantos nele (inter-)agem. Fala-se, a este propósito — e já estamos a ver porquê — de *terceiro setor* ou, na terminologia americana (há muito consagrada<sup>357</sup>) de *nonprofit sector*. É claro que os *protagonistas* (as “entidades” como sói dizer-se) deste setor — que alguns dizem ser *novo*, mas que aos nossos olhos, e como as *piæ causæ* da época justinianeia exuberantemente evidenciam, vem de muito longe — não são apenas as fundações; existem mesmo algumas (*modalidades*) delas, cuja admissibilidade vem sendo crescentemente afirmada — umas vezes pela doutrina, outras vezes pelas próprias leis: falamos de certas fundações de família<sup>358</sup>, de fundações para o fundador<sup>359</sup> e de fundações para a própria empresa<sup>360</sup> —, e que, por prosseguirem fins de utilidade particular, nele não cabem.

<sup>355</sup> Exemplificativamente: na Holanda (1976); na Dinamarca (1984); em França (1987); na Polónia (1991); na Áustria (1993); em Espanha (1994); na Suécia (1994); em Itália (2000); na Alemanha (2002); na Suíça (2004); em Portugal (2012; o processo de reforma do nosso direito das fundações teve, porém, início em 1999: cfr. J. J. SOUSA RIBEIRO, “As fundações no Código civil...”, *Lusíada — Revista de Ciência e Cultura*, cit., p. 79 s.).

Igualmente conhecida é uma Proposta de Regulamento relativo ao Estatuto da Fundação Europeia (*Fundatio Europaea*), apresentada pela Comissão, em 8 de Fevereiro de 2012, com base no art. 352.º do TFUE.

<sup>356</sup> Isto nos países da Europa ocidental; nos países do Leste, a causa foi outra: o colapso do comunismo.

<sup>357</sup> É de todos sabido que, nos Estados Unidos da América, as fundações — *maxime*, as *grant-making foundations* (as fundações Ford, Carnegie e Rockefeller, constituem exemplos paradigmáticos) — assumiram, ao longo do século XX, uma relevância socioeconómica deveras significativa, ao contrário, pois, do que aconteceu na Europa. E é comum dizer-se que foi assim por causa da influência da *ética protestante*, assente na ideia de redenção, que passa pela devolução à sociedade (de parte) dos proventos por ela propiciados. Não comungamos inteiramente deste entendimento. E isto por duas ordens de razões. Por um lado, muitos países europeus, que se tornaram os mais ricos (ao longo do século XX), cedo abraçaram o protestantismo. Por outro lado, a ideia da redenção, através da devolução à sociedade (de parte) da riqueza por ela propiciada, remonta, pelo menos, à Patrística (doutrina da “*portio-Christi*”; cfr. *supra*, número 9.) e, por isso mesmo, não pode dizer-se atributo da ética protestante.

Parece-nos, pois, mais curial imputar a grande importância socioeconómica das fundações, no século vinte norte-americano, à inexistência do Estado social.

<sup>358</sup> Cfr. *supra*, número 21 a) e b).

<sup>359</sup> Cfr. *supra*, número 20 b).

<sup>360</sup> Cfr. *supra*, número 20 a).

Esta *redescoberta* por parte do Estado, na generalidade dos países europeus, da imprescindibilidade de um setor económico-empresarial que o *liberta* do encargo de cuidar dos pobres e dos fracos, que são cidadãos seus, no quadro de um *círculo vicioso* de menor riqueza ao seu dispor e de maior número desses seus cidadãos, subtraindo, do mesmo passo, o cumprimento das correspondentes tarefas à lógica do mercado e, nessa medida, a coberto das insuficiências que este decerto revelaria (*contract failure*), para ter êxito, reclamava obviamente o *engajamento* da chamada “sociedade civil”, mormente dos seus membros mais *abastados* (financeiramente falando, e não só: sobremaneira importante era também o engajamento dos cidadãos *ricos-em-tempo*, e daí a sublimação do voluntariado <sup>361</sup>).

Em tempos idos, conseguira-se isso com base na *razão teleológica* — lembre-se aqui a doutrina da *portio-Christi*, desenvolvida pela Patrística <sup>362</sup>. Modernamente, não obstante continuar eventualmente a existir quem se baste com essa (louvável) razão religioso-espiritual, a verdade é que ela, só por si, não *comoveria* a generalidade dos cidadãos. O Estado soube, porém, encontrar *sucedâneo*, o qual sucedâneo foi a *razão fiscal*, isto é, o tratamento fiscalmente benévolo das *boas obras*.

Fosse apenas o *preenchimento* do espaço, que a retração do Estado social abriu, a estar em causa e, por certo, não teria havido a necessidade do afã legislativo, a que antes nos referimos, em matéria de fundações. Queremos nós com isto dizer que, para fazer das fundações (de novo) protagonistas do *terceiro setor* — a par, reitere-se, de várias outras *entidades*, com estruturas jurídicas as mais diversas —, não se tornava necessário alterar, em certos casos de *fond en comble*, o seu antigo direito.

c) Exemplo paradigmático é a lei austríaca de 14 de Outubro de 1993 (em vigor desde 1 de Setembro de 1993), oficialmente designada *Privatstiftungsgesetz* (PSG), assim se fazendo juz à sublimação da autonomia privada que a inspira <sup>363</sup>. Não nos alongaremos aqui na análise desta lei. Cingindo-nos ao

<sup>361</sup> Vide, por exemplo, a Decisão do Conselho, de 27 de Dezembro de 2009, relativa ao Ano Europeu das Atividades de Voluntariado que Promovam a Cidadania Activa (JO L 17/43, de 22 de Janeiro de 2010).

<sup>362</sup> Cfr. *supra*, número 9.

<sup>363</sup> O modelo do legislador austríaco foi (assumidamente) o “direito das fundações”, constante dos arts. 552 a 570 da lei das sociedades de pessoas e de capitais do Liechtenstein, de 20 de Janeiro de 1926. Note-se, porém, que esse direito desta conhecida *praça financeira* foi posteriormente alterado (lei de 26 de Junho de 2008, em vigor desde 1 de Abril de 2009), com o objetivo de tornar o instituto *menos propício* aos crimes de evasão fiscal e de branqueamento de capitais (sobre essa reforma, cfr., por exemplo, PH. LENNERT/H. CH. BLUM, “Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht: Zivil- und steuerrechtliche Einordnung nach der Stiftungsrechtsreform”, ZEV 2009, p. 171 s.). [Fora do espaço

essencial, comecemos pelo conceito de “fundação privada”, constante do § 1: um sujeito de direito (*Rechtsträger*), ao qual o fundador (uma ou mais pessoas humanas ou pessoas jurídicas: § 3) afeta um património (no valor mínimo de 70 000 euros: § 4), para servir a realização de um fim permitido, fixado pelo fundador, através do seu aproveitamento, administração e valorização. Da gama dos possíveis fins de tal fundação (nestes incluídos *fins egoísticos*), que pode ser instituída em vida (§ 7) ou por morte (§ 8), e cuja *personificação* ocorre por efeito do registo (“*in das Firmenbuch*”) são (apenas) expressamente excluídos (i) o exercício de uma atividade comercial ou industrial que vá para além de uma atividade acessória, (ii) o exercício de funções de administração numa sociedade comercial e (iii) a assunção da qualidade de sócio de responsabilidade ilimitada numa sociedade de pessoas registada (§ 1 Abs. 2, Nrs. 1, 2 e 3).

A *liberdade* (ou, dizendo de outro modo, o *espaço da autonomia privada*) do fundador estende-se a vários outros domínios. Cabe-lhe, desde logo, deter-

---

uropeu, o modelo da “fundação privada” foi também adotado no Panamá (lei de 12 de Julho de 1995) e nas Bahamas (“Foundations Act” de 2004).]

É de todos conhecida a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a liberdade de estabelecimento (arts. 49.º a 55.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, hoje vigente) em matéria de sociedades, da qual resultou o *sacrifício* (nos Estados-Membros e nos países do Espaço Económico Europeu) da *teoria* (do lugar) *da sede* a favor da *teoria* (do lugar) *da constituição* (acórdão-“*Daily Mail*”, de 27 de Setembro de 1988, Proc. C-81/87, *Colectânea* 1988, p. 5483 s.; acórdão-“*Centros*”, de 9 de Março de 1999, Proc. C-212/97, *Colectânea* - I 1999, p. 1459 s.; acórdão-“*Uberseering*”, de 5 de Novembro de 2002, Proc. C-208/00, *Colectânea* - I 2002, p. 9919 s.; acórdão-“*Inspire Art*”, de 30 de Setembro de 2003, Proc. C-167/01, *Colectânea* I 2003, p. 10155 s.; acórdão-“*Sevic*”, de 13 de Dezembro de 2005, Proc. C-411/03, *Colectânea* I 2005, p. 10805 s.).

Como decorre do art. 54.º, 2.ª alínea, TFUE, a liberdade de estabelecimento *aproveita* às “sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e [às] outras pessoas coletivas de direito público ou privado, com exceção das que não prossigam fins lucrativos”. É verdade que as fundações não “prosseguem fins lucrativos”. Mas tal não implica que todas elas estejam fora do âmbito de aplicação do preceito. E a razão é simples: o “fim lucrativo”, cujo prosseguimento o preceito exige, não tem que ser o fim principal da pessoa coletiva; basta que seja um fim acessório da realização desse fim. Ora, nas fundações-titulares de empresa (em sentido estrito ou em sentido amplo) existe, quando menos, um fim lucrativo com essa característica (de acessoriedade).

Daqui não decorre, contudo, que o afastamento da teoria da sede (também) em matéria de fundações deva ser havido como inquestionável. Ao contrário das sociedades, as fundações não são autocontroladas, pela razão simples, mas decisiva, de que não têm membros; e, por conseguinte, não pode prescindir-se da sua heterovigilância, que só as autoridades (do local) da sede estão em condições de exercer. Ademais, a aplicação da teoria (do local) da constituição só se justifica quando os potenciais credores da pessoa coletiva (constituída em país estrangeiro: no caso, num outro Estado-Membro ou num país do Espaço Económico Europeu) estão suficientemente informados que o seu parceiro contratual não está sujeito aos preceitos jurídicos do Estado, no qual essa mesma pessoa colectiva tem a sua sede efetiva. Imprescindível é, pois, um regime de registo (*scilicet*: de publicidade), que, sendo típico do direito das sociedades, não se alarga (em muitos dos Estados-Membros) ao direito das fundações.

Resta, por agora, esperar pela eventual intervenção do Tribunal de Justiça (*Roma locuta, causa finita*). Fica, contudo, já aqui dito o seguinte: se essa intervenção se concretizar e a *resposta* implicar o *sacrifício* da teoria (do local) da sede, à semelhança, pois, do que aconteceu em matéria de direito das sociedades, a “*race to the bottom*” (ou *harmonização regressiva*) a que assistimos no quadro desse direito, em consequência da jurisprudência antes referida, alargar-se-á às fundações.

minar (na *Stiftungserklärung*) o(s) beneficiário(s) da fundação (§ 5 e § 9 Abs. 1, Nr. 3); cabe-lhe determinar isso, e também lhe cabe determinar para quem reverterá o patrimônio remanescente da fundação, após a sua extinção e liquidação (§ 6 e § 9 Abs. 2, Nr. 12). E não é tudo. Para além de poder optar pela instituição de uma fundação por tempo determinado ou por tempo indeterminado (§ 9 Abs. 1, Nr. 6), o fundador pode ainda reservar-se o direito de revogar a fundação por si instituída (§ 9 Abs. 2, Nr. 8, e § 34). Este direito de revogação da fundação, cujo exercício não está sujeito a outra condição que não seja a vontade do fundador, tem, porém, natureza pessoalíssima, não se transmitindo, pois, aos respetivos herdeiros (§ 3 Abs. 3) — note-se que, segundo o § 36 Abs. 4, ocorrendo a extinção da fundação, em consequência da sua revogação, no silêncio da *Stiftungserklärung*, o beneficiário do patrimônio remanescente é o próprio fundador —, o que significa que se está em presença de um direito temporalmente limitado (*caduca* com a morte do fundador). Esta preocupação em não permitir que o direito de revogação da fundação viesse a *eternizar-se* explica que dele não gozem os fundadores-pessoas jurídicas (§ 34, *in fine*) — estas são hoje constituídas, via de regra, por tempo indeterminado e, nessa medida, *permanecem* no tempo, como que continuando indefinidamente “vivas”.

Este regime foi claramente pensado para remover os obstáculos, que eram tradicionais, à admissibilidade da *fundação para o fundador* (fundação com *fim egoístico*, pois), e que se entendia decorrer do próprio conceito de fundação<sup>364</sup>. Esta foi assim transformada num mecanismo de *asset protection* (à semelhança, diga-se, do que há muito acontecia com o *trust* do direito anglo-americano), sendo, afinal das contas, o próprio legislador a oferecer aos (que levam vida de) ricos um meio de frustrarem as possibilidades dos seus credores (ricos ou pobres, não interessa) os *responsabilizarem*.

Igualmente removidos foram os obstáculos, também eles tradicionais, à admissibilidade da *fundação de sustento*, em particular, a fundação cujo fim é a *manutenção* (de um nível de vida que se julga conforme com a linhagem) dos membros da família do fundador e, eventualmente, também dele próprio<sup>365</sup>. Esta modalidade de fundação de utilidade/interesse particular oferece-se, também ela, como um mecanismo de *asset protection* — de proteção do patrimônio da família em causa, é claro —, levantando(-nos), por isso, as mesmas objeções que a fundação para o fundador. Acrescente-se que a solução de fazer de uma

<sup>364</sup> Cfr. *supra*, número 20 b).

<sup>365</sup> Cfr. *supra*, número 21.

fundação a *dona* do património de uma família, correspondendo obviamente à vontade do fundador, pode não ser do interesse de todos os seus beneficiários — dos membros da família à data da instituição da fundação e dos seus descendentes. Estes últimos — mas só eles, por força da lei da vida — poderão alterar essa situação de *aprisionamento* da sua herança. Decorre isto mesmo do § 35 Abs. 2, Nr. 3, PSG: uma fundação privada (de utilidade particular) que tenha predominantemente por fim o “sustento” (*Versorgung*) de pessoas humanas tem a duração máxima de 100 anos, podendo ser prorrogada por um período não superior a esse com o consentimento de todos os seus últimos beneficiários.

Discutido na doutrina austríaca é, ainda hoje, o âmbito da proibição, que se entende não ter sido arredada pelo legislador, da fundação cujo fim se esgota na administração e na perpetuação do seu próprio património, isto é, da fundação sem *hetero-destinação* — *fundação para a fundação*, já assim lhe chamámos <sup>366</sup> (a doutrina austríaca, à semelhança da sua congénere alemã, fala de *Selbstzweckstiftung* e *Thesaurierungsstiftung*). Há, com efeito, quem defenda que, sendo a fundação titular de uma empresa, a perpetuação e o desenvolvimento desta podem traduzir-se no prosseguimento de um fim externo à fundação em causa, que assim escapará à referida proibição. Será esse o caso, desde logo, quando *associada* à perpetuação e ao desenvolvimento da empresa esteja, por exemplo, a promoção de uma determinada região, que se sabe desfavorecida, e na qual, por isso mesmo, a criação e a manutenção de postos de trabalho assumem particular relevância social. A par deste caso, é habitualmente referido aqueloutro em que, segundo os estatutos da fundação, os réditos proporcionados pela exploração da empresa, que não venham a mostrar-se necessários para a sua perpetuação e desenvolvimento, serão destinados à realização de um fim social (*v. g.*, promoção da cultura, da investigação científica, da defesa do ambiente).

Este *estreitamento* do âmbito da proibição da *Selbstzweckstiftung* é contestado por um outro setor da doutrina austríaca. A *externalidade* do fim da fundação, que é da essência desta, não se alcança pelas eventuais externalidades advenientes do prosseguimento de um fim interno (*scilicet*: de auto-destinação) <sup>367</sup>.

<sup>366</sup> Cfr. *supra*, número 20 a).

<sup>367</sup> Referindo essa divergência doutrinária, cfr. P. MELICHAREK, *Der Ausstieg aus der österreichischen Privatstiftung* (2006), p. 9, acessível no nome de sítio: <http://www.advocatur-bureau.at> (visitado em 14 de Março de 2013).

d) Sem ter ido tão longe como a lei austríaca, as diferentes leis antes referidas <sup>368</sup>, sendo também elas expressão do movimento de *liber(t)ação* das fundações das suas velhas *amarras* dogmáticas, trouxeram algumas *inovações* dignas de nota. Assim, e por exemplo, a lei suíça de 8 de Outubro de 2004, veio permitir (art. 86a ZGB) a *alteração* do fim da fundação, mediante pedido do fundador, no duplo pressuposto de *i*) este se ter reservado esse direito no ato de fundação e de *ii*) terem decorrido pelo menos 10 anos sobre a data da constituição da fundação ou sobre a data da última modificação por si requerida. Esta solução implica uma brecha, sobremaneira significativa, no *princípio da separação* entre a fundação e o fundador. A fundação poderá, por simples ato de vontade do fundador, deixar de ser aquela que, em certo momento (anterior), essa mesma vontade quisera que ela fosse. Em certo sentido, pode dizer-se que o fundador, passados 10 anos sobre a data da constituição da fundação, é livre de *revogar*, ficando, todavia, obrigado a afetar o respetivo património a uma nova fundação.

e) Um exemplo mais. É ele o da lei espanhola 30/94, de 24 de Novembro — uma lei pós-Constituição (1978), em cujo art. 34 é expressamente reconhecido “el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley” —, na parte respeitante às fundações-titulares de empresa. Nos termos do art. 23, n.º 6, “la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales”. Deste preceito decorre, e de forma inequívoca, que a fundação, como pessoa jurídica que é — “Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de las Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley” (art. 3) —, pode explorar directamente uma empresa cuja propriedade lhe caiba, sem recurso a qualquer outra forma jurídica que não a sua (fundação-titular de empresa em sentido estrito). Mais duvidosa já é a questão de saber se há-de tratar-se de uma empresa cuja exploração serve diretamente o prosseguimento do fim da fundação (*identidade* entre o fim da fundação e o objeto da empresa) ou, ao invés, se apenas se exige que os rendimentos da exploração da empresa, qualquer que seja o objeto desta, sirvam para a realização do fim da fundação <sup>369</sup>.

<sup>368</sup> Cfr. *supra*, nota 355.

<sup>369</sup> Mais desenvolvidamente, vide LUCÍA LINARES ANDRÉS, “Stiftungen im spanischen Recht”, in: *Stiftungsrecht in Europa*, cit., p. 497 s.

A participação de fundações no capital das sociedades comerciais é objeto de uma previsão expressa — o art. 22, epígrafado “*actividades mercantiles e industriales*”. Nos termos do n.º 1 deste preceito “las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales”; o n.º 2, por sua vez, reza assim: “cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la Fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad”. A *ratio* destas disposições é impedir (não totalmente, como decorre da leitura do n.º 2) que as fundações, que “tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general” (art. 1, n.º 1), corram o risco de ver esse seu património consumido, a qualquer momento, para satisfação dos credores da sociedade (de responsabilidade ilimitada)<sup>370</sup>. Quanto à aquisição de *participações maioritárias* em sociedades de responsabilidade limitada (fundação-titular de empresa em sentido amplo), rege o n.º 3 do art. 22: as fundações estão (apenas) obrigadas a “dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado [exercido pela Administração Geral do Estado, e que ‘facilitará el recto ejercicio del derecho de Fundación y asegurará la legalidad de su constitución y funcionamiento’: art. 32] en cuanto ésta se produzca”. Nada se diz, pois, sobre o *tipo de relação* que há-de interceder entre o objeto da empresa explorada pela sociedade da qual a fundação é sócia maioritária e o próprio fim desta.

f) A lei alemã (de 15 de Julho de 2002, recorde-se) terá sido a mais *conservadora*, em termos dogmáticos. Dela se diz que não trouxe “keine Reform des Stiftungsrecht”, e, mesmo no que respeita à “modernização” deste direito — lembre-se que a referida lei tomou essa designação —, não se foi além da *linguagem* da lei, sem impacto, pois, no seu *conteúdo*. Em síntese: não houve reforma do direito das fundações e a sua modernização redundou em “melhoramentos cosméticos” (*kosmetische Verbesserungen*)<sup>371</sup>. Seria caso para dizer que “a montanha pariu um rato” (no interesse de alguém, como a seguir se verá).

<sup>370</sup> Dir-se-ia que o legislador espanhol teve em boa conta as reservas que um setor da doutrina alemã sempre pôs à participação das fundações em sociedades comerciais, que acarretasse a qualidade de sócio de responsabilidade ilimitada (cfr. *supra*, número 23 b)). De resto, já acontecera outro tanto com o legislador austríaco (cfr. *supra*, neste número c)).

<sup>371</sup> Cfr. D. REUTER, *Münchener Kommentar*, cit., *Vorbemerkung* § 80, anot. 25.

O debate, que precedeu a publicação da lei em referência, teve início em 1997, com a publicação de um projeto da *Bundnis 90/Die Grünen*, cujas linhas essenciais eram a adoção do sistema *normativo* (em tudo semelhante ao consagrado no BGB para as associações de fim ideal) e a consagração de restrições muito claras às fundações de família e às fundações-titulares de empresa <sup>372</sup>. Seguiu-se (em 1999) o projeto do FDP, bem menos restritivo no que tange às duas referidas modalidades de fundações, e que abolia, também ele, o sistema de *concessão*: a aquisição de personalidade jurídica pela fundação era feita depender do seu registo, cuja competência seria das autoridades dos *Länders*, que antes eram competentes para a *autorização/permissão* da fundação <sup>373</sup>. Ainda em 1999, foi conhecido um outro projeto, agora da responsabilidade da CDU/CSU: a sua nota mais característica era a criação de uma *Autoridade*, independente do poder político, segundo o modelo da *Charity Commission* (inglesa), que funcionaria como instância de registo e de fiscalização das fundações.

Fora do Parlamento, a doutrina afadigou-se na análise desses projetos, e foram inúmeras as propostas provenientes de grupos-de-interesse e das associações do setor <sup>374</sup>.

Quando, no final, a opção do legislador foi a de não avançar com uma verdadeira reforma do direito das fundações, quedando-se pela sua “modernização”, todos reconhecem que isso ficou fundamentalmente a dever-se ao *lobby* dos *Länder* <sup>375</sup>, que não queriam perder a sua antiga influência sobre o referido direito, dispondo das suas próprias leis, a cuja luz lhes cabia a *autorização* de quaisquer fundações, bem como a fiscalização destas <sup>376</sup>. Tendo do seu lado a poderosa *Bundesverband Deutscher Stiftungen*, os *Länder* conseguiram impor a constituição de um “Grupo de Trabalho” (*Bund-Länder-Arbeitsgruppe “Stiftungsrecht”*), maioritariamente composto por elementos que lhes eram afetos. A principal conclusão deste “Grupo de Trabalho” — e, como diz Hüttemann, “angesichts ihrer Zusammensetzung wenig überraschend” <sup>377</sup> — foi a de que o vigente direito das fundações (*Bundes-und Landesrecht*) “dera, no essencial,

---

<sup>372</sup> Nesse ponto, o projeto seguia o entendimento (já à época minoritário) de D. Reuter e P. Rawert (cfr. *supra*, número 21 a) e número 23 b)).

<sup>373</sup> Cfr. *supra*, nota 219.

<sup>374</sup> Cfr., com múltiplas referências, R. HÜTTEMANN, “Das Gesetz...”, *ZHR* cit., p. 38 e notas 9 e 10,

<sup>375</sup> Cfr. D. REUTER, *Münchener Kommentar*, cit., *Vorbemerkung* § 80, anots. 20 s.

<sup>376</sup> Cfr. *supra*, nota 219.

<sup>377</sup> “Das Gesetz...”, *ZHR* cit., p. 39.

boas provas” (*grundsätzlich bewährt habe*), não carecendo, por isso mesmo, de reforma <sup>378</sup>.

Quanto aos “melhoramentos cosméticos” de que, no quadro desse entendimento, o direito das fundações foi objeto, cabe destacar, em primeiro lugar, a *uniformização* dos pressupostos de constituição de uma fundação de direito privado, dotada de personalidade jurídica: esses pressupostos são hoje exclusivamente os constantes do BGB, estando as leis dos *Länder* impedidas de deles se afastarem. Por outro lado, continuando a fazer-se depender a aquisição de personalidade jurídica pela fundação de um ato administrativo conformador de uma relação jurídico-privada, que se manteve na competência (das autoridades) do *Land*, no qual a fundação terá a sua sede, ou seja, mantendo-se o sistema de *concessão*, cedeu-se ao espírito do tempo <sup>379</sup>, substituindo o termo *Genehmigung* pelo termo *Anerkennung* (§ 80 Abs. 1 BGB). Por último, mas não em importância, consagrou-se expressamente o *direito do fundador* ao “reconhecimento” (*Anerkennung*) da respetiva fundação, quando o negócio que a institui contenha os elementos (mínimos) referidos no § 81 Abs. 1 BGB, se afigure assegurada a realização, de forma duradoura e persistente, do fim da fundação e este não faça perigar o bem comum (*princípio da neutralidade*) <sup>380</sup>. A consagração deste direito do fundador reflete uma clara mudança de paradigma; o anterior legislador do BGB encarava o *ato de fundar* como uma simples declaração de vontade tendente à promoção do bem comum, que poderia ser ou não aceita, o seu legislador atual vê nesse ato o exercício de um *direito fundamental* e, como tal, constitucionalmente protegido <sup>381</sup>.

Em contraste com o *comedimento* da lei temos a *ousadia* da doutrina, que agora defende, quase *ad una voce*, e sem quaisquer reservas <sup>382</sup>, as fundações de família <sup>383</sup> e as fundações-titulares de empresa <sup>384</sup>, bem como, embora mais

<sup>378</sup> Cfr., por exemplo, D. REUTER, *Münchener Kommentar*, cit., *Vorbemerkung* § 80, anot. 21.

<sup>379</sup> Cfr. *supra*, nota 219.

<sup>380</sup> Cfr. *supra*, número 16 c) e nota 222.

<sup>381</sup> Desenvolvidamente, para além da obra pioneira de J. A. FROWEIN, *Grundrecht auf Stiftung*, *passim*, München, 1976, cfr., por exemplo, D. REUTER, *Münchener Kommentar*, cit., *Vorbemerkung* § 80, anots. 28 s.

<sup>382</sup> Cfr. *supra*, número 21 a) e número 23 b).

<sup>383</sup> Cfr., com múltiplas referências no mesmo sentido, G. CH. SCHWARZ, “Zür Zulässigkeit landesrechtlicher Vorschriften über die Familien- und Unternehmensstiftung”, *ZEV* 2003, p. 307 s., U. BURGARD, *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, Köln, 2006, p. 127 s., SCHIFFER/PRUNS, *Nomos Kommentar*, cit., § 80, anot. 42 s., BACKERT, *BeckOK BGB*, cit., § 80, anot. 15, J. ELLENBERGER, *Palandt/Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 80, anot. 8, e CH. VON OERTZEN/M. HOSSER, “Asset Protection mit inländischen Familienstiftungen”, *ZEV* 2010, p. 168 s.

<sup>384</sup> Cfr., também agora com múltiplas referências no mesmo sentido, G. CH. SCHWARZ, “Zür Zulässigkeit...”, *ZEV* 2003, p. 310 s., U. BURGARD, *ob. cit.*, p. 138 s., SCHIFFER/PRUNS, *NomosKommentar*, cit., § 80,

moderadamente, a fundação para o fundador <sup>385</sup> <sup>386</sup>. Mantém-se, pois, apenas inultrapassável a *barreira* da admissibilidade da *Zelbstzweckstiftung* <sup>387</sup>.

25. E que dizer acerca da nossa Lei-Quadro das Fundações (doravante, LQF)? Serão de admitir, por via dela, modalidades de fundações daquelas que foram ainda agora referidas?

*a)* São três os tipos de fundações aí expressamente previstos, os quais tipos são: *(i)* Fundações Privadas; *(ii)* Fundações Públicas de Direito Público; *(iii)* Fundações Públicas de Direito Privado. Os critérios, a cuja luz esta qualificação é feita, tem uma dúplice natureza: a *origem* (privada ou pública) do fundo patrimonial da pessoa jurídica, que uma fundação é, e o *carácter* (privado ou público) do *poder maior* (“influência dominante”) no seio dessa mesma pessoa jurídica. Vejamos sucintamente.

Uma “Fundação Privada” (art. 4.º, n.º 1, alínea *a*), LQF) será seguramente aquela cujo fundo patrimonial (o *capital*, como também se poderá dizer) provém *exclusivamente* de uma ou mais “pessoas de direito privado” (pessoas humanas ou pessoas jurídicas). Mas também será “Fundação Privada” aquela cujo património seja constituído por contribuições (dos patrimónios) de “pessoas coletivas públicas”, no duplo pressuposto de que *(i)* o montante dessas contribuições seja *inferior* ao das contribuições de “pessoas de direito privado” — que não-de existir para que a fundação possa ser considerada privada (trata-se, note-se, de uma condição necessária, mas não suficiente) — e de que *(ii)* as “pessoas coletivas públicas” não logrem (isolada ou conjuntamente), não importa por que (outro) meio, o “direito de designar ou destituir a maioria dos titulares do órgão de administração da fundação” (cfr. art. 4.º, n.º 2, alínea *b*), LQF).

Relativamente às “Fundações Públicas de Direito Público”, o texto da lei é sobremaneira claro: uma fundação desse tipo será aquela cuja criação ocorra *exclusivamente* (*scilicet*: cujo património seja exclusivamente constituído por

---

anot. 53 s., BACKERT, *BeckOK BGB*, cit., § 80, anot 18, J. ELLENBERGER, *Palandt/Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 80, anot. 9.

<sup>385</sup> Cfr. *supra*, número 20 *b*) e neste número *c*).

<sup>386</sup> U. BURGARD, *ob. cit.*, p. 132 s., SCHIFFER/PRUNS, *Nomos Kommentar*, cit., § 80, anot. 33 s., BACKERT, *BeckOK BGB*, cit., § 80, anot 5.

<sup>387</sup> Cfr. *supra*, número 20 *a*). Tem vindo, porém, a aumentar o número dos sequazes do entendimento segundo o qual a realização de um fim externo à fundação, conquanto *subordinado* à realização do seu fim principal, que não é de hetero-destinação, é suficiente para fazer escapar a fundação ao regime da *Zelbstzweckstiftung*.

contribuições feitas) por “pessoas coletivas públicas”, bem como o fundo personalizado criado exclusivamente por pessoas coletivas públicas, nos termos da Lei-Quadro dos institutos públicos (cfr. art. 4.º, n.º 1, alínea *b*), LQF).

A determinação das notas características do terceiro tipo — a “Fundação Pública de Direito Privado» — afigura-se (-nos) mais problemática.

Da letra do art. 4.º, n.º 1, alínea *c*), LQF decorre que a fundação desse tipo é aquela cujo património seja exclusivamente constituído por contribuições de “pessoas coletivas públicas” e também aquela cujo património seja constituído por contribuições de pessoas desse tipo e por contribuições de “pessoas de direito privado” (atente-se na frase “*em conjunto ou não*”).

Pois bem. Depois de se ter considerado (alínea *b*) do n.º 1 do art. 4.º LQF) que a “Fundação Pública de Direito Público” será aquela cujo património seja exclusivamente composto por contribuições de “pessoas coletivas públicas”, não se vê como a seguir possa dizer-se que uma fundação com essa mesma característica — *uma fundação criada por uma ou mais “pessoas coletivas públicas”, sem ser em conjunto com “pessoas de direito privado”* — será uma “Fundação Pública de Direito Privado”. Passaremos adiante.

E para dizer que, em nosso juízo, a condição *sine qua non* da existência de uma “Fundação Pública de Direito Privado” é a *origem dual* do respetivo património: às contribuições de uma ou mais “pessoas colectivas públicas” hão-de juntar-se as contribuições de uma ou mais “pessoas de direito privado”. Se o montante daquelas contribuições for superior ao destas últimas, tanto basta, por si só, para que a fundação seja qualificada do referido tipo. Porém, na situação inversa, ou seja, no caso de o montante das contribuições das “pessoas coletivas públicas” ser inferior ao montante das contribuições das “pessoas de direito privado”, a fundação não será *eo ipso* qualificada como “Fundação Privada”. Impõe-se ainda averiguar se, não obstante terem *despendido menos*, as “pessoas coletivas públicas” não ficaram a *mandar mais*, por terem logrado, não importa por que (outro) meio, o direito de designar ou destituir a maioria dos titulares do órgão de administração da fundação. Em tal hipótese, a fundação ainda será uma “Fundação Pública de Direito Privado” (cfr. art. 4.º, n.º 1, alínea *c*) *in fine*, LQF).

*b*) Não obstante esta diversidade tipológica, o conceito de fundação não sofre variação, ou seja, independentemente do seu tipo, a fundação é sempre “uma pessoa coletiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afectado à prossecução de um fim de interesse social” (art. 3.º, n.º 1, LQF). Existem, é verdade, algumas diferenças entre estes dizeres e os

do art. 14.º, n.º 1, LQF, que respeita diretamente ao *conceito* de fundação privada; são diferenças de estilo, e nada mais.

Feita esta nota, olhemos então agora para o regime geral das fundações privadas — arts. 185.º a 194.º-A CCiv<sup>388</sup> e arts. 14.º a 38.º LQF —, sendo certo que nos quedaremos pelo que vier a mostrar-se necessário para responder ao quesito acima formulado, e que aqui se repete: Serão hoje admitidas entre nós as fundações para o fundador, as fundações de família, as fundações-titulares de empresa e mesmo a fundação para a fundação?

Do art. 14.º, n.º 1, LQF, já antes referido, bem como do n.º 2 do mesmo preceito, e ainda, note-se, do (atual) art. 185.º, n.º 1, CCiv, decorre que o fim da fundação privada<sup>389</sup> continua a ser *positivamente qualificado* (e não apenas, como acontece no direito alemão, negativamente delimitado): há-de tratar-se de um *fim de interesse social*. Já era assim, como antes vimos<sup>390</sup>, no direito antigo: arts. 188.º, n.º 1, e 190.º, n.º 1, alínea *b*), CCiv, na sua anterior redação, que refletiam a *erosão* da matriz inicial do nosso direito das fundações, ao longo do século XX (a exigência, primeiramente afirmada, de a fundação prosseguir um fim de utilidade pública, veio a ser, por ação da nossa doutrina mais conceituada, *substituída* pela exigência de a fundação prosseguir um fim de interesse social).

Todavia, foi-se agora mais longe na matéria: depois de se dizer quais os fins *considerados* de interesse social, apresenta-se um elenco *exemplificativo* de tais fins<sup>391</sup>. Dispensamo-nos de reproduzir aqui esse elenco (alíneas *a*) a *y*) do n.º 2 do art. 3.º LQF); mas, pela importância que apresenta para a resposta ao quesito antes formulado, não podemos fazer outro tanto relativamente à definição do conceito de interesse social: “são considerados fins de interesse social aqueles que se traduzem no benefício de uma ou mais categorias de pessoas *distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios*” — assim se lê no corpo do n.º 2 do art. 3.º LQF. A doutrina deste preceito, que vale para os três tipos de fundações

<sup>388</sup> Aditando este último artigo, o art. 3.º da Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, deu nova redação aos arts. 185.º, 188.º, 190.º, 191.º, 192.º, 193.º e 194.º CCiv.

<sup>389</sup> Deixaremos agora de lado as fundações públicas de direito público (art. 4.º, n.º 1, alínea *b*), LQF) e as fundações públicas de direito privado (art. 4.º, n.º 1, alínea *c*), LQF); cfr., porém, art. 3.º, n.º 1, LQF.

<sup>390</sup> Cfr. *supra*, número 19.

<sup>391</sup> O *método de enumeração* foi também adotado na Proposta de Regulamento relativo ao Estatuto da *Fundatio Europaea* (cfr. *supra*, nota 355). Mas com uma diferença não desprecienda: a enumeração aí apresentada (em muitos pontos coincidente com a do art. 3.º, n.º 2, LQF) tem *carácter taxativo* (cfr. art. 5.º, n.º 2, da referida Proposta).

antes referidos <sup>392</sup>, é expressamente reafirmada no quadro das fundações privadas. Na enumeração dos fundamentos de *recusa do reconhecimento* de tais fundações consta a circunstância de estas prosseguirem fins que não possam ser considerados de interesse social, designadamente por aproveitarem ao instituidor ou à sua família ou a um universo restrito de beneficiários com eles relacionados (art. 23.º, n.º 1, alínea *b*), LQF).

c) Nenhuma dúvida, pois, quanto à inadmissibilidade, à luz do nosso atual direito, da fundação para o fundador <sup>393</sup>. E o mesmo se diga quanto à fundação de família, dita de *sustento*, ou seja, à fundação de família cujo fim é assegurar aos membros da família em causa a fruição de bens do património fundacional ou o recebimento de réditos dele provenientes, *incondicionalmente*, é dizer, sem o preenchimento de outra condição que não seja *a de serem da família* <sup>394</sup>.

A par dessa modalidade de fundação de família, e como antes também vimos <sup>395</sup>, é possível imaginar uma outra, igualmente de utilidade particular, mas cujo fim reveste *interesse social*: a fundação de família instituída com o fim de responder a situações de carência ou de necessidade dos membros da respetiva família, e que respeitem, por exemplo, à sua formação, educação e assistência. Em nosso juízo, uma fundação de família com estas características continua <sup>396</sup> a ser suscetível de reconhecimento.

No que respeita às fundações-titulares de empresa, não tendo havido modificação do art. 160.º CCiv <sup>397</sup>, não vemos razões para alterar as conclusões que nos pareciam valer no quadro do direito anterior <sup>398</sup>. Ou seja, continuamos a entender que a fundação-titular de empresa é seguramente suscetível de reconhecimento nas duas seguintes situações: *i*) quando o exercício (*direto* ou *indireto*) de empresa for o meio necessário para a realização do fim da fundação; *ii*) quando o exercício (*direto* ou *indireto*) de empresa for o meio *particularmente conveniente*, ou seja, for, em si mesmo, *acessório* da realização do fim da fundação. Em ambas as situações afirma-se, contudo, a mesma exigência: a relação do meio, que a empresa é, com o fim, que a fundação prossegue. *Invertendo-se*

<sup>392</sup> Cfr. *supra*, neste número *a*).

<sup>393</sup> Cfr. *supra*, número 20 *b*); sobre a admissibilidade dessa modalidade de fundação, no direito austríaco, cfr. *supra*, número 24 *c*).

<sup>394</sup> Cfr. *supra*, número 21 *a*), *b*) e *c*).

<sup>395</sup> Cfr. nota anterior.

<sup>396</sup> Cfr. *supra*, número 18 *c*).

<sup>397</sup> Cfr. *supra*, número 23 *h*).

<sup>398</sup> Cfr. *supra*, número 23 *g*). Sobre o ponto, já na vigência da LQF, vide DOMINGOS SOARES FARINHO, “Empresa e fundações...”, *Revista de Direito das Sociedades*, cit., p. 816 s.

essa relação, quer dizer, *passando o meio a ser o fim* e, por conseguinte, ficando este funcionalmente subordinado àquele, sobrevirá uma causa de extinção da fundação, e que é a constante do art. 192.º, n.º 2, alínea *b*), CCiv e do art. 35.º, n.º 2, alínea *b*), LQF <sup>399</sup>.

Mais problemática continua <sup>400</sup> a ser a questão da (in)admissibilidade das fundações-titulares de empresa, no caso de o exercício (*directo* ou *indireto*) da empresa em causa constituir (apenas mais) um meio de que a fundação (sua titular) se socorre para obter rendimentos, que depois serão mobilizados para o conseguimento do fim, necessariamente de interesse social (servindo, portanto, a empresa como *fonte de dotação* da fundação). Mantemos, porém, o nosso juízo. Em casos como este, subsistem duas ordens de fundamentos para a recusa do reconhecimento da fundação: a *incapacidade* desta (art. 160.º, n.º 1, CCiv) e a necessidade de obstar a que a forma jurídica de fundação venha a tornar-se em mais uma forma de organização da empresa, independentemente do seu objeto e do seu porte.

Repudiada pelo próprio conceito de fundação continua a ser a *fundação* para a fundação (a tal *Selbstzweckstiftung*, de que fala a doutrina alemã) <sup>401</sup>. E, em nossa opinião, este *repúdio*, no caso da *fundação para a sua própria empresa*, respeita também às situações em que o prosseguimento do fim da fundação, que é o desenvolvimento e a perpetuação da empresa, se apresente como *socialmente benfazejo*, nomeadamente, por dessa forma se preservarem os postos de trabalho numa determinada região <sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> A redação de ambos os preceitos é a mesma, e é a seguinte: “As fundações podem ser extintas pela entidade competente para o seu reconhecimento [*inter alia*] quando as actividades desenvolvidas demonstrem que o fim real não coincide com o fim previsto no ato de instituição”.

<sup>400</sup> Cfr. *supra*, número 23 *f*) e *h*).

<sup>401</sup> Cfr. *supra*, número 20 *b*).

<sup>402</sup> Cfr. *supra*, número 20 *a*), número 24 *c*) e *e*).



COIMBRA  
**JURÍDICA**

2019



REF: 20000

