

DIREITO FUNDACIONAL: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

FOUNDATIONAL LAW: BRIEF HISTORICAL POINTS

Marco Aurélio Nogueira¹

RESUMO: O presente artigo, teve por objetivo proceder uma análise histórica do Direito Fundacional e seus aspectos na realidade atual. Para tanto, como forma de ilustrar a pesquisa, inicialmente buscou-se o resgate histórico das fundações, localizando seus precedentes na Antiguidade, Idade Média, Idade Moderna e Contemporânea, dando especial destaque ao surgimento no Brasil. Em seguida destacou que, nas sociedades democráticas, constitui uma realidade a participação, junto com o setor público, de pessoas, entidades e instituições privadas na proteção, desenvolvimento e no estímulo de atividades de interesses coletivo. São diversas manifestações puramente benéficas e de caráter assistencial, cultural e artístico. Por derradeiro, apontou que no Brasil, esta situação vem adquirindo dimensões crescentes nos últimos anos, enlaçando com as preocupações de adequação de suas características à sociedade, principalmente no que se refere às fundações. Para atingir os objetivos propostos, optou-se pelo método dedutivo, com uma metodologia calcada em uma pesquisa essencialmente bibliográfica de caráter histórico.

Palavras-chave: Direito, Direito Civil, Direito Fundacional, Fundações.

ABSTRACT: The purpose of this article was to carry out a historical analysis of Fundamental Law and its aspects in the current reality. For this, as a way of illustrating the research, it was initially sought the historical recovery of the foundations, locating its precedents in Antiquity, Middle Ages, Modern and Contemporary Age, with special emphasis on the emergence in Brazil. He then pointed out that, in democratic societies, the participation, together with the public sector, of private persons, entities and institutions in the protection, development and stimulation of collective interests activities is a reality. They are diverse manifestations purely beneficial and of assistance, cultural and artistic character. Lastly, he pointed out that in Brazil, this situation has been increasing in recent years, linking with concerns about the adequacy of its characteristics to society, especially with regard to foundations. To reach the proposed objectives, we chose the deductive method, with a methodology based on an essentially bibliographical research of historical character.

Keywords: Law, Civil Law, Foundation Law, Foundation.

¹ Doutor em Direito pela PUC – SP. Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Professor na Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador do Curso de Direito da IMEPAC- Araguari – MG.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo terá por objetivo analisar os aspectos históricos dos Direito Fundacional, perpassando a partir da Idade Média até chegar no direito brasileiro e sua influência na estrutura e nos sistemas da sociedade da pós modernidade e seus preceitos no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, inicialmente demonstrará que nas sociedades democráticas, constitui uma realidade a participação, junto com o setor público, de pessoas, entidades e instituições privadas na proteção, desenvolvimento e no estímulo de atividades de interesses coletivo. São diversas manifestações puramente benéficas e de caráter assistencial, cultural e artístico.

Na sequência, a pesquisa trará o estudo dos traços históricos que possam encontrar e descrever a procedência da Pessoa Jurídica Fundacional, a partir das premissa que, tendo a noção de seu embrião, poder-se-á compreender a sua existência, a sua razão de existir e a sua metamorfose atual.

Em outro passo, trará a identificação de traços da pessoa jurídica fundacional na Antiguidade (Grécia, Egito e Roma), seguindo pela Idade Média (Fundações Germânicas e Alta Idade Média), entrando na Idade Moderna, no Sistema Norte-americano e discorrendo sobre a primeira fundação no Brasil, para concluir os apontamentos desejados.

Por derradeiro, deixará a contribuição de que em toda a produção histórica existe parte de verdade e falseamentos consequentes da subjetividade e possibilidades de pesquisa disponíveis no momento de sua realização, assim, como em toda a fonte. Dessa forma, a história é inelutavelmente subjetiva, mas alcança sua objetividade a partir da acumulação das verdades relativas produzidas pelas diversas interpretações e construções dos historiadores.

Para tanto, para atingir os objetivos do artigo, adotar-se-á o método de abordagem dedutivo, utilizando como metodologia uma pesquisa de caráter bibliográfico em fontes confiáveis e dignas, eis a subjetividade e, procurar-se-á desenvolver o tema proposto ancorado nas sábias palavras da historiadora Júlia Silveira Matos, ao lecionar no sentido de que a construção do conhecimento histórico inicia no próprio processo de seleção das fontes, bem como nas lições de Schaff que assevera que os historiadores não mentem portanto, se bem que sustentem discursos diferentes, por vezes mesmo contraditórios.

2 O PENSAMENTO DA GRÉCIA ANTIGA AOS CANONISTAS

Parte respeitável da doutrina afirma que o sistema embrionário fundacional tem sua origem no mundo grego antigo, através de Platão que, por volta de 387 a.C., fundou, em Atenas, a Academia, sua própria escola de investigação científica e filosófica. O acontecimento é de máxima importância para a história do pensamento ocidental. Platão tornou-se o primeiro dirigente de uma instituição permanente, voltada para pesquisa original e concebida como conjugação de esforços de um grupo que via no conhecimento algo vivo e dinâmico e não um corpo de doutrinas a serem simplesmente resguardadas e transmitidas².

Nessa mesma época, em Atenas, Isocrates dirige um outro estabelecimento de educação superior, educando os aspirantes à vida pública, dotando-os de recursos retóricos, seguindo a linha dos sofistas, fato de importância similar para o estudo das fundações.

A Biblioteca de Alexandria foi famosa por conter uma das maiores coleções de livros do Mundo Antigo. Fundada no início da dinastia Ptolomaica, por volta de 240 a.C., quando então rei do Egito, Ptolomeu I decidiu construir um imenso edifício para guardar e colecionar as mais importantes obras de seu tempo. A cidade de Alexandria, à época capital do reino, foi escolhida para abrigar o que seria uma das maiores obras de cultura de todos os tempos. As edificações erigidas por Ptolomeu I seriam, anos após sua criação, modificadas e aumentadas por seu filho, Ptolomeu II, em cujo governo chegou a possuir, na Biblioteca, cerca de 500.000 exemplares. Nessa mesma época, um anexo da Biblioteca, localizado no Templo de Serapis, continha mais de 43.000 exemplares de diversas autorias e estilos.

Foram vários e famosos aqueles que trabalharam como bibliotecários, sendo o primeiro, o conhecido especialista em classificar poesias, Zenodotos de Éfeso. Depois dele vieram: Callimachus, poeta e catalogador de todas as obras contidas na Biblioteca; Aristófanos, editor e gramático de Bizâncio; Aristarcos, importante estudioso da Gramática, dentre outros.

O amplo salão de entrada da Biblioteca de Alexandria abrigava qualquer um que se interessa-se pela leitura de uma de suas milhares de obras. Era frequentada por todos aqueles, incluindo nobres, ricos, pobres e plebeus, que quisessem adquirir cultura e conhecimento através da leitura.

² Luiz Fernando Coelho. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**, v.39, p. 49: “[..] não era esta, propriamente, uma instituição de ensino, no sentido moderno, mas uma espécie de sociedade científica e religiosa consagrada às musas, em Atenas. Após tê-la dirigido durante cerca de vinte anos, legou-a o filósofo aos seus sucessores”.

Vários livros eram copiados e distribuídos por todos os cantos do mundo civilizado. Fato que transformou o lugar numa espécie de editora, multiplicando o número de livros e contribuindo, de maneira significativa, para a disseminação da cultura e a preservação de obras raras no mundo de hoje³.

Antes de adentrarmos no estudo histórico romano e sua influência na evolução do conceito de fundações, importante salientar, por oportuno, que a moderna concepção de pessoa jurídica, como se sabe, não tem sua origem no Direito Romano nem como caráter geral nem como no que, em particular, se refere às fundações⁴. De fato, no Direito Antigo, não existia o conceito de pessoa jurídica, mas se reconhecia ao Estado e a outros entes coletivos certa relevância jurídica⁵, se considerarmos pessoa jurídica no sentido que aqui nos interessa, posto que, já celebravam contratos e entabulavam relações com particulares⁶. Assim, não se pode afirmar que descendem puramente do plano privado, junto às pessoas físicas⁷.

Pelo contrário, parece que o conceito de pessoa jurídica veio a se desenvolver na época do império, na ocasião que se tratava os *municipia* como sujeitos privados, aos quais se atribuía um estatuto próprio, de caráter privado, para salvar o fato de que, ao serem incorporados ao império romano, perdiam sua existência política⁸.

A atribuição dessa capacidade vem a ser, por tanto, um resíduo da soberania que as

³ Biblioteca de Alexandria. **Enciclopédia Digital**, 1996/1998.

⁴ Federico de Castro, *La persona jurídica*, p.143: “ (...) Parece que se puede aceptar la opinión cada vez más extendida entre los romanistas, de que nuestros conceptos de persona y persona jurídica no tienen su origen en el Derecho Romano”.

⁵ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, v.1, p. 100: “Como diz CALOGERO GANGI, no antigo direito romano a pessoa jurídica não existia. Na primeira fase do Império Romano, conheciam-se, entretanto, certas associações de interesse público, como *universitates*, *sodalitates*, *corpora* e *collegia*”.

⁶ Luiz Fernando Coelho, *Enciclopédia*, cit., p.50-1: “A inexistência de patrimônios juridicamente personalizados no direito romano clássico é explicada, de um lado, por não terem os romanos elaborado uma teoria das pessoas jurídicas; espírito eminentemente prático, desenvolviam suas instituições e as aperfeiçoavam na medida das necessidades da vida. (...) este momento, mais ou menos difuso na época de Justiniano, assinala o ponto de partida do direito como ciência; de outro lado, o próprio sentido prático do direito positivo de Roma explica o fato de não terem os romanos concebido a personalidade jurídica das *universitates rerum*, uma vez que os objetivos de utilidade pública eram alcançados da mesma forma”.

⁷ Francesco Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, p.24, expondo sobre a forma de atuação do Estado, conclui dizendo: “Por esto creo yo que debe aceptarse con mucha reserva lo que PERNICE (Labeo I, p.263 y sg., Halle 1873) y FERRINI (Pandette, p.96 y sg.) enseñan, a saber: que el Estado romano fue la principal y la más antigua persona jurídica, según cuyo tipo se formaron después todas las demás. Esto, en parte es verdad, en el sentido de que los entes colectivos se presentan modelados sobre el Estado, pero la cuestión es cuándo estos entes publicísticos son personas jurídicas, esto es, sujetos de relaciones iguales y al lado de las personas físicas”.

⁸ Riccardo Orestano, *Il problema delle Fondazioni in Diritto Romano*, p.67-8: “L’Eliachevich comincia con l’affermare (La personnalité juridique en droit privé romain, Parigi 1942) che “i municipi non sono sortiti dal seno del populus Romanus. L’autonomia municipale non fu il prodotto dello sviluppo organico della città romana. Il primi elementi del sistema municipale erano i resti dell’autonomia delle città straniere che i Romani non hanno potuto assorbire interamente. Più Roma dovette trattare con riguardo le città straniere incorporate, e più larga fu l’autonomia che essa lasciò loro. (...) L’autonomia municipale non era una parte dei poteri del populus Romanus trasferida ad organismi nati nel suo seno. Al contrario, era una parte dell’antica sovranità delle civitates che Roma aveva loro lasciata”.

idades perdiam ao serem conquistadas e incorporadas ao império (sua concepção mostra, uma vez mais, o espírito pragmático que caracterizava o Direito Romano). Admitiam um fato certo: a existência de um patrimônio que pertencia aos municípios e que estes deveriam gerenciar. Atribuía-lhe, também, uma capacidade jurídica similar a dos sujeitos privados.

Assim, influenciado, sumaria Ferrara que a capacidade jurídica se substancia em dois momentos essenciais: ter um patrimônio próprio e a representação em juízo⁹. O que resultou em uma significativa inclusão no Direito Moderno, pois, como teremos ocasião de expor, a separação do patrimônio é um dado essencial na constituição das pessoas jurídicas em nosso tempo.

Esse sistema de considerar os municípios como sujeitos privados foi amplamente admitido em Roma e, de pronto, se estendeu a outros entes coletivos, como as *collegia*¹⁰ e a todo tipo de associações lícitas, para cuja existência se exigia o reconhecimento estatal, tendo como consequência a obtenção da capacidade jurídica¹¹.

Como demonstrativo, no direito clássico se distingue a *universitas* do *singuli*¹². É da jurisprudência romana o crédito da nítida diferenciação e separação entre a corporação e os sujeitos que a formam: a totalidade se contrapõe aos membros, sendo um ente distinto.

É importante destacar que esta concepção deriva, como é lógico, de se considerar que o patrimônio da corporação constitui uma propriedade separada, individual do ente. Assim mesmo conclui-se que a corporação como ente subsiste, ainda que se revezem os membros.

Por derradeiro, assinala-se que o direito romano admitia, ou conhecia, só as corporações, não as instituições, como sujeitos com certa capacidade. Isto nos serve para adentrarmos no tema das fundações, advertindo e afirmando que, no Direito Romano, conseqüentemente, as fundações não se incluíam no elenco de entes com capacidade jurídica. Isto não significa que não existiam. Pelo contrário, eram numerosas as fundações entre vivos e *mortis causa*, adotando a forma de fundações fiduciárias¹³. E, para compensar a falta de atribuição de capacidade, geralmente se constituíam como disposições em favor de uma cidade ou de um colégio que, em

⁹ *Teoría.*, cit., p.24.

¹⁰ Riccardo Orestano, *Il problema*, cit., p.84 e s.

¹¹ Francesco Ferrara, *Teoría*, cit., p. 29: “Así, sobre el tipo del municipio, todas las asociaciones lícitas son reconocidas capaces patrimonialmente en el derecho privado. Y nótese: esta capacidad, fue considerada como algo intrínseco a la existencia del cuerpo público; el reconocimiento estatal se refería sólo a la existencia del ente, la capacidad jurídica era una consecuencia que se producía espontáneamente”.

¹² Riccardo Orestano, *Il problema*, cit., p.72.

¹³ J. L. Espinosa Anta, *La Fundación. El negocio jurídico fundacional*, p.242: “ (...) puede afirmarse que el Derecho romano no conoció la fundación sino a través de la forma oblicua de la fundación fiduciaria: Las instituciones creadas para un fin social por particulares, frecuentes durante el Imperio, eran disposiciones a favor de una ciudad o un colegio – lo que permitía la permanencia del cumplimiento del fin -, con la carga de ejecutar la voluntad del fundador”.

caso de aceitá-las, adquiriam a propriedade do patrimônio destinado, assumindo a carga imposta por quem poderíamos chamar de fundador ou instituidor.

Por oportuno, não se pode decidir que o conceito de fundação seja realmente o que existe na atualidade, nem tampouco que se começará a elaborar, neste momento, o conceito de fundação-pessoa. Neste diapasão, com brilhantismo, sumaria Murga:

No han sido una de las grandes conquistas y elaboraciones doctrinales del derecho romano tardío que decantó y formuló la teoría de la persona-patrimonio o Zweckvermögen. Sin embargo, no fue exactamente así, al menos en sentido estricto. Sin duda que a veces los textos legales parecen darnos pie a pensar que el ordenamiento jurídico prejustiniano intuía ya el dogma de la personalidad, pero con todo, ni en la legislación imperial ni en la jurisprudencia de estos siglos postclásicos podemos encontrar ninguna formulación de este tipo. Sólo algunos elementos dispersos y pequeños vestigios de un cierto cambio de enfoque en el problema de la capacidad de adquirir las liberalidades testamentarias o interviventes y, desde luego, un clarísimo sentido práctico en la búsqueda de soluciones adecuadas para encauzar jurídicamente la iniciativa privada de la caridad asistencial¹⁴.

Até a época cristã não surge o que poderíamos denominar fundações de beneficência e culto, fomentadas pela caridade dos fiéis, já que ainda não se podia falar como tal e como hoje a conhecemos¹⁵. Por influência do Cristianismo, aparece, no Direito Justiniano, uma copiosa legislação tendente a favorecer quantos legados, doações e heranças para fins piedosos existissem.

Com efeito, Justiniano chegou a reconhecer certa capacidade jurídica nos estabelecimentos de beneficência: para aceitar doações, para adquirir frutos, para ser parte em litígios, aí sim, exigindo a intervenção episcopal. Em consequência, começou a surgir a ideia de uma personalidade jurídica que, gradativamente, foi sendo acolhida pelos juristas da época¹⁶.

Resulta altamente significativo o fato de que Justiniano estabeleceu uma ação processual popular, a denominada *actio condictia*, que facultava a qualquer cidadão o exercício contra o obrigado por um legado ou fideicomisso piedoso, para exigir-lhe o devido, dado o interesse

¹⁴La continuidad “post mortem” de la fundación cristiana y la teoría de la personalidad jurídica colectiva, p.481-2, põe em manifesto como não se pode atribuir ao Direito Romano a elaboração da teoria da pessoa-patrimônio, nos termos expostos no texto.

¹⁵ José Cretella Júnior, **Curso de direito romano**, p. 88-9.

¹⁶ R. Feenstra, **Le concept de fondation du droit romain classique jusqu’à nos jours; théorie et pratique**, p.254-5, reconhece este fato: “Pour ce qui est des juristes du temps de Justinien, il semble bien que l’idée d’une personnalité juridique se manifeste de plus en plus dans leur terminologie à propos des églises, des monastères, des hôpitaux etc”.

comum e religioso de todos os cidadãos nas obras pias. É indubitável que esta ideia continua válida até os dias atuais, resultando, quiçá, acertadamente, afirmar que existe a possibilidade de uma ação similar (*actio populares*).

Esse interesse de Justiniano de proteger e fomentar as liberalidades piedosas se manifestou também na supressão das doações pias do requisito formal da escritura¹⁷.

Por último, assinala-se que, no início, as *piae causae* eram uma dependência da Igreja e não desfrutavam de independência. Pouco a pouco, especialmente as destinadas a fins religiosos, educacionais e beneficência, foram estendendo os privilégios concedidos às igrejas e se pôde oferecer liberalidades às mesmas, o que implicava reconhecer capacidade para adquirir¹⁸. Por isto, Ferrara manifesta com lucidez que, no final do Império Romano, quase imperceptivelmente essas fundações adquiriram personalidade jurídica, apresentando-se como instituições públicas eclesiásticas¹⁹.

A doutrina afirma que as remotas origens das fundações germânicas podem ser encontradas nas práticas e cultos que se realizavam em torno dos sepulcros. As doações germânicas aos túmulos evoluíram até se converterem, a partir do séc. IV, em doações à Igreja para constituir patrimônios com os quais se criaram fundações com fins espirituais.

Na Alta Idade Média foram surgindo uniões de pessoas que, perseguindo fins concretos, tinham vocações para adquirir uma autonomia jurídica distinta de seus membros – Associações²⁰. Este fenômeno associacionista vem a ser uma consequência da falta de um Estado forte que defendesse os interesses de seus súditos em todos os âmbitos. Saliente-se que estas associações não tinham substantividade própria, traduzindo-se exclusivamente em uma titularidade coletiva sobre determinados bens. Foram os glosadores os primeiros a questionar o problema de se *universitas* é ou não idêntica a seus membros, mas não desenvolveram uma teoria sobre a pessoa jurídica, não ocorrendo maiores discussões.

¹⁷ J. L. Murga, **La continuidad**, cit., p. 539, reforça este dado: “Establece Justiniano en esta ley – C. 1. 2. 19 del año 528 – un régimen liberal en relación a los requisitos formales de la donación. Si la liberalidad es pequeña o si fue *super piis causis facta* queda dispensada de la necesidad de someterse al régimen vigente de la insinuación”.

¹⁸ Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil*, v.1, p. 903: “Com o desenvolvimento das instituições eclesiásticas fundadas na Igreja como *corpus mysticum*, entidade mística e impalpável, passaram a ser concebidas como entes distintos de benemerência e culto, organizadas em torno das igrejas e conventos; com efeito, o *pium corpus*, o *hospitalis*, a *sancta domus* passaram a ser concebidos como sujeito de direitos, de natureza ideal”.

¹⁹ **Teoría**, cit., p.38.

²⁰ Luiz da Cunha Gonçalves, **Tratado**, cit., p. 901: “[...] o direito germânico nunca logrou realizar a abstração de supor, nas sociedades, um ente distinto da coletividade dos indivíduos. As suas *markem*, *genossenschaften*, *ghilde* etc. não são pessoas; elas são, apenas, uma *gesamnte Hand*, i.e., a unidade imanente na pluralidade dos sócios. Estes, os sócios, não eram excluídos da propriedade do patrimônio da sociedade – *gesamnte Hand* – mas detinham uma espécie de propriedade imperfeita; essa concepção materialista repercutiu na teoria das fundações, onde ao direito germânico parece impossível a existência de um patrimônio dotado de personalidade ideal; assim, constituem propriedade dos santos, aos quais são dedicados os hospitais, conventos, escolas e outras *piae causae*”.

Frente às associações surgem também, no Direito Germânico medieval, os primeiros sinais de um estabelecimento cuja vontade se impunha pelo fundador, com propósito de vigência duradoura. Nele, as fundações podiam adotar uma dessas modalidades: construção de uma igreja, estabelecimento de um monastério, criação de um hospital ou estabelecimentos para fins piedosos. A característica comum a todas elas era que deviam estar criadas em vida de seu fundador e funcionar de fato antes de existirem de direito.

A liberalidade se dirigia não a uma nova associação previamente organizada, senão a uma nova corporação, criada exclusivamente para sustentar a obra, salvo aqueles casos em que se criava um hospital ou um estabelecimento benéfico, em que se usava a doação *sub modo*, entregue a uma associação preexistente.

Em definitivo, muito pouco se pode dizer que, no Direito Germânico, se conheceram as fundações como entes com personalidade jurídica independente, dado que os bens destinados a obras pias se consideravam pertencentes à Igreja, a associações e aos destinatários dos benefícios²¹.

A primeira referência ao conceito de pessoa jurídica se encontra no *Brachylogus*, mesmo que não diretamente ocorra menção à teoria sobre o conceito da pessoa jurídica. A passagem 2.11.1. do *Brachylogus*, dedicada a prescrição, exclui da mesma a *venerabilis domus* e a *fiscus*. A Glosa relativa a *venerabilis domus* identifica ambos com o conceito de pessoa. O texto afirma: “Id est venerabilis domus vel fiscus personae dicuntur: quia vicem personae in acquisitionibus tenent, sicut de hereditate dictum est”²².

Em meados do séc. XII, as fundações piedosas obtiveram grande desenvolvimento. Nessa época atribuiu-se a elas a condição de pessoa. Todavia, hoje surge a dúvida de quem alcunhou, pela primeira vez, as expressões *persona ficta* e *persona representada*, que se atribuíram, entre outras instituições, às fundações.

É seguro que o passo decisivo acerca do conceito de pessoa foi dado pelos canonistas. Ocorreu devido à necessidade de defesa das prebendas (fundo patrimonial anexo a um benefício eclesiástico), de maneira que o responsável por esta função podia obter frutos e atuar em nome do fundo patrimonial, mesmo sem ter a livre disposição do referido. Assim, atribuía-se à

²¹ J. L. Espinosa Anta, **La Fundación. El negocio**, *cit.*, p. 242: “Tampoco conoció el concepto de fundación independiente. Los bienes de los institutos eclesiásticos se consideraban como pertenecientes a Dios o a los santos. Las fundaciones pías se conciben de igual manera o se consideran como sujetos de sus bienes a los destinatarios de los beneficios”.

²² Este interessante precedente se encontra na obra de J. L. Sebastián López, *De la utilitas pública al interés público del artículo 35 del Código civil español*, p.202, que transcreve integralmente a versão da Glosa na passagem 2.11.1. do *Brachylogus*.

prebenda a possibilidade de ser titular de direitos.

O fato de algumas prebendas e benefícios receberem, mais tarde, o nome de fundação, deve-se à distinção estabelecida por Inocêncio IV entre simples sociedades e *universitas*, razão pela qual é considerado o pai do conceito de fundação-pessoa²³.

Por último, assinala-se que, durante toda a Idade Média, ao menos consuetudinariamente, a aprovação episcopal aparece como requisito da constituição das fundações no Direito Canônico, lembrando a moderna técnica de reconhecimento administrativo²⁴.

3 UMA PASSAGEM PELA IDADE MODERNA ATÉ O HISTÓRICO DO DIREITO FUNDACIONAL NO BRASIL.

Sumaria De Castro²⁵ que, em matéria de *ius civile*, não se produziram inovações dignas de destaque nesta época, e tampouco no que diz respeito ao conceito de pessoa jurídica, que interessou mais aos estudiosos do Direito Público de que aos civilistas. Assim, não houve avanço para o conceito de fundação.

Durante a Idade Média, praticamente todas as obras de caridade foram gerenciadas exclusivamente pela Igreja. Com o transcurso dos anos, gradativamente, os legados benéficos também passaram a ser confiados aos conselhos das cidades ou a outras autoridades.

Iniciada a Idade Moderna, em que imperavam as ideias do Humanismo Renascentista e a Reforma Protestante, surge um ambiente favorável para que as fundações deixassem de ter uma finalidade e uma gestão exclusivamente eclesiástica.

Com a Reforma Protestante se marca o período a partir do qual surgem as primeiras leis de beneficência, elaboradas em um primeiro momento pelos municípios e, posteriormente, pelo Estado. A razão para que se ditassem estas normas foi mais que a defesa dos interesses humanitários, a luta contra a pobreza, dado que, com a proliferação dos estabelecimentos benéficos, ocorreu a geração de uma classe social, *os mendigos*, formada por quem considerava mais proveitoso aconchegar-se às prestações das fundações que ao trabalho que pudessem

²³ Gaetano Catalano, Persona jurídica, In: **Novíssimo Digesto Italiano**, p. 1034, põe em manifesto a importância do trabalho de Inocêncio IV na elaboração do conceito de patrimônio personalizado.

²⁴ Sady Cardoso de Gusmão, Fundação, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. XXIII, p. 221, citando Serpa Lopes conclui: “As três correntes do pensamento: romana, germânica e canônica influíram nos juristas da Idade Média e a doutrina dos glosadores, os quais se ativeram de preferência à orientação germânica, admitindo, todavia, o conceito romano da *universitas*, ao contrário dos canonistas, tendo à frente SINIBALDO DEI FIESCHI, o futuro Papa Inocêncio IV, que se mantiveram fiéis ao sistema canônico, que foi o que veio prevalecer no direito comum (SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil, I*, p.331)”.

²⁵ **La persona jurídica**, p. 159 e ss.

conseguir.

Praticamente em toda Europa se proibiu a mendicância e se elaboraram normas para regular a forma pela qual o socorro deveria ser dispensado aos indigentes, vez que se buscavam soluções para a diminuição de desocupados e mendigos. Propugnando-se a ideia de que foram as autoridades civis as que atenderam o problema; pois, como consequência da elaboração do conceito de utilidade pública, o remédio da necessidade transferiu-se de algo exclusivo da consciência individual e religiosa para uma questão de grande transcendência no âmbito econômico e político do continente europeu. Convém destacar que, apesar dessa corrente laicista, no século XVI as fundações com fins religiosos, ou não exclusivamente religiosos, seguiram sendo obras dos princípios da Igreja.

A Guerra de Secessão Americana (1861/1865) acarretou sensíveis mudanças com relação às concepções da esfera de atuação pública naquele país. Apesar do tradicional federalismo do séc. XVIII, originou-se uma peculiar combinação entre a caridade e a tecnologia, as quais foram dominadas e apropriadas pelo interesse privado na forma de bem-estar de uma sociedade em ebulição.

As fundações americanas nasceram desta forma ou evoluíram a partir deste momento, isto é, da necessidade de a sociedade ter uma política social nacional, mas também da repugnância da mesma em deixar que o governo federal concentrasse todos os instrumentos de controle sociais.

Alguns autores argumentam que o governo federal foi forçado a aceitar uma reforma social formada, e continuamente em formação, pela presença da filantropia privada²⁶. O pragmatismo americano, assim pincelado, obteve resultados fantásticos para a Nação em franco desenvolvimento.

Até 1995, o Terceiro Setor incluía aproximadamente 1,6 milhões de organizações identificadas, ou mais de 6% de todos os tipos de organizações no País. Estas organizações renderam até 1996 cerca de 670 bilhões de dólares, que é o equivalente a cerca de 9% de toda produção doméstica dos Estados Unidos. De fato, se o setor beneficente norte-americano fosse um país separado, excederia a produção interna da maioria dos países, incluindo Canadá, Austrália, Índia, Países Baixos e Espanha.

Também no ano de 1996, perto de 11 milhões de pessoas estavam empregadas nessas organizações beneficentes, aproximadamente 7% da força de trabalho daquele País. Isto era

²⁶ Barry Karl e Stanley Katz, *The american private philanthropic foundation and the public sphere*, p.33.

mais de três vezes o número de empregados na agricultura ou mais do que o número de trabalhadores na construção, em transportes e comunicações, nas finanças, corretoras de seguro e de bens imóveis.

Em adição ao assalariados, surge o equivalente a 6,3 milhões de voluntários em tempo integral, auxiliando a força de trabalho, totalizando 17,3 milhões de trabalhadores, ou algo em torno de 11 % de todo o trabalho voluntário e assalariado na economia norte americana²⁷.

O GIFE (Grupo de Institutos Fundações e Empresas) informa dados mais recentes e significantes:

Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Associações Filantrópicas dos Estados Unidos mostra que o terceiro setor no país contabilizou, em 2003, US\$1.76 trilhão em investimentos, com gastos que superam 945 bilhões de dólares. O estudo United States Nonprofit Sector foi realizado a partir dos relatórios anuais de impostos entregues pelas entidades sociais, cujo número chegou a 837.027 no mesmo ano.

Para entender o que isso representa, basta ver os cálculos do The World Factbook, informe do governo americano a respeito da geografia política e social do mundo. Em um cruzamento de dados, a movimentação dos recursos do terceiro setor americano é maior do que economias como a do Brasil, Rússia, Canadá, México e Coréia do Sul.

Para Audrey Alvarado, diretora executiva do Conselho Nacional de Associações Filantrópicas, o setor compreende um vasto e diverso leque de organizações, o que justifica os altos recursos investidos. De ações pontuais, como a distribuição de sopas, a centros de saúde e institutos de educação acadêmica, o rol de ações envolve os mais diferentes atores da sociedade, na visão da especialista.

A Sociedade americana começou a entender que o setor privado e o setor público não são diabólicos e percebeu o esforço dos três setores. O tamanho da economia do terceiro setor, quando casado ao impacto social de sua atuação, evidencia que a América confia nas entidades sociais e vê nelas um instrumento de mudança”, explicou ao rede GIFE.

O que sustenta os argumentos de Audrey é um dos pontos mais importantes do estudo: a origem dos recursos. Do total de investimentos, apenas 14% provém de contribuições privadas, e menos de 10% são de doações do governo americano. Assim, 72% provém da renda proveniente de programas e serviços, ou como chamam ‘fees for service’ (algo pagamento por

²⁷ Lester M. Salomon, **America's nonprofit sector**: a primer, p. 16.

serviço), em que recebem fundos destinados a ações sociais. Esses fundos unem investimentos do setor privado e público, além de doações individuais por meios de incentivos fiscais.”²⁸

Embora a caridade privada não signifique a única, nem mesmo a maior fonte de manutenção, não se pode olvidar o importante papel que desempenha.

As terras americanas eram conhecidas dos monarcas portugueses e espanhóis desde de 1486, quando por aqui esteve Afonso Sanches. Interessados nas notícias, os reis de Portugal mandaram para as novas terras inúmeras expedições exploradoras, entre elas as de GASPAR CORTE REAL, JOÃO FERNANDES LABRADOR e PERO DE BARCELOS, no intuito de confirmar o feito de Afonso Sanches.

Em outra margem, os governantes espanhóis não deram maior crédito à notícia e apenas tiveram sua atenção despertada, quando a esquadra do navegador Cristóvão Colombo não conseguiu aportar nas Índias, pelo ocidente, por ter encontrado grande extensão de terra que lhe impedia a passagem.

Diante da confirmação da existência de vasto território no ocidente, decidiram os reis de Espanha e Portugal firmar um tratado em 07 de junho de 1494, em que dividiam o espólio da América para suas conquistas e colonização. Era o Tratado de Tordesilhas.

Sucediam-se as viagens, agora consideradas como “segredo de Estado”, geralmente trazendo a bordo das naus degredados políticos que eram deixados, em grupo, em pontos estratégicos do Novo Mundo.

Assim é que, em 1501, desembarcava em “Cananor” ou “Cananéia”, o bacharel em Direito pela Universidade de Coimbra, Cosme Fernandes Pessoa que, rapidamente, foi obrigado a deixar aquelas paragens, já que constantemente era atacado pelos silvícolas.

Deslocando-se para o norte, “Mestre” Cosme Fernandes veio formar povoado nas cercanias de hoje São Vicente, em local oculto e protegidos por brejais.

Inobstante, a política de Portugal até então era a de mera exploração da região descoberta, o que facilitava as incursões de outras nações europeias, já que o segredo, como é fácil imaginar, havia chegado ao conhecimento de muitos.

Com a finalidade de estabelecer bases mais seguras para as operações da área, determinou o Rei João III que para cá rumasse Martin Afonso de Souza, com ordens expressas de colonizar as novas terras e daqui expulsar os navegantes de outras bandeiras.

²⁸ Disponível em: <<https://gife.org.br/terceiro-setor-nos-eua-e-comparavel-a-6a-economia-mundial/>> Acesso em 02 fev 2019.

Assim sendo, em 22 de janeiro de 1532, aportava em São Vicente, Martin Afonso de Souza, trazendo em sua companhia Brás Cubas, logo se estabelecendo no lugarejo fundado por Cosme Fernandes.

Rapidamente, sob a orientação de João Ramalho, que há muito ali residia, mandou edificar igreja, pelourinho e muitas casas novas que vieram a somar-se as já existentes, de tipo europeu, levantadas pela gente de Cosme Fernandes.

Além da Vila de São Vicente, estabeleceram os colonos trazidos por Martin Afonso, um povoado em Enguaguaçu, cabendo a Brás Cubas a missão de administrá-lo (região do sopé do Morro de São Jerônimo, atual Monte Serrat).

Em 1541, ocorreu um terrível maremoto que destruiu praticamente toda a Vila de São Vicente, fato que determinou a migração de seus habitantes para o nascente povoado de Brás Cubas, agora edificado nas cercanias da atual Alfândega.

Muitos estavam doentes, devido à insalubridade dos pântanos existentes. Por outro lado, as caravelas vindas da distante Europa traziam marinheiros e imigrantes enfermos.

Era necessário, pois, a fundação de um hospital, nos moldes dos existentes em Lisboa e no Porto, sob a invocação de todos os santos, com fins de misericórdia²⁹.

Lançada a pedra fundamental em 1542, por meio de contribuições da Igreja, dos moradores e da Coroa, foi a Santa Casa da Misericórdia, sob a designação de Hospital de Todos os Santos e com a proteção espiritual de Santa Izabel, Rainha de Portugal, esposa de D. Denis, o Lavrador, inaugurada em 1º de novembro de 1543.

A solenidade constou de missa campal, embandeiramento do prédio e posse da primeira mesa administrativa da Irmandade, tendo como presidente Brás Cubas o primeiro provedor.

O hospital, edificado no Outeirinho de Santa Catarina, hoje esquina das Ruas Constituição e Visconde do Rio Branco, serviu de pólo de atração para navegantes e habitantes de todo o litoral, trazendo enorme progresso para o povoado. O fato alavancou o surgimento da Vila, que tomou o nome de seu hospital, “De Todos os Santos”, mais tarde simplesmente “Santos”.

Cerca de três séculos após, em 04 de novembro de 1832, fundava-se a sociedade filantrópica destinada, paralelamente, à Irmandade, a angariar fundos para construção de novo hospital e manutenção da Santa Casa. As reformas e construções definitivas só foram concluídas em 1902.

Em 1928 sofreu o hospital uma terrível catástrofe, com o desabamento parcial do Monte

²⁹ Ernesto de Souza Campos. Santa Casa da Misericórdia de Santos, passim.

Serrat, necessitando mudá-lo de lugar. Em abril daquele ano, com a presença do então Presidente do Estado, Júlio Prestes, foi lançada a pedra fundamental do atual edifício, na esplanada do Bairro Jabaquara.

Finalmente, em 02 de julho de 1945, diante do Presidente da República, Getúlio Dornelles Vargas, foi inaugurado o atual prédio, documento sólido de perseverança e amor ao próximo, sendo, sem dúvida nenhuma, o marco primeiro da existência fundacional em terras brasileiras³⁰.

³⁰ José Eduardo Sabo Paes, **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**, p. 113: “Legalmente, entretanto, só se ouviu falar de fundações no início deste século. A Lei nº 173, de 10 de setembro de 1903, conferia personalidade jurídica a entidades com fins lucrativos, científicos e religiosos, inobstante a doutrina, com Martinho Garcez, já reconhecer a figura jurídica fundacional mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil. Assim, com o advento do Código Civil Brasileiro, em 1º de janeiro de 1916, houve a consolidação no ordenamento jurídico positivo do instituto fundacional como pessoa jurídica de direito privado, dotada de um patrimônio composto de bens livres, destinados a uma finalidade social determinada”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim destas linhas, cabe-nos sumariar os seguintes remates:

1- Na Grécia Antiga, por volta de 387 a.C., surgem os primeiros traços fundacionais, nos trabalhos de Platão e Isócrates, através da criação da Academia (pelo primeiro) e a Escola Política (pelo segundo).

Cerca de 240 a.C., no Egito, outro embrião se detecta, qual seja, a Biblioteca do Rei PtolomeuI;

2 – No antigo Império Romano, as fundações não se incluíam no elenco de entes com capacidade jurídica. Apesar de tal fato, as mesmas existiam na forma de fundações fiduciárias. Para compensar a falta de capacidade, se constituíam em benefício de uma cidade ou de um colégio, adquirindo estes a propriedade do patrimônio destinado;

3 – No direito Justiniano, inicia-se o reconhecimento de certa capacidade jurídica aos estabelecimentos de beneficência, para que recebessem e aceitassem doações, para adquirir frutos e para serem partes em litígios. Em consequência, surge a ideia de uma personalidade jurídica que, gradativamente, foi sendo acolhida pelos juristas de antanho;

4 – No direito Germânico medieval, não existia o conceito de pessoa jurídica. Conseqüentemente, muito pouco se pode dizer que se conheceram as fundações com personalidade jurídica independente, dado que os bens destinados a obras pias consideravam-se pertencentes à Igreja, às associações e aos destinatários dos benefícios;

5 – Seguramente, o conceito de pessoa foi fixado pelos canonistas, motivados pela necessidade de defesa das prebendas (fundo patrimonial anexo a um benefício eclesiástico). O responsável por esta função poderia obter frutos e atuar em nome do fundo, mesmo sem ter a sua livre disposição. Em consequência, atribuía-se à prebenda a possibilidade de ser titular de direitos. Importante é sempre lembrar que a autorização episcopal aparece como requisito *sine qua non* de constituição das fundações no Direito Canônico, lembrando a moderna técnica de reconhecimento administrativo;

6 – Em meados da Idade Moderna, com a Reforma Protestante, marca-se o período a partir do qual surgem as primeiras leis de beneficência, elaboradas em um primeiro momento pelos municípios e, posteriormente, pelo Estado, em uma tentativa de barrar ou, ao menos, amenizar a crescente classe dos desvalidos;

7 – A partir do séc. XVIII, os norte-americanos, após a Guerra de Secessão, motivados

pelo elevado número de desempregados, impulsionam a criação maciça de fundações, refletindo na atualidade o acertado incentivo;

8 – A inauguração, em 1543, da Santa Casa de Misericórdia de Santos é o marco primeiro da presença da instituição fundacional no Brasil.

REFERÊNCIAS

- BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil**. 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.
- CAMPOS, Ernesto de Souza. **Santa Casa de Misericórdia da Santos**. São Paulo: Ed. Elvino Pocai, 1943.
- CATALANO, Gaetano. Persona giuridica (diritto intermedio). In: **Novissimo digesto italiano, XII**. Torino: UTEF, 1965.
- COELHO, Luiz Fernando. Fundação. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v.39.
- CRETELLA JR. José. **Curso de direito romano**. 14ª ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- DE CASTRO, Federico. **La persona jurídica**. Madri: Editorial Civitas, 1984.
- _____. **El negocio jurídico**. Madri: INE, 1991.
- ESPINOSA ANTA, J. L. **La fundación. El negocio jurídico fundacional**. Madri, 1962.
- FEENSTRA, R. Le concept de fondation du droit romain classique jusqu'à nos jours; théorie et pratique. **RIDA**, n.3, 1956.
- FERRARA, Francesco. **Teoría de las personas jurídicas**. Trad. Eduardo Ovejero y Mauri. Ed. Reus, 1929.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1956, v. 1.
- GUSMÃO, Sady Cardoso de. Fundação. In: **Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, v. XXIII.
- KARL, Barry & KATZ, Stanley. **The american private philanthropic foundation and the public sphere**. Minerva, 1981.
- MURGA, J. L. **La continuidad “post mortem” de la fundación cristiana y la teoría de la personalidad colectiva**. Madri: AHDE, 1968.
- ORESTANO, Riccardo. **Il problema delle fondazioni in diritto romano**. Torino: UTET, 1959.
- PAES, José Eduardo de Sabo. **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 9ª ed., São Paulo: Editora Forense, 2018.
- SALOMON, Lester M. **America's nonprofit sector: a primer**. ISBN, 1999.