

PARECER n.º 1/2013**DATA: 15-01-2013****ASSUNTO: Qualificação jurídica da Fundação da Caixa Geral de Depósitos - Culturgest**

Em carta datada de 11 de dezembro de 2012, o Conselho de Administração da “Fundação da Caixa Geral de Depósitos – Culturgest” (Culturgest) solicitou ao Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros ao abrigo do disposto na Lei-Quadro das Fundações, (arts. 4.º, 3 e 13.º, 5.c)), aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de julho (Lei-Quadro), que submetesse a pronúncia deste Conselho Consultivo das Fundações (Conselho), a questão da natureza privada ou pública da Culturgest, atentas as razões aduzidas no processo junto a tal carta.

Tendo em conta os normativos invocados, o Secretário de Estado enviou para este Conselho o pedido de pronúncia previsto no acima citado n.º 3 do art.º 4.º da Lei-Quadro, visando obter resposta à questão suscitada.

É precisamente disso que agora se trata, ou seja, de apresentar um projeto de pronúncia sobre a questão da natureza jurídica da Culturgest face ao quadro classificativo constante do n.º 1 do art.º 2.º da Lei n.º 1/2012, de 3 de janeiro (Lei do Censo).

Convém, por isso, dizer que a questão surge porque na apreciação das respostas ao inquérito, com base nas quais foi elaborado “o censo dirigido às fundações nacionais ou estrangeiros que prosseguiam e prosseguem os seus fins em território nacional”, a Culturgest foi classificada como “fundação pública de direito privado” (alínea e) do n.º 1 do art.º 2.º da Lei do Censo).

Não se conformou com tal classificação a fundação classificada e por isso pediu esta pronúncia, em conformidade, aliás, com o disposto no n.º 3 do art.º 4.º da Lei-Quadro sobre o modo de resolução das dúvidas, porventura persistentes em matéria da natureza privada ou pública das fundações, considerando como prevalecente a classificação que resultar da pronúncia deste Conselho.

1. – A Questão

Como a própria designação da Fundação classificada o indica, sem margem para quaisquer dúvidas, esta foi instituída (criada) pela Caixa Geral de Depósitos, S.A. (CGD), tendo “por finalidade o desenvolvimento de atividades culturais, artísticas e

científicas” (art.º 4.º dos Estatutos) assim contribuindo para a efetivação da sua responsabilidade social, enquanto empresa de relevo no meio bancário nacional.

CGD que, como é sabido, foi criada por carta de Lei de 10 de abril de 1876, mas que viu alterada a sua orgânica, estrutura e natureza jurídica por força do disposto no Decreto-Lei n.º 297/93, de 20 de agosto que, também, modificou a sua denominação social: de “Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência” passou a “Caixa Geral de Depósitos, S.A.”.

Quer dizer, a entidade pública, criada por carta de Lei de 1876, passou a sociedade anónima, regulada pelo Código das Sociedades Comerciais e pela legislação bancária aplicável, por força do disposto no art.º 1.º, 2. do Decreto-Lei n.º 287/93, de 20 de agosto em conformidade com os arts. 1.º e 4.º do Estatuto da Caixa aprovado por este mesmo diploma (DL n.º 287/93).

Enquanto sociedade anónima, embora de capitais exclusivamente públicos, a Caixa passou de pessoa coletiva de direito público, que era, a pessoa coletiva de direito privado, sujeita ao quadro legal a que estão sujeitos os demais bancos que com ela concorrem no mercado, perdendo os direitos e privilégios “exorbitantes”, que antes detinha, para usar a expressão do Prof. Doutor Meneses Cordeiro que cita, entre outros, o direito ao exclusivo do depósito das remunerações dos funcionários públicos.

Aliás, ninguém, mesmo a Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros põe em causa a natureza de pessoa coletiva de direito privado da Caixa, entidade que instituiu a Culturgest.

O que significa que a Culturgest foi instituída por uma pessoa coletiva de direito privado, ou seja, a Caixa. Por uma e apenas por uma.

Apesar disso, ou seja, apesar de reconhecer que a Culturgest foi instituída por uma pessoa coletiva de direito privado, os responsáveis pelo censo classificaram-na como fundação pública de direito privado.

E apesar de lhes ter sido chamada a atenção para o facto pela Culturgest, insistiram os mencionados responsáveis nessa ideia, o que conduziu à situação prevista no art.º 4º, 3. da Lei-Quadro, e levou o Secretário de Estado a solicitar a pronúncia deste Conselho sobre as dúvidas assim criadas a respeito da natureza privada ou pública da Culturgest.

Este o caso, esta a diferença de opiniões que geraram dúvidas sobre a classificação a atribuir à Culturgest.

2. – Posições em confronto e razões invocadas pelos seus protagonistas

De um lado está a Culturgest, apoiada num parecer dos Serviços Jurídicos da Caixa e num parecer de dois membros da sociedade de advogados PLMJ.

Ambos defendem que a Fundação é uma Fundação de Direito Privado.

Do outro lado, está o Secretário de Estado da Administração Pública que, a uma carta escrita à Fundação sobre o assunto, juntou um anexo com a apreciação dos considerandos apresentados pelo Conselho de Administração da Fundação, na qual se conclui em favor da tese que apoia a sua classificação como Fundação Pública de Direito Privado – alínea c) do n.º 1 do art.º 2.º da Lei do Censo e alínea c) do n.º 1 do art.º 4.º da Lei-Quadro.

Identificados os protagonistas das duas teses em confronto, segue-se indagar e avaliar as razões invocadas por cada um.

2.1. – Argumentos em favor da Fundação Pública de Direito Privado

Do lado dos defensores da classificação como Fundação Pública de Direito Privado, depois de se reconhecer, e apesar disso, a natureza privada do único fundador, a Caixa, entende-se que atentas as circunstâncias do caso, o Governo enquanto órgão do Estado, pode exercer uma influência dominante sobre a Fundação.

Entende-se assim porque o Estado é o único acionista da Caixa e esta, por sua vez, é a única fundadora da Culturgest.

Daí que, e ainda em seu entender, estejam preenchidos os requisitos de que o legislador (citada alínea c) do n.º 1 do art.º 2.º da Lei do Censo) faz depender a classificação das fundações como fundações públicas de direito privado.

2.1.1. - Apreciação

Sendo verdade que o Estado é o único acionista da Caixa e que a Caixa é o único fundador da Culturgest não é verdade que de tal situação se possa inferir que estejam preenchidos todos os requisitos de que a lei aplicável faz depender a qualificação da Fundação em causa (a Culturgest) como Fundação Pública de Direito Privado.

Com efeito, o Estado criou por Carta de Lei, posteriormente alterada por Decreto-Lei, a Caixa Geral de Depósitos, S.A., mas não criou a Fundação Culturgest.

Quem criou a Culturgest foi a Caixa Geral de Depósitos, S.A. que todos reconhecem como sendo uma pessoa coletiva de direito privado.

Logo não estão cumpridos os requisitos de que a alínea c) do n.º 1 do art.º 2.º da Lei n.º 1/2012, de 3 de janeiro, faz depender a qualificação como fundação pública de direito privado, desde logo a presença no ato fundacional de uma ou mais pessoas coletivas de direito público e depois o exercício por parte de tal ou tais pessoas de uma influência dominante na vida da fundação. Ora, no caso em exame só participou uma pessoa, e privada, no ato fundacional. Não pode, pois, haver influência dominante exercida pela pessoa ou pessoas públicas que tenham participado no ato fundacional. Em tal ato só participou uma pessoa e privada, insiste-se.

2.2. - Argumentos a favor da Fundação Privada

Do lado contrário, ou seja, do lado dos defensores da classificação da fundação como Fundação de Direito Privado, invocam-se três argumentos. Antes do mais um argumento assente no facto de, tanto nos estatutos da Fundação, cfr. art.º 2.º dos Estatutos da “Fundação Caixa Geral de Depósitos – Culturgest” publicados no Diário da República, 2.ª série, n.º 210, de 31 de outubro de 2007 (“A Fundação (...) é uma pessoa colectiva de direito privado que se regerá pelos presentes estatutos e, em tudo o que neles for omissivo, pela legislação aplicável.”, como na declaração de utilidade pública constante do Despacho n.º 5942/2010, assinado pelo Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministro, de 19 de março de 2010, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 5 de abril de 2010, (“A Fundação (...) pessoa coletiva de direito privado...”), se considera expressamente a Culturgest como Pessoa Coletiva de Direito Privado.

2.2.1 - Apreciação

Trata-se de um argumento formal, mas de importância relevante, pois significa que o Governo, ou seja, o mesmo órgão do Estado que agora aparece a defender que a Fundação é uma Pessoa Coletiva Pública de Direito Privado, comprometia-se há menos de dez anos com a posição contrária.

E sendo embora certo que o enquadramento jurídico das fundações conheceu, entretanto, modificações de monta, como sem dúvida são as que resultam da publicação da Lei n.º 1/2012, de 3 de janeiro (Lei do Censo) e da Lei n.º 24/2012 (Lei-Quadro das Fundações), a verdade é que tais modificações vieram sobretudo corroborar a tese da natureza privada da Culturgest.

2.3. - Ato fundacional

Quanto ao segundo argumento, respeita já à instituição da fundação e mais concretamente à determinação da natureza jurídica da pessoa ou pessoas coletivas que assumiram a responsabilidade de a instituir. Acontece que, no caso em apreço, a instituição da fundação foi assumida apenas por uma só pessoa coletiva que é, como já se viu, privada ou de direito privado: a Caixa Geral de Depósitos, S.A..

2.3.1. - Apreciação

A qualificação de uma qualquer fundação como pública de direito privada, ou seja, em conformidade com o disposto na já citada alínea c) do n.º 1 do art.º 2.º da Lei do Censo, implica que, na sua instituição tenham participado, uma ou mais pessoas coletivas públicas, em conjunto ou não com pessoas de direito privado. Quer dizer que estamos perante um pressuposto falhado.

Na instituição desta fundação (Culturgest) participou apenas uma pessoa coletiva que, era e é, como se viu, de direito privado: a Caixa.

2.4. - Influência Dominante

Por sua vez, o terceiro argumento tem que ver não com a instituição, ou o momento fundacional da nova Fundação, mas com a sua própria vida e atividade.

Com efeito, na já citada alínea c) do n.º 1 do art.º 2.º da Lei do Censo (confirmada na mesma alínea c) do n.º 1 do art.º 4.º da Lei-Quadro), ou seja, na definição das fundações públicas de direito privado, para além dos requisitos respeitantes ao momento fundacional, considera-se indispensável que a ou as pessoas coletivas públicas que participaram na instituição da fundação, isolada ou conjuntamente, com pessoas coletivas privadas, detenham uma influência dominante sobre a fundação instituída, neste caso, a Culturgest.

2.4.1. - Apreciação

Mas no caso da Culturgest, conforme se deixou já dito, no ato de Instituição da Fundação apenas participou uma pessoa coletiva de direito privado: a Caixa.

Aliás não há que falar de influência dominante, na exata medida em que há apenas uma entidade fundadora e muito menos de influência exercida por pessoa ou pessoas coletivas de direito público, na medida em que há apenas uma pessoa coletiva e de direito privado o que corresponderia a um caso de domínio de si própria por si própria. Na verdade, a única pessoa coletiva que teve intervenção no processo foi a Caixa que, como se sabe, é pacificamente considerada na doutrina e na jurisprudência, uma pessoa coletiva de direito privado.

A única especificidade que existe neste caso é a que resulta da unipessoalidade, ou seja, de só haver um acionista na sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos que é a Caixa, situação que no n.º 2 do art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 287/93, de 20 de agosto, se determina que venha a manter-se, mesmo em futuros aumentos de capital.

Com efeito, o normativo correspondente ao art.º 11.º, 1. dos Estatutos da Caixa, não configura uma situação de domínio de qualquer pessoa coletiva pública sobre a vida da Caixa e muito menos sobre a Fundação por ela instituída, destinando-se, antes, a regular a situação especial emergente do facto de o Estado ser acionista único da Caixa, nada sendo na vida da Fundação por esta criada ou instituída.

Não se vê, pois, como possa deduzir-se de qualquer aspecto das relações entre a Caixa e o seu único acionista, ou seja, o Estado, a existência de uma relação de domínio entre o Estado e uma fundação criada pela Caixa, como é o caso da Culturgest.

Trata-se, com efeito, de aspectos como o de saber quem representa o Estado acionista nas Assembleias Gerais da Caixa, e como é designada tal pessoa, o que nada tem a ver com a definição de condições para o exercício de uma influência dominante.

Posto o que, a única conclusão a tirar é a de que o regime das relações entre a Caixa e o seu único acionista, o Estado, a própria definição constante dos seus Estatutos e do diploma de 1993, não permitem, em conjunto ou separadamente, concluir que a Culturgest se encaixa na definição de Fundação Pública de Direito Privado, tal como

consta da alínea c) do n.º 1 do art.º 2.º da Lei do Censo e da Lei-Quadro das Fundações (alínea c) do n.º 1 do art.º 4.º).

Antes pelo contrário, o que os normativos citados fazem é corroborar a afirmação de que a Culturgest é uma fundação privada.

4. – Consideração final

Vai pois, no sentido apontado a resposta, a única que entendemos pode ser dada à questão formulada pelo Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros, tendo em conta o disposto nas leis aplicáveis ao caso, ou seja, a Lei do Censo (Lei n.º 4/2012, de 3 de janeiro) e a Lei-Quadro das Fundações, aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de julho.

Na verdade, nenhuma outra resposta encontra o mínimo acolhimento na letra dos preceitos já acima citados das duas leis aplicáveis: o art.º 2.º, 1 da Lei do Censo e o art.º 4.º, 1. da Lei-Quadro.

Isto porque, ao interpretar tais preceitos não pode deixar de se ter na melhor atenção o enquadramento que resulta do disposto no art.º 9.º do Código Civil sobre a interpretação da lei, designadamente no seu n.º 2, segundo o qual:

“Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.”

Ora, pretender que a Culturgest, instituída como fundação privada por um único fundador – a Caixa Geral de Depósitos, S.A.” – que também é uma pessoa coletiva privada, está sujeita à influência dominante do Governo, para efeitos do disposto na alínea c) do n.º 1 do art.º 2.º da Lei do Censo não encontra na letra da lei o mínimo acolhimento, designadamente no disposto na citada Lei do Censo e na Lei-Quadro.

Razão por que não pode tal pretensão ou raciocínio servir de fundamento para a qualificar como fundação pública de direito privado.

Significa isso que a letra da lei (Lei do censo e Lei-Quadro) proporciona, sem dúvida, o entendimento exclusivo que está na base da resposta a dar ao Secretário de Estado tal como aqui a propomos. Não devemos porém deixar de assinalar, que, no seu conjunto, as duas leis carecem de ver melhorados alguns dos seus dispositivos como é o

caso da necessidade de conciliar as versões que, em cada uma, respeitam à qualificação das fundações.

5. - Conclusão

5.1. - A Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência foi transformada em “Caixa Geral de Depósitos, S.A.” pelo Decreto-Lei n.º 287/93, de 20 de agosto;

5.2. - Passou, assim, a ser uma sociedade comercial anónima, de capitais exclusivamente públicos, regida pelo diploma que a transformou, pelos seus estatutos publicados em anexo, pelas normas gerais e especiais aplicáveis às instituições de crédito e pela legislação aplicável às sociedades anónimas (Código das Sociedades Comerciais);

5.3. - Por instrumento notarial, de 2 de outubro de 2007, foi instituída a Fundação Caixa Geral de Depósitos – Culturgest tendo por finalidade o desenvolvimento de atividades culturais artísticas e científicas, ou seja, ajudando a efetivar a responsabilidade social da Caixa;

5.4. - A Culturgest foi dotada pela Caixa de uma dotação inicial de três milhões e quinhentos mil €;

5.5. - Entretanto, a Lei n.º 1/2012, de 3 de janeiro, determinou que fosse realizado um censo às fundações nacionais e estrangeiras, que prosseguissem os seus fins em território nacional;

5.6. - Em resultado do averiguado em tal censo, foi feita uma ficha de avaliação de cada fundação e a Culturgest foi nessa ficha classificada como sendo uma Fundação Pública de Direito Privado;

5.7. - Não se conformou o seu Conselho de Administração que, por diversas razões, preferia a classificação de Fundação Privada, aliás a única compatível com a letra da lei aplicável;

5.8. - Depois de trocadas cartas e ofícios com o Secretário de Estado da Administração Pública, a Culturgest acabou pedindo ao Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros que remetesse o caso para este Conselho Consultivo das Fundações para que se pronunciasse sobre o assunto, ao abrigo do disposto no n.º 3 do art.º 4.º da Lei-Quadro das Fundações, aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de julho;



5.9. - Tudo ponderado, com base nos elementos fornecidos pelos autos, concluímos o seguinte:

5.9.1 - A Caixa, a partir do Decreto-Lei n.º 287/93, de 20 de agosto, passou a ser uma pessoa coletiva privada enquanto sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos;

5.9.2. - A Caixa instituiu a “Fundação Caixa Geral de Depósitos – Culturgest”, como forma de efetivar a sua responsabilidade social;

5.9.3. - A Culturgest foi portanto fundada (instituída) por uma pessoa coletiva privada que foi, aliás, a sua única fundadora;

5.9.4. - A influência dominante exercida sobre a atividade da Culturgest é-o apenas e tão só pela Caixa, que é uma sociedade anónima e, portanto, uma pessoa coletiva privada;

5.9.5. - Tratando-se, aliás, de uma sociedade anónima de um único acionista não cabe aqui falar de influência dominante. Trata-se de exercer a influência própria da única entidade fundadora da Culturgest, que é uma pessoa coletiva privada e nada mais.

São, pois, estas as conclusões do parecer votado por unanimidade neste Conselho Consultivo das Fundações e que submetemos à consideração do Senhor Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros.

Aprovado por unanimidade.

Lisboa, 15 de janeiro de 2013.