



PARECER n.º 6/2013

DATA: 17-06-2013

ASSUNTO: Fundação das Casas de Fronteira e Alorna

CONSULTA

É solicitado pelo Senhor Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros, por Despacho de 13 de março de 2013, o parecer deste Conselho Consultivo sobre as diversas questões acerca da legalidade dos Estatutos da Fundação das Casas de Fronteira e Alorna suscitadas na Informação DAJD/95/2013, de 2013.01.30, a qual aqui se dá por reproduzida.

Mais concretamente, pede-se no citado Despacho a nossa apreciação sobre o processo de constituição daquela Fundação e a pronúncia sobre o procedimento a adoptar em consequência da análise que for feita.

PARECER

I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1. A Fundação das Casas de Fronteira e Alorna foi criada por escritura pública de 29 de julho de 1989 e reconhecida por ato do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna constante de Portaria publicada no Diário da República, II Série, de 27 de outubro de 1989.

O procedimento administrativo de reconhecimento registou divergências entre vários Departamentos do Estado quanto à legalidade de diversos preceitos estatutários, algumas persistindo após o reconhecimento, aquando do pedido de designação do Presidente do Conselho Fiscal da Instituição a ser feito pelo Ministério das Finanças (1990). Nessa oportunidade, a Inspeção-Geral de Finanças (IGF) sustentou a nulidade do reconhecimento, sendo, porém, o pedido de que fosse promovida a declaração desta arquivado pela Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna.

O problema da legalidade dos Estatutos da Fundação é agora reposto pela Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros (PCM), a propósito da apreciação do pedido de confirmação do estatuto de utilidade pública feito pela Fundação em causa, em cumprimento do disposto no n.º 7 do art.º 6.º da Lei n.º 24/2012, de 9 de julho.

A adequação da denominação, dos estatutos e da respetiva orgânica sempre se tornaria obrigatória, por força do disposto no n.º 4 do citado art.º 6.º da Lei n.º 24/2012, para as fundações que já possuam estatuto de utilidade pública, como é o caso da que nos ocupamos. Deste modo, a latitude do exame a que procedeu a Secretaria-Geral da PCM seria sempre exigível, mesmo que se concluísse pela existência de um caso resolvido e conseqüente inimpugnabilidade contenciosa do ato de reconhecimento. A caducidade do estatuto de utilidade pública não envolveria a extinção da fundação, a menos que o seu fundamento assentasse em ilegalidade estatutária insanável. Nesta última hipótese, como veremos adiante, os efeitos da ilegalidade estatutária repercutem-se no objeto do ato de reconhecimento, determinando a sua nulidade e impedindo que alguma vez tivesse havido caso decidido ou resolvido.

II - A QUESTÃO DA LEGALIDADE DOS ESTATUTOS DA FUNDAÇÃO DAS CASAS DE FRONTEIRA E ALORNA E DO SEU RECONHECIMENTO SUSCITADA NOS PARECERES DA IGF E DO SENHOR PROFESSOR FAUSTO QUADROS

1. Questão logicamente anterior, e portanto prévia à da confirmação do estatuto de utilidade pública das fundações, é o da sua existência jurídica como pessoa coletiva.

Um acervo de bens que se pretende constituir como fundação privada para a prossecução de certos fins, mas cujo ato de instituição, ou cujos estatutos estejam feridos de grave ilegalidade geradora de nulidade do negócio jurídico, nulidade que, por sua vez, cause necessariamente, por falta de objeto, a nulidade absoluta do ato administrativo de reconhecimento, não é uma pessoa coletiva. Não será assim considerada uma fundação no ordenamento jurídico português, não se lhe podendo aplicar as normas que pressupõem necessariamente que os seus destinatários de tipo fundacional são sujeitos de direito. Os conceitos de direito positivo de fundação e de fundação privada, dados respetivamente nos art.º n.º 3,1 e 14.º,1, da Lei-Quadro anexa à Lei n.º 24/2012, não são, neste ponto, inovadores, mas meramente conceitos síntese, interpretativos tanto daquela Lei como do Capítulo II, do Título II, do Livro I do Código Civil de 1996.

Começaremos por isso pela questão prévia da legalidade dos estatutos e do reconhecimento da Fundação das Casas de Fronteira e Alorna. Este foi, aliás, o caminho seguido, por razões óbvias, pelas diversas informações dos serviços da Administração, designadamente a IGF, ao analisarem o problema da viabilidade do



reconhecimento da instituição, num momento em que a atribuição do estatuto da utilidade pública ainda se não punha.

2. Qual é a observação crítica mais importante nos dois Pareceres da IGF, respetivamente de 16/10/1987 e de 10/4/1990?

A principal objeção, entre as várias formuladas, reside na falta de autonomia da pessoa coletiva que se pretende constituir face aos seus instituidores e na prevalência dos interesses privados de uma família em cotejo com os interesses sociais justificativos da atribuição da personalidade coletiva à nova entidade. Deste modo, esta não se enquadra no conceito legal de **fundação**, o qual não admite um substrato pessoal, mas apenas patrimonial.

Do ponto de vista técnico este desiderato de intervir na fundação já depois de criada, obtém-se pela criação de títulos de participação, em número de quatrocentos, transmissíveis por vida ou por morte, sem limitações temporais de validade, dos quais duzentos e cinquenta e seis ficam desde logo registados a favor do Representante das Casas de Fronteira e Alorna - art.º 6.º, 1, e 4, a), dos Estatutos da Fundação, adiante designados simplesmente por Estatutos.

O Instituidor principal (o que deu a contribuição mais valiosa para o património da Fundação), o seu cônjuge, e os futuros presidentes do Conselho Diretivo - os quais, em princípio, são os Representantes das Casas de Fronteira e Alorna, conservam, também, os seus direitos de uso dos Jardins e Palácio com a condição de que tal uso não prejudique as atividades da Fundação e respeite as imposições legais da sua qualificação como monumento nacional - art.º 5.º, 4, dos Estatutos.

Com efeito, e como mais detidamente se dirá a seguir, a titularidade dos duzentos e cinquenta e seis títulos de participação, inerentes à posição do Representante das Casas de Fronteira e Alorna, quer do atual, quer dos futuros, aliado ao facto da Assembleia Geral, constituída pelos titulares dos títulos de participação, ser o órgão mais importante da Fundação, e das deliberações daquela serem **soberanas** dentro dos limites da lei e dos estatutos, concedem ao Instituidor e à sua família uma dominância sobre a nova pessoa coletiva que não é consentânea com a sua natureza fundacional.

3. O Prof. Fausto de Quadros foi consultado pela Secretária de Estado da Cultura sobre o Projeto de Estatutos da Fundação instituenda. Conhecedor do parecer da

Direcção-Geral do Património e do primeiro parecer da IGF, considera, quanto ao mais relevante e decisivo óbice levantado pela Administração que, no Projeto, o instituidor “não está antes e aquém da fundação, porque tem, por si e pelos seus representantes, parte ativa, decisiva e determinante dentro da fundação, no governo dela e na escolha do seu destino”. E, acrescenta: “Para além disso, o que avoluma a dimensão do que acabo de dizer, o fim prosseguido pela fundação não é inteiramente alheio ao fundador, não é inteiramente altruísta”.

Fausto de Quadros sublinha depois, a subordinação da estrutura orgânica proposta para a Fundação ao propósito de manter “as prerrogativas de Representante das Casas”, o que entende ser pior ainda do que apontar à Fundação um fim predominantemente não altruísta.

O Administrativista conclui o seu douto Parecer, sugerindo, em função das suas críticas, alterações ao Projeto, sem as quais a Fundação não poderá ser reconhecida.

A grande maioria dessas sugestões não foi, todavia, acolhida na escritura de instituição da Fundação tendo esta, apesar disso sido objeto de reconhecimento por parte do Estado, o que deu azo à renovação dos reparos no segundo Parecer da IGF.

III - DA ILEGALIDADE DOS ESTATUTOS DA FUNDAÇÃO DAS CASAS DE FRONTEIRA E ALORNA E SUAS CONSEQUÊNCIAS ACTUAIS

4. A Fundação, cuja legalidade apreciamos, foi instituída e reconhecida em 1989, há, por conseguinte, mais de vinte e quatro anos. Hoje, importa não só averiguar da legalidade da sua criação e, depois, do seu ato de reconhecimento, mas, também, em caso de desconformidade com a lei de uma e outro, se a passagem de um tão largo período de tempo sem qualquer reacção da Administração ou do Ministério Público, envolve consequências jurídicas que modifiquem a situação inicial. Não deve também olvidar-se ter-se registado recentemente, em 2012, uma importante alteração legislativa com a publicação da Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, que introduziu modificações e aditamentos no Código Civil e aprovou a Lei-Quadro das Fundações.

5. Já tivemos oportunidade de referir que, na maioria dos pareceres e informações dos órgãos da Administração Pública que se pronunciaram sobre o Projeto de Estatutos da Fundação que analisamos e no Parecer do Prof. Fausto de Quadros sobre a mesma matéria, foram expressos juízos negativos sobre a legalidade de muitas das cláusulas do negócio jurídico de criação da nova entidade e sobre a inviabilidade do seu



reconhecimento. Mesmo depois deste ter ocorrido, quer o segundo Parecer da IGF em 1990, quer a Informação DAJD/95/2013, da Secretaria-Geral da PCM, já deste ano, têm dúvidas sobre a conformidade legal dos atos de instituição e de reconhecimento. Nós próprios, embora incidentalmente, adiantámos a nossa concordância com aqueles juízos negativos. É tempo de desenvolvermos um pouco mais a nossa posição e as suas consequências quanto ao *modus faciendi* a seguir posteriormente.

6. Sem discordarmos das considerações feitas quanto à diferenciação entre pessoas coletivas privadas de fim desinteressado de tipo associativo e de tipo fundacional com base no substrato pessoal e patrimonial das primeiras e apenas patrimonial das segundas, preferimos examinar a questão sob a ótica do âmbito da autonomia de que dispõe o sujeito de direito no uso da instituição jurídica fundação e das limitações impostas pela lei a essa autonomia para que o ato de reconhecimento e a atribuição da personalidade jurídica sejam realizáveis. Pode, aliás, acontecer que a vontade real do instituidor não tenha acolhimento perante a lei, por esta entender que o fim principal que aquele pretende que a Fundação prossiga não é merecedor da concessão da personalidade jurídica.

O tema respeita ao conjunto de problemas que podem ser resolvidos lançando mão do instrumento operacional e regulatório **fundação**. Responde designadamente à pergunta sobre a admissibilidade de criar e ver reconhecidas pelo ordenamento como pessoas coletivas fundações de fins particulares, nomeadamente as chamadas fundações familiares. No limite pode ajudar a esclarecer se, para além das situações transitórias à espera de que se conclua o procedimento do reconhecimento, as fundações não independentes (*Unselbständige Stiftungen*), isto é, sem personalidade jurídica, podem ser, no nosso ordenamento, mais do que outra forma de designar patrimónios ou universalidades com alguma forma de gestão organizada e duradoura (veja-se, sobre esta matéria, Volker Beuthien/H,Gummert,Verein.Stiftung büergerlichen Rechts, Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3ª Ed., Munique, 2009, pág.1274 e segs.; e Seifart / v. Campenhausen Stiftungsrechts-Handbuch, 3.ª Ed., Munique, 2009, pág. 593 e segs.).

No direito português, ao invés do que acontece, por exemplo, nos ordenamentos jurídicos alemão e italiano, a *figura juris* fundação está tradicionalmente reservada para entidades que prosseguem fins de utilidade pública ou coletiva, por contraposição a fins particulares (nesse sentido, Marcello Caetano, Das Fundações, Lisboa,1961, pág., 18 e segs.).

Com efeito, tal como no Código Civil de Seabra, o art.º 157.º do Código Civil atual refere, a abrir o capítulo sobre as pessoas coletivas, ser este aplicável apenas às fundações de interesse social, e o art.º 188.º, 1, na sua redação inicial, negava, por sua vez, o reconhecimento a fundação cujo fim não fosse considerado de interesse social. Este é entendido como um fim ideal ou desinteressado por ser em benefício de uma generalidade de pessoas insuscetíveis de poderem individualizar-se de antemão. Pelo contrário, como faz notar Marcello Caetano, as fundações familiares visam realizar o interesse particular, material ou moral, de pessoas determinadas - ob. ant. cit., pág.22.

A redação, dada ao n.º 1 do art.º 185.º pelo art.º 3.º da Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, é ainda mais assertiva: *“As fundações visam a prossecução de fins de interesse social...”*. Por seu turno, a Lei-Quadro das Fundações, no seu art.º 3.º, sob a epígrafe “conceitos”, diz, no n.º 1, que *“A fundação é uma pessoa coletiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social”*, e no seu n.º 2, que *“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 a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios...”*, listando, em seguida, exemplos desses interesses sociais. No art.º 14.º, a abrir o Título II sobre as fundações privadas, da citada Lei, repete-se, uma vez ainda, que esta prossegue fins de interesse sociais e no art.º 23.º, a propósito da recusa do reconhecimento, autonomiza-se como fundamento, no seu n.º 1,b), a circunstância de os fins da fundação não serem considerados de interesse social, designadamente se aproveitarem ao instituidor ou sua família ou a um universo restrito de beneficiários com eles relacionados.

Os novos preceitos, como já se referiu, não inovam assim quanto a este ponto. São unicamente mais enfáticos e expressivos do que o era o direito anterior.

Temos, pois, que concluir que o objetivo principal, embora não único, com que o Instituidor criou a Fundação das Casas de Fronteira e Alorna, o de preservar no controlo da Família, através, sobretudo, do seu Representante, o Palácio Fronteira, mantendo igualmente determinados privilégios quanto ao seu uso e permitindo também constituir um esteio importante da unidade familiar ao longo das gerações, não pode ser alcançado através deste instrumento legal.

O ordenamento jurídico português não põe à disposição dos sujeitos de direito que pretendam conseguir efeitos similares aos da propriedade vinculística ou do morgadio, ou mesmo mais simplesmente, garantir a conservação da propriedade familiar, soluções que satisfaçam essas necessidades regulatórias. Admitimos que *de jure condendo* haveria vantagem em que a lei se revelasse mais dúctil e com uma oferta de soluções mais variada, mas, em termos de direito positivo português, ou, pelo menos, através da instituição pessoa coletiva de tipo fundacional, essa possibilidade de regulamentação jurídica não existe. O negócio fundacional é um negócio jurídico típico, com um procedimento disciplinado em parte pelo Direito Civil e em parte pelo Direito Administrativo e cuja finalidade não pode ser diferente da prevista na lei (ver Juan-Cruz Turrillas, *Fundaciones y Derecho administrativo*, Madrid, 2010, pág. 342 e segs.).

Nada obsta, porém, a que se possa constituir uma associação, com número fechado de sócios, todos membros da Família, e com uma organização interna muito próxima da que se adotou na constituição do substrato da frustrada Fundação. Essa associação gozará de personalidade jurídica reconhecida normativamente.

7. A asserção feita no número anterior sobre ser a manutenção do controlo familiar sobre o património atribuído pelos instituidores à Fundação que examinamos, o fim principal desta, e que se pretende que perdure de geração em geração, é confirmada por modo irrefutável pela estrutura organizatória que foi desenhada nos respetivos estatutos. Ela permite apurar, sem sombra de dúvida, a vontade real do instituidor.

8. São órgãos da Fundação: A Assembleia Geral; O Conselho Diretivo; o Conselho Executivo; o Conselho Fiscal; o Conselho de Família; os Conselhos Consultivos e o Plenário dos Conselhos - art.º 12.º dos Estatutos.

Para os efeitos demonstrativos pretendidos, interessam-nos sobretudo a composição, competência e modo de funcionamento da Assembleia Geral, do Conselho Diretivo e do Conselho Executivo.

É também importante saber em que consistem e para que servem os títulos de participação. Estes, de acordo com art.º 6.º, 1 dos Estatutos, consistem em registos lavrados em livro próprio e aos seus titulares conferem unicamente o direito de voto na Assembleia Geral, à razão de um voto por cada título de participação ativo. Cada título atribuído corresponde a um certo valor doado pelos instituidores e demais doadores



consoante o tipo de património a que as doações se destinem, nos termos do n.º 5 do art.º 6.º, sendo os referidos valores atualizáveis segundo a inflação.

Os títulos de participação, pelo menos na fase inicial, não poderão ultrapassar o número de quatrocentos, sendo desde o momento da constituição da Fundação atribuído ao instituidor D. Fernando Mascarenhas, pelas doações já feitas, duzentos e cinquenta e seis, dos quais duzentos ficam registados a favor do Representante das Casas de Fronteira e Alorna - art.º 6.º, 4, a). Foram na altura atribuídos mais dez títulos - art.º 6.º, 4, b) e c).

Dispõe o art.º 13.º dos Estatutos que a Assembleia Geral é constituída pelos titulares de títulos de participação com direito a voto, isto é ativos. As suas deliberações são soberanas (*sic*) dentro dos limites da lei e dos estatutos e serão tomadas por maioria absoluta dos títulos de participação cujos titulares estejam presentes ou representados

Compete à Assembleia Geral deliberar, nos termos dos estatutos, sobre qualquer matéria relativa à Fundação, designadamente, sobre a aprovação do relatório e contas anual, o orçamento e o plano de atividades para o ano seguinte que lhe serão apresentados pelo Conselho Diretivo - art.º 13.º, 6.

O Conselho Diretivo é composto pelo Representante das Casas de Fronteira e Alorna que presidirá e por um número par de diretores entre dois e dez, cujo mandato de três anos é renovável sucessivamente; a cada quarenta títulos de participação cabe designar um vogal - 14.º, 1, a) e b). As competências mais relevantes do Conselho Diretivo foram mencionadas já quando referimos as propostas que lhe cabe fazer anualmente à Assembleia Geral.

Finalmente, ao Conselho Executivo, cujos membros, em número de cinco são designados, o presidente e dois vogais pelo Conselho Diretivo, e os outros dois por inerência de cargos administrativos que também desempenham, caberá a gestão corrente da Fundação - art.º 15.º, 1.

As competências em cascata destes três principais órgãos com supremacia, salvo pequenas reservas da Assembleia Geral, inteiramente dominada pelo Representante das Casas de Fronteira e Alorna, que nela tem maioria absoluta e, também, é em princípio, o Presidente do Conselho Diretivo, evidenciam sem lugar para dúvidas, o domínio que o Representante, como Chefe da Família, e a própria Família, em geral, exercem sobre a Fundação.

A preocupação de perpetuar essa posição dominante do Chefe de Família leva a consagrar um esquema sucessório que garanta o morgadio nos estatutos da instituição em relação ao seu património inalienável - art.º 14.º, 5 -, e de estabelecer uma maioria qualificada de 75% para que uma deliberação da Assembleia Geral, tomada sob proposta votada por igual maioria pelo Plenário dos Conselhos, possa alterar a proporção dos títulos de participação de que o Representante das Casas é titular - art.º 6.º, 6, a) e b).

9. O direito de uso de habitação permanente do Palácio por parte do representante das Casas de Fronteira e Alorna e igualmente o uso dos Jardins do mesmo por ele e os seus familiares revela também a prioridade do fim do interesse da família sobre os de ordem social, não se podendo considerar aqueles referidos direitos como um simples modo incidindo sobre a atribuição patrimonial feita à Fundação.

10. Do exame a que procedemos ao fim principal da Fundação e à orgânica consagrada nos seus estatutos resulta que o negócio jurídico unilateral instituidor da mesma é ilegal. Não pode criar uma fundação passível de adquirir a personalidade jurídica pelo reconhecimento

Prescreve o art.º 280.º do Código Civil que é nulo o negócio jurídico cujo objeto seja legalmente impossível. É este o caso. A nulidade existe desde o momento da escritura pública que formalizou a vontade dos instituidores e, nos termos do art.º 286.º do mesmo Código, é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal. As alterações introduzidas pela Lei n.º 24/2012 ao Código Civil, e os preceitos da Lei-Quadro das Fundações em nada modificam a conclusão. Sublinham, apenas, ainda mais, a impossibilidade do objeto.

11. Há ainda também que ter em consideração a proibição constitucional de agir em termos que violem o princípio da igualdade e a proibição da discriminação que é patente nos critérios de escolha dos órgãos da Fundação, particularmente no que respeita à exclusão dos indivíduos do sexo feminino das pessoas designáveis. Com efeito, embora os efeitos horizontais (*Drittwirkungen*), isto é, entre cidadãos ou mais geralmente entre particulares, não sejam matéria pacífica, é cada vez mais aceite que perante condutas de sujeitos de direito que largamente contrariem direitos fundamentais ou diminuam as possibilidades de defesa deste que ao Estado incumbe, a Lei Fundamental não o permite. Vejam-se, p.ex. as considerações que a esse



propósito tece Gomes Canotilho, no seu Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.^a Ed., Coimbra, pág. 1291 e segs..

12. A nulidade do negócio jurídico de instituição arrasta consigo a nulidade do ato administrativo de reconhecimento. Com efeito, a deliberação administrativa que tenha por objecto a atribuição de efeitos - a personalidade jurídica -, a uma entidade, a organização duradoura de um património com vista à consecução de um certo fim, mas que, afinal, do ponto de vista do direito, não foi criada, não tem objeto. A previsão da norma, cuja estatuição é a concessão da personalidade jurídica, não se verificou, nem pode jamais verificar-se. *O Koennen* não é possível.

O objeto do ato, entendido como seu conteúdo imediato, ou os efeitos jurídicos deste como conteúdo mediato, em qualquer das formulações, constituem um elemento essencial daquele. A sua falta ou impossibilidade tem como consequência a nulidade do ato administrativo - Código do Procedimento Administrativo, adiante designado simplesmente por CPA, art.º 13, 1 e 2, c).

Em nossa opinião, não subsistem dúvidas quanto á impossibilidade de verificação dos efeitos pretendidos com o ato, ou sobre a inadmissibilidade da organização estruturada para ser o substrato da pessoa coletiva de tipo fundacional – sobre a impossibilidade do objecto do ato administrativo, ver, por todos, Vieira de Andrade, Validade (do ato administrativo), in Dicionário Jurídico de Administração Pública, VOL. VII, Coimbra, 1996, pág. 588.

13. Outra forma de explicar a nulidade do ato de reconhecimento, seria considerar o negócio jurídico de instituição do substrato da fundação como um pressuposto necessário do procedimento administrativo que tem como ato principal e conclusivo o reconhecimento. A inexistência ou a nulidade do ato institutório, o que em termos de relevância ou produção de efeitos jurídicos é equivalente, representa a falta de um pressuposto essencial para a prática do ato final do procedimento, insusceptível de ser praticado posteriormente, o que acarreta a nulidade absoluta daquele ato principal. A falta irremediável de um pressuposto necessário de um procedimento administrativo, e, por isso, também de um pressuposto essencial do seu ato final, gera uma nulidade absoluta de acordo com o disposto no art.º 133.º do CPA.

À mesma conclusão da nulidade do ato administrativo chega-se também por via da inconstitucionalidade do seu objeto (violação do princípio da igualdade) por parte dos estatutos da Fundação.

14. O ato administrativo nulo não produz efeitos jurídicos, independentemente da declaração da sua nulidade - CPA, art.º 134.º, 1. A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal - art.º 134.º, 2, do CPA. Não tem assim que ser solicitada para esse efeito a intervenção do Ministério Público.

15. Tendo em consideração que os instituidores e a Fundação agiram de boa-fé, que passaram mais de vinte anos sobre a data da prática dos atos nulos de criação e de reconhecimento, e ainda que os terceiros que com aquela tiveram trato jurídico devem ser prejudicados o mínimo possível, há que manter os efeitos jurídicos resultantes no passado dos pretensos atos praticados pelos órgãos da Fundação, como o admite o art.º 134.º, 3 do CPA.

O projeto de revisão do CPA, no art.º 160, a propósito do regime de nulidade, e depois de reconhecer no seu n.º 1 que o ato nulo não produz efeitos jurídicos *ab initio*, diz textualmente no n.º 3, resumindo a *communis opinio* da doutrina portuguesa, que: “o disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, de harmonia com os princípios da boa-fé, da protecção da confiança e da proporcionalidade ou de outros princípios jurídicos constitucionais designadamente associados ao decurso do tempo.”

Essa é também, desde há muito, a posição defendida pelos civilistas.

Os bens ou direitos doados à Fundação e integrando o que foi qualificado pelos instituidores como património inalienável devem ser restituídos aos seus doadores bem como o restante património líquido de eventuais obrigações a satisfazer. Há que proceder segundo as regras análogas à dissolução ou liquidação dos patrimónios autónomos, gozem estes ou não de personalidade. Por outro lado, não deverão ser cobradas quaisquer obrigações fiscais relativas a anos transatos em consequência da declaração da nulidade do ato de criação e do ato de reconhecimento da Fundação e da inexistência da personalidade jurídica desta.

16. Em face das conclusões a que chegámos sobre a nulidade do negócio jurídico de instituição da Fundação e sobre a nulidade do ato administrativo do seu

reconhecimento, dispensamo-nos de examinar se têm fundamento as demais causas de invalidade apontadas nas diversas informações e pareceres oficiais.

III – DA IMPOSSIBILIDADE DA FUNDAÇÃO DAS CASAS DE FRONTEIRA E ALORNA MANTER O ESTATUTO DE UTILIDADE PÚBLICA

17. A Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, formula, nas disposições transitórias do seu art.º 6.º, duas exigências em relação às fundações classificadas como privadas (Lei-Quadro, art.º 4.º, 1, a):

- a) As fundações privadas, que não sejam criadas por decreto-lei, e que possuam estatuto de utilidade pública ficam obrigadas, no prazo máximo de seis meses após a entrada em vigor da Lei, sob pena de caducidade do seu estatuto, a adequar a sua denominação, os seus estatutos e a respectiva orgânica ao disposto na Lei-Quadro das fundações - art.º 6.º, 4;
- b) As fundações privadas que possuam estatuto de utilidade pública administrativamente atribuído ficam obrigadas a requerer a respectiva confirmação, sob pena da respectiva caducidade - art.º 6.º, 7.

A definição das duas categorias e o respectivo regime não são claros. Com efeito, o Código Administrativo de 1936/40, no art.º 416.º e seguintes, traça o regime das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa local, que inclui as associações beneficentes e humanitárias e os institutos de assistência, isto é, as fundações que sustentam hospitais, hospícios asilos, lactários, sanatórios, bibliotecas, etc, de ação limitada a determinada circunscrição. Estas fundações, quando criadas antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de novembro, adquirem a personalidade jurídica por reconhecimento normativo. São presumivelmente estas a que se reporta o número 7 do art.º 6.º.

As pessoas de utilidade pública administrativa geral de tipo fundacional, a que se aplica o regime do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de novembro, adquirem personalidade jurídica caso a caso, por ato administrativo de reconhecimento, a menos que sejam criadas por decreto-lei, sendo o seu estatuto de conteúdo concreto variável quanto às vantagens auferidas, sobretudo de carácter fiscal. São a estas fundações, quando reconhecidas por concessão, a que parece aplicar-se a previsão do art.º 6.º, 4, da Lei n.º 24/2012. De contrário, o n.º 7 do art.º 6.º seria consumido pelo n.º 4 do mesmo artigo.

No caso da Fundação das Casas de Fronteira e Alorna, sabemos, pelo âmbito de atividade desenhado para a Fundação, que ela não se restringe aos habitantes de uma determinada área, mas inclui todo o espaço nacional e mesmo para além deste, atraindo a visita ao Palácio de pessoas de nacionalidade ou que vivam no estrangeiro. O processo refere, porém, que aquela pediu a reconfirmação da utilidade pública nos termos do n.º 7, apesar de ter sido objeto de um ato administrativo de reconhecimento. A ser correta a nossa interpretação e, entendendo a Requerente que era uma fundação validamente instituída e reconhecida, deveria tê-lo feito ao abrigo do n.º 7 do art.º 6.º.

Seja como for, o estatuto de utilidade pública administrativa pressupõe logicamente a existência de uma pessoa coletiva a que se aplique. Não havendo o sujeito que possa receber as vantagens, os direitos resultantes do estatuto, além de inúteis, não podem ser constituídos. O ato de atribuição do estatuto de utilidade pública carece deste modo de objeto e é por isso nulo – CPA, art.º 133.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

18. O longo tempo percorrido desde a escritura de instituição da Fundação e o momento em que apreciamos a validade da sua existência jurídica e a gravidade da conclusão a que somos forçados a chegar aconselham a ouvir o declaratório para que este tenha oportunidade de fazer valer os seus argumentos antes de se proferir a declaração de nulidade que se propõe.

Há designadamente que averiguar se os fundadores admitem a conversão do negócio jurídico fundacional nulo numa fundação que tenha por objetivo principal um fim social, nos termos do art.º 157 do Código Civil. Tal desiderato assim obtido pela conversão, ao abrigo do art.º 293 do Código Civil, do negócio jurídico nulo da instituição da fundação atual num negócio jurídico válido do mesmo tipo. Este produziria efeitos *ex nunc*, mantendo-se com base nos princípios da boa-fé e da protecção de confiança, os efeitos *medio tempore* resultante da atividade dos órgãos da fundação inexistente, com fundamento na convicção, errada, de que o negócio nulo era válido.

Poder-se-ia também, em alternativa, considerar que a conversão produziria efeitos *ex tunc*, como é admitido por esta *figura juris*.

Outra hipótese, também admissível, seria a conversão da Fundação numa associação o que possibilitaria introduzir menores alterações nos atuais estatutos da Fundação das Casas de Fronteira e Alorna.

Se a opção fosse pela conversão em nova fundação, o ato administrativo de reconhecimento anteriormente praticado, e nulo, seria convertido num novo ato com eficácia *ex tunc* o qual simultaneamente reconhecesse a nulidade do primeiro ato realizado há mais de vinte anos.

O ato de reconhecimento cuja nulidade fosse agora reconhecida, teria entretanto produzido efeitos, nos termos do art.º 134, n.º 3 do CPA, como tivemos oportunidade de referir, no n.º 16 do nosso Parecer.

Em suma, seria assim curial explorar a exequibilidade da apresentação, se for esse o interesse dos instituidores, de um novo projeto de estatutos, expurgado das muitas ilegalidades de que padeciam os anteriores e conforme com as disposições da Lei-Quadro, designadamente em matéria de fins institucionais e orgânica, que permitisse um procedimento de reconhecimento rápido e com garantias de êxito.

Outra alternativa que poderá ser seguida, se assim o entenderem os interessados, é convolar a frustrada Fundação numa associação com organização e fins idênticos aos daquela.

Neste caso, a autoridade administrativa não teria sequer que se pronunciar em matéria de reconhecimento, pois que este é normativamente concedido.

A própria declaração de utilidade pública seria concedida, se a Administração considerasse verificados os pressupostos previstos no art.º 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei 460/77, de 7 de novembro: *“As Associações que funcionem primariamente em benefício dos associados podem ser declaradas de utilidade pública se pela sua própria existência fomentarem relevantemente atividades de interesse geral e reunirem os requisitos previstos no número anterior.”*, requisitos que presumivelmente se verificam.

Qualquer destas soluções, salvaguardaria, além do mais, o interesse público em manter associados ao Palácio de Fronteira e aos seus Jardins, os fundadores da atual Fundação e as futuras gerações igualmente ligadas à Casa de Fronteira e Alorna. A opção escolhida, para ser concretizada sem sobressaltos e soluções de continuidade,

deveria ser apoiada ativamente pela entidade pública com competência para o controlo da legalidade em matéria fundacional.

EM CONCLUSÃO:

1. A Fundação das Casas de Fronteira e Alorna foi criada por escritura pública de 29 de julho de 1989 e reconhecida por ato, sob a forma de Portaria, do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, publicado no Diário da República, II Série, de 27 de outubro do mesmo ano;

2. Por interpretação dos Estatutos da Fundação, infere-se que o seu fim principal é o da conservação do Palácio Fronteira e dos seus Jardins, mantendo-os sob o controlo do Chefe da Família, de geração em geração, e garantindo que sirva de habitação permanente ao Chefe atual da Família e a quem, pelas leis de sucessão consignadas nos Estatutos, lhe suceder. Igual direito de uso é concedido em relação aos Jardins;

3. A promoção de atividades culturais e a abertura ao público do Palácio e dos Jardins, que aliás já é decorrente da sua qualificação como Monumento Nacional, é igualmente um fim da Fundação, mas menos importante do que o referido anteriormente;

4. Tal conclusão é confirmada pela orgânica dada à Fundação nos respetivos Estatutos, a qual prevê um conjunto de órgãos, com competências hierarquizadas, em que a Assembleia Geral é o órgão “soberano” e constituído exclusivamente por membros da Família;

5. Com efeito, só estes são em princípio detentores de títulos de participação, no número máximo de quatrocentos, e dos quais o representante das casas de Fronteira e Alorna é titular de duzentos e cinquenta e seis;

6. Deste modo, é assegurado o domínio do governo da Fundação ao Representante das Casas de Fronteira e Alorna e seus sucessores;

7. É também concedida ao mesmo representante e seus sucessores a garantia da manutenção da proporção entre os títulos de que é detentor e a quantidade máxima dos mesmos pela exigência de maiorias qualificadas das decisões da Assembleia Geral que tenham por objeto proceder à alteração daquela;

8. O negócio jurídico unilateral de criação de uma Fundação é no Código Civil e na Lei-Quadro das Fundações regulado como um negócio típico e o fim de interesse

social exigido é imperativo – Código Civil, art.º 157 e art.º 185, n.º 1, na nova redação dada pelo art.º 3.º da Lei 24/201, de 9 de julho;

9. A prioridade concedida a uma finalidade diferente do interesse social, interpretado unanimemente pela doutrina como interesse coletivo, envolve a nulidade do objeto quando é desrespeitado, pois que se tratará assim de um fim legalmente impossível, nos termos do art.º 280 do Código Civil;

10. A nulidade do negócio fundacional tem como consequência a nulidade do ato administrativo de reconhecimento da Fundação por impossibilidade do objeto, nos termos do art.º 133, 1 e 2 do CPA;

11. A inconstitucionalidade de diversas cláusulas dos Estatutos da Fundação, por violação do princípio da igualdade - art.º 13, n.º 2 da Constituição - arrastam consigo, por razões sistémicas, a inconstitucionalidade dos Estatutos no seu todo e tem como consequência igualmente a sanção da sua nulidade absoluta.

12. A nulidade do processo de instituição da Fundação e do seu reconhecimento impedem que lhe possa ser concedido o estatuto de utilidade pública, uma vez que este tem o pressuposto necessário da existência da personalidade jurídica da entidade a quem é conferido, nos termos do art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de novembro;

13. O órgão administrativo competente para o reconhecimento pode, nos termos do art.º 134, n.º 2 do CPA, declarar a nulidade da Fundação;

14. A autoridade administrativa referida no número anterior deve, antes de proceder à declaração de nulidade, ouvir os interessados, sobre o projeto de ato que vai praticar. Trata-se de uma decorrência do direito de defesa que igualmente aqui deve ser observada;

15. A Administração, tendo em atenção a boa-fé dos interessados e os princípios da proteção da confiança e da cooperação com os particulares, que sempre deve orientar a sua actividade, e, havendo vontade destes em proceder à convolação numa nova Fundação, pronunciar-se-ia sobre os novos Estatutos, em substituição daqueles cuja nulidade foi declarada e reconheceria a personalidade jurídica à nova instituição.



16. Poderiam ainda os interessados, se assim o entendessem, preferir proceder à conversão da frustrada Fundação numa associação com fins e organização similares aos daquela agora declarada nula.

17. A autoridade administrativa teria, para que o processo fosse célere e se evitassem soluções de continuidade, de acompanhar todo o complexo de atos de conversão da atual Fundação das Casas de Fronteira e Alorna e, se se verificassem os pressupostos previstos no Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de novembro, poderia ainda considerar a nova instituição, seja ela fundação ou associação, como de utilidade pública.

Tal é o parecer do Conselho Consultivo das Fundações

Aprovado por unanimidade.

Lisboa, 17 de junho de 2013.