

PARECER n.º 7/2013

DATA: 23-07-2013

ASSUNTO: Estatutos da Fundação Ricardo Espírito Santo Silva

CONSULTA

1. A Fundação Ricardo do Espírito Santo Silva, adiante referida abreviadamente como “Fundação Espírito Santo”, foi instituída pelo art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 39 190, de 27 de abril de 1953. O art.º 5.º do mesmo diploma aprovou os estatutos da Fundação, os quais foram publicados juntamente com aquele Decreto-Lei. O art.º 5.º acrescenta ainda que os estatutos da Fundação fazem parte do Decreto-Lei e que o Estado se obriga a cumprir e a fazer respeitar os seus termos e disposições.

O art.º 5.º, n.º 5, agora dos estatutos da Fundação prescreve que: “no caso de a Fundação se extinguir ou se desviar dos seus fins, por motivos estranhos à vontade do Fundador, os bens por ele doados reverterão a favor dos herdeiros do mesmo.”

2. A Fundação Espírito Santo, veio, agora, nos termos do art.º 6.º, n.º 7 da Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, requerer a confirmação do estatuto de utilidade pública.

3. De acordo com o preceituado no n.º 4 do citado art.º 6.º da Lei n.º 24/2012, a Fundação encontra-se obrigada, sob pena de caducidade do seu estatuto, a adequar a sua denominação, os seus estatutos e a sua orgânica ao disposto na Lei-Quadro das Fundações. Iniciou assim a Fundação o referido procedimento de adequação estatutária, apresentando o seu projeto de alteração de estatutos, o qual foi objeto de apreciação pelo Serviço de Assuntos Jurídicos e Documentação da Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros. Várias divergências, entre o proponente das alterações estatutárias e os serviços oficiais competentes para a sua apreciação, foram sendo resolvidos, subsistindo apenas a questão suscitada pelo n.º 5 do art.º 5.º dos Estatutos, quanto ao destino dos bens em caso de extinção da Fundação.

4. O Presidente do Conselho de Administração da Fundação Espírito Santo sustenta que o preceito, atribuindo em caso de extinção por motivos estranhos à vontade do Fundador, os bens por ele doados aos herdeiros do mesmo, se justifica com base no relevo e respeito pela vontade do instituidor, expressamente protegida, no que concerne às alterações introduzidas no Código Civil pela Lei 24/2012, art.º 6, n.º 1.



Entendem os Serviços Jurídicos da Secretaria-Geral que deve prevalecer a nova disciplina geral introduzida pela Lei-Quadro das Fundações por incompatibilidade entre esta e o disposto no n.º 5 do art.º 5.º dos Estatutos da Fundação. Referem em abono da sua tese, que consideram ser “defendida pela melhor doutrina”, a irrevogabilidade da afetação dos bens de qualquer fundação e que esta nota faz parte da essência deste tipo de pessoas coletivas, tal como é definido no n.º 1, do art.º 3.º da Lei-Quadro das Fundações. Acrescentam ainda que um entendimento tão lato da vontade do instituidor e da sua prevalência sobre a lei pode originar graves violações do princípio da igualdade, “tolerando-se para uns o que para outros se considera ilegal”. Cita-se também o que é escrito no livro do Professor Marcello Caetano “Das Fundações”, Lisboa, 1961, pág. 161 e segs., e em que este Autor critica a doutrina defendida a propósito do destino a dar aos bens por extinção das fundações, consagrada na lei especial que reconheceu a Fundação Espírito Santo.

É sobre esta divergência jurídica e sobre a solução que *de jure condito* é adotada pela lei portuguesa que o Senhor Ministro da Presidência e dos Assuntos Parlamentares, por Despacho de 25 de junho de 2013, pretende ouvir o parecer deste Conselho.

PARECER

1. Os diversos ordenamentos jurídicos europeus têm dado respostas diferentes quanto à questão do destino do património institucional aquando da extinção das fundações privadas, consoante predomine na estruturação deste tipo de pessoas coletivas a vontade e os direitos do Fundador – a chamada teoria da vontade “*Willenstheorie*” – como acontece na Alemanha, embora com algumas diferenças de Land para Land, ou, pelo contrário, a teoria institucional ou funcional, do objetivo da fundação e da sua relevância para a realização do interesse público ou do interesse comum – ver, v.g., Jacob, “Internationales Stiftungsrecht” in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Vol. V, Munique, 2009, pág. 1735 e segs., e H.- D Weger e Magda Weger, “Errichtung von Stiftungen des privaten Rechts”, in *Handbuch Stiftungen*, Ed. pela Fundação Bertelsman, Wiesbaden, 1998, págs. 995 - 996.

Na nossa vizinha Espanha, a Lei das Fundações não permite a reversão dos bens das fundações para patrimónios privados depois de terem estado vinculados a finalidades de interesse público prosseguidas por aquelas instituições – art.º 33.

A verdade é todavia que a Lei das Fundações da Comunidade Autónoma de Madrid permite a reversão liquidatária para privados, a qual foi considerada conforme à Constituição pelo Tribunal Constitucional espanhol – veja-se, Juan-Cruz Alli Turrillas, “Fundaciones y Derecho Administrativo”, Madrid, 2010, pág. 379 e segs., e também Verónica De Priego Fernandez, “*Modificación, fusión y extinción de las fundaciones*” in, Tratado de Fundaciones, coordenado por Beneyto Pérez e García Loygorri, Vol. I, Barcelona, 2007, pág. 622 e segs..

2. No direito português, a destinação dos bens das fundações privadas após a sua extinção e sem que haja culpa por parte do fundador, tem sido pouco discutida. O comentário desfavorável de Marcello Caetano acerca da solução adotada no Decreto-Lei n.º 39 190, de 27 de abril de 1953, para a Fundação Espírito Santo é feito tendo sobretudo em atenção o projeto de articulado do novo Código Civil para as pessoas coletivas de fim desinteressado. O tema do seu estudo “Das Fundações” tem precisamente por objetivo a crítica desse projeto e a proposta de alterações ao mesmo. Veremos que o Código Civil de 1966 neste ponto, como aliás aconteceu em vários outros, não acolheu as sugestões formuladas *de jure condendo* por aquele ilustre Administrativista. Não pôde ter assim em atenção a opção que veio a ser adotada pelo Código em matéria de destinação de bens aquando da liquidação das fundações e que já constava, aliás, do projeto.

Jorge Sinde Monteiro e Paulo Videira Henriques pronunciaram-se positivamente sobre a admissibilidade do instituidor poder dispor do património da fundação extinta a favor dos seus descendentes, naturalmente em relação aos bens que haja atribuído à Fundação, desde que essa faculdade tenha sido prevista nos estatutos, sem contudo desenvolverem qualquer justificação adicional – “Stiftungen im Portugiesischen Recht”, in Hopt / Reuter, Stiftungsrecht in Europa, Munique, 2001, pág. 452.

3. Analisemos então que conclusões podem inferir-se da análise das disposições da lei portuguesa sobre a matéria, já depois de publicada a Lei 24/2012, de 9 de julho.

Começemos por recordar que a definição dada no art.º 3.º, n.º 1, da Lei-Quadro das Fundações: “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”, não significa que as fundações sejam necessariamente pessoas perpétuas ou com vocação para a perpetuidade.

Há, como resulta do art.º 186, n.º 2, e 192, n.º 1, a), do Código Civil, fundações temporárias, por vontade do instituidor. Não faria nestes casos sentido que os bens afetos à fundação pelo instituidor, não pudessem voltar ao património deste ou de quem ele indicar, quando a fundação se extingue. Doutro modo, a afetação irrevogável dos bens a uma atividade de interesse público ou social, contrariaria frontalmente, não apenas a vontade do instituidor de fazer uma afetação apenas temporária, mas confundiria o tipo de Fundação temporária com o tipo de Fundação por tempo indeterminado ou de vocação em princípio perpétua. É a este último tipo que tem sobretudo sentido aplicar o art.º 190 sobre a transformação e o art.º 192, 1, b) e c) e n.º 2, sobre as causas de extinção, embora possam ocorrer os eventos previstos naquelas disposições às Fundações temporárias, enquanto o seu prazo de duração se não esgotar.

O conceito de irrevogabilidade usado no n.º 1 do art.º 3.º da Lei-Quadro das Fundações, não qualifica a afetação do património depois da extinção da Fundação - esse é um outro problema – mas antes o negócio jurídico pelo qual o instituidor cria o substrato material a que será dada personalidade jurídica pelo ato de reconhecimento, nos termos do art.º 185, n.ºs 1, 3 e 4 do Código Civil. Verificados os efeitos da atribuição patrimonial, após o reconhecimento – art.º 185, n.º 3 do Código Civil – e enquanto a instituição não for extinta, a atribuição dos bens é irrevogável.

4. Não podemos assim confundir a revogação do negócio jurídico de atribuição patrimonial gratuita que constitui a dotação da Fundação, com o destino futuro dos bens quando a pessoa coletiva é extinta. O instituidor da fundação manifesta a vontade negocial de atribuir os bens objeto do negócio a um determinado património a constituir, que passa a ser irrevogavelmente o património da pessoa coletiva constituída pelo reconhecimento. Esses efeitos são, porque a lei o impõe, irrevogáveis após o reconhecimento e enquanto a pessoa coletiva existir. Mas nada impede que no próprio negócio jurídico de constituição do substrato da Fundação o instituidor manifeste a vontade de, quando a Fundação se extinguir, seja porque lhe marcou um prazo fixo de existência, seja porque aconteceram eventos estranhos à sua vontade que a Lei reconhece como extintivos da Fundação, regular o destino dos bens que atribuiu, em vez de deixar que essa destinação seja feita por uma entidade pública. Essa não é a disciplina adotada em muitos ordenamentos jurídicos em matéria de fundações, mas é a solução escolhida por outros, entre os quais o nosso.

5. Deste modo, nas Fundações privadas, às quais se aplicam as normas do Código Civil Português, o instituidor não pode alterar os efeitos da atribuição patrimonial a que procedeu quando dotou a fundação instituenda de um património – essa decisão é irrevogável a partir do reconhecimento – mas pode disciplinar o destino dos bens que atribuiu quando a fundação tiver sido extinta. É evidente, porém, que não disporá dessa faculdade quando ele ou os destinatários dos bens por si escolhidos tiverem contribuído dolosa ou culposamente para a extinção da fundação.

6. Não há, assim, a nosso ver, que lançar mão da norma sobre disposições transitórias constante do art.º 6, n.º 1, da Lei 24/2012, de 9 de julho, porque não houve alteração nesta matéria introduzida por esta Lei ao que já anteriormente dispunha o Código Civil. De qualquer forma, diga-se, que se assim não fosse e se a Lei 24/2012 tivesse introduzido alterações na matéria de que nos ocupamos, deveria, por força da disposição constante no art.º 6, n.º 1, ser mantido o preceituado no n.º 5, do art.º 5.º dos anteriores estatutos da Fundação Espírito Santo.

Esta prevalência da lei antiga sobre a lei nova não constituiria, de resto, qualquer violação do princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado pois que, pela natureza das coisas, as normas transitórias se destinam a aplicar regulamentações jurídicas diversas para situações de facto idênticas, menos no tempo em que ocorram. Tal significa que são tratadas de modo diferente situações que não têm uma disciplina jurídica igual. Há, assim, que tratar de modo igual o que é igual, e de modo diferente o que é diverso.

EM CONCLUSÃO:

1. O Senhor Ministro da Presidência e dos Assuntos Parlamentares, por Despacho de 25 de junho de 2013, pretende ouvir o Conselho Consultivo das Fundações, sobre se o n.º 5 do art.º 5.º e o art.º 19 dos Estatutos da Fundação Ricardo Espírito Santo é legal face à Lei n.º 24/2012, de 9 de julho;

2. Dispõe, com efeito, o art.º 5, n.º 5 dos Estatutos da Fundação Ricardo Espírito Santo, aprovados pelo art.º 1.º do Decreto-Lei 39 190, de 27 de abril de 1953, e parte integrante do mesmo diploma legal, que: *“No caso da Fundação se extinguir ou se desviar dos fins, por motivos estranhos à vontade do Fundador, os bens por ele doados reverterão a favor dos mesmos.”*;

3. O art.º 19 dos Estatutos reitera o já determinado por aquele n.º 5 do art.º 5.º acima transcrito;

4. A dúvida resulta do entendimento dos Serviços Jurídicos da Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros, que considera que aqueles preceitos estatutários ofendem o princípio da irrevogabilidade constante do art.º 3.º, n.º 1, da Lei-Quadro das Fundações, o qual refere que: “A *fundação é uma pessoa coletiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social.*”;

5. O princípio de irrevogabilidade, como essencial à *figura juris* da Fundação, não poderia ser assim arredado pela vontade do Fundador e, conseqüentemente, não permitiria considerar que, no caso em análise, estvéssemos perante uma situação ressalvada pelo art.º 6.º, n.º 1, da Lei n.º 24/2012, como é argumentado, a favor da legalidade das disposições estatutárias e da sua não revogação pela legislação atual, pelo Conselho de Administração da Fundação Ricardo Espírito Santo;

6. Acrescentam ainda os Serviços Jurídicos que a objeção colocada pelo Conselho de Administração da Fundação “não deve ser acolhida, já que um entendimento tão lato da vontade do Instituidor e a sua prevalência sobre a Lei pode dar origem a graves violações do princípio da igualdade.”.

7. Os diversos ordenamentos jurídicos europeus têm dado respostas diferentes quanto ao destino a dar ao património institucional aquando da extinção das fundações privadas, consoante predomine, na estruturação deste tipo de pessoas coletivas, a chamada teoria da vontade, como acontece por exemplo na Alemanha, ou pelo contrário, prevaleça a teoria institucional ou funcional do objetivo da fundação e da sua relevância para o interesse público ou do interesse comum, caso da nossa vizinha Espanha;

8. Na literatura portuguesa, a análise do Professor Marcello Caetano no seu livro “Das Fundações”, em que dá como exemplo a não seguir, quanto a este ponto de destinação dos bens da fundação após a sua extinção, o da Fundação Ricardo Espírito Santo, é feita *de jure condendo*, a propósito do projeto sobre pessoas coletivas de fim não lucrativo do Código Civil de 1966;

9. Não pode assim este trabalho ser considerado uma opinião quanto à posição efetivamente adotada pelo nosso Código Civil;



10. Conhecemos, apenas, na dogmática jurídica nacional uma síntese sobre o direito fundacional português da autoria de Jorge Sinde Monteiro e Paulo Videira Rodrigues, que se pronunciam positiva e expressamente sobre a possibilidade do instituidor poder dispor do património da fundação a favor dos seus herdeiros, quando aquela for extinta, desde que essa faculdade tenha sido prevista nos estatutos - veja-se, “*Stiftungen im Portugiesischen Recht*”, in Hopt / Reuter, *Stiftungsrecht in Europa*, Munique, 2001, pág. 452;

11. Dada a natureza de síntese do estudo ultimamente citado, não é explicitada uma justificação para a afirmação feita;

12. Passemos à análise das disposições do Código Civil vigentes, visto estarmos perante uma fundação de direito privado. Há que ter também em conta o preceituado na Lei-Quadro das Fundações pertinente na matéria;

13. O Código Civil admite, no art.º 192, n.º 1, a), que as fundações possam ser temporárias;

14. A fundação temporária significa, na perspetiva que aqui nos interessa, que os bens afetos à prossecução de uma forma de interesse social, decorrido o período previsto para a duração da fundação e extinguindo-se esta, podem ser livremente destinados pelo fundador a integrarem patrimónios privados de pessoas singulares ou coletivas por aquele designados;

15. A irrevogabilidade da afetação dos bens, nestes casos, é indubitável que cessa no momento em que a fundação se extingue. Não teria sentido permitir, a menos que tal fosse a vontade do instituidor, deixar, para decisão das entidades públicas, uma reafetação dos bens se essa faculdade não for admitida pelo instituidor;

16. Este exemplo é importante porque chama a atenção para o facto da irrevogabilidade da atribuição patrimonial gratuita do instituidor se reportar ao negócio jurídico que constitui o substrato da fundação, e não a uma afetação dos bens que, enquanto a fundação existir, constituem parte do património desta;

17. Na verdade, como resulta inequivocamente do disposto no art.º 185, 3 e 4 e do art.º 186, 1 e 2, do Código Civil, a irrevogabilidade da transmissão dos bens diz respeito aos efeitos do negócio jurídico instituidor da fundação após o reconhecimento, o qual vale como aceitação – art.º 185, n.º 1, do Código Civil -, e não ao que acontece

posteriormente, quando a fundação é extinta. De contrário, o art.º 186, n.º 2 do Código Civil deveria ter sido objeto de modificação por parte da Lei 24/2012, e não o foi;

18. O conceito de irrevogabilidade, usado no n.º 1 do art.º 3.º da Lei-Quadro das Fundações, não qualifica a afetação do património depois da extinção da fundação – esse é um outro problema –, mas antes o negócio jurídico pelo qual o instituidor cria o substrato material a que será dada personalidade pelo ato administrativo de reconhecimento – art.º 185, n.º 1, 3 e 4 do Código Civil;

19. Deste modo, não há sequer que recorrer ao art.º 6.º, n.º 1 da Lei 24/2012, para reconhecer, após a extinção da fundação, a relevância da vontade do instituidor na destinação dos bens que ele lhe tinha doado, desde que não tenha contribuído culposa ou dolosamente para a cessação da existência da pessoa coletiva;

20. Obviamente os bens tão-pouco poderão ser transmitidos a terceiros indicados pelo fundador mas que pela sua ação culposa ou dolosa contribuam para a extinção da fundação;

21. Por último, refira-se que, havendo lugar à aplicação de normas transitórias que prolonguem a vigência de preceitos que de outro modo deveriam considerar-se revogados, não se verificaria nenhuma violação do princípio da igualdade, pois que, a aplicação de regulamentações jurídicas diferentes que se sucederam no tempo a casos idênticos é um justificado tratamento desigual a situações jurídicas que pelo fator tempo não são efetivamente iguais. De qualquer modo, esse julgamento é feito pelo julgador, no âmbito da sua discricionariedade normativa;

22. Nestes termos, entendemos que deve ser considerado como legal o disposto no n.º 5, do art.º 5.º e no art.º 19 dos Estatutos da Fundação Ricardo Espírito Santo, daí se retirando as necessárias consequências na redação dos estatutos que resultem da operação de adequação à Lei n.º 24/2012, exigida pelo art.º 6, 4, da mesma.

Tal é o parecer do Conselho Consultivo das Fundações.

Aprovado por unanimidade.

Lisboa, 23 de julho de 2013.