

**PARECER N.º1/2016**

**DATA:2016-07-05**

**ASSUNTO: RECONHECIMENTO NORMATIVO DE FUNDAÇÕES**

### **PARECER EM FAVOR DE UM RECONHECIMENTO NORMATIVO**

1. Na reflexão jurídica sobre o regime das fundações tem sido crescentemente questionado se se justifica, designadamente numa perspetiva de direito a constituir, a solução, atualmente vigente entre nós, que sujeita as fundações a um ato administrativo de reconhecimento individual como pressuposto da aquisição da personalidade jurídica.

São crescentes as opiniões segundo a qual as fundações devem estar subordinadas, tal como as demais pessoas coletivas privadas, a um regime de reconhecimento normativo, não havendo hoje razões suficientes para subordinar a sua existência a uma apreciação, mais ou menos discricionária, por parte da Administração.

Esse reconhecimento normativo é, por outro lado, um corolário do respeito do Estado pela autonomia privada dos sujeitos e pela sua liberdade de dispor dos próprios bens. Sobretudo estando em causa a constituição de fundações por ato entre vivos, parece que apenas ele realiza de forma plena e adequada o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade constitucionalmente consagrado (cfr. o art.º 26, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

Na realidade, não há, como aponta Menezes Cordeiro, nenhuma razão dogmática que obrigue a uma intervenção constitutiva do Estado no âmbito das fundações (cfr. *Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral/Pessoas*, 3.ª edição, Almedina, 2011, 695).

Desta forma, a defesa de um reconhecimento individual das fundações tem estado colocada entre nós num plano mais político do que propriamente jurídico.

Facto é que, no universo das pessoas coletivas permanece em Portugal uma discriminação negativa das fundações, que são as únicas desprovidas de reconhecimento normativo; não se percebendo porque é que deveria manter-se restrições ao reconhecimento da personalidade jurídica das fundações, quando as não existem, *v.g.*, para a criação de sociedades unipessoais ou de domínio total (não menos suscetíveis de perturbar o desenvolvimento do tráfico jurídico do que as fundações), e tendo presente que todas as outras pessoas coletivas de fins não lucrativos não dependem de reconhecimento, independentemente do património que detenham e se encontre afetado aos seus fins.

A favor de uma evolução no sistema do reconhecimento das fundações pronunciaram-se, em qualquer caso, entre outros, Rui Machete/Henrique Antunes, no âmbito de um projeto de revisão do direito das fundações (cfr., dos autores, *Direito das Fundações/Propostas de reforma*, Lisboa, Junho 2004, 28 ss, 135 ss, e *passim*).

Esta tem sido, igualmente, a posição sustentada por este Conselho (Parecer CCF/4/2015, de 13 de maio) e pelo Centro Português de Fundações (cfr., designadamente, o Parecer 201-CPF-11, de 30 de novembro de 2011) a propósito do anteprojeto da Lei-Quadro das Fundações.

2. No atual direito português, o sistema de reconhecimento individual encontra-se conexionado com a exigência de que as fundações apresentem um interesse social (cfr. o art.º 185; veja-se ainda Sousa Ribeiro, *Fundações: “uma espécie em vias de extensão?”*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil, II, Parte Geral*, Coimbra, 2006, 265).

Boa parte das críticas ao regime atual das Fundações reflete justamente esta conexão. A facilitação da aquisição da personalidade jurídica para as fundações liga-se por conseguinte à interpretação ampla dos fins que se lhes admite.

Assim, observa, por exemplo, Oliveira Ascensão que não pode aceitar-se uma avaliação pela entidade administrativa discricionária do que seja esse interesse social, uma vez que “[o]s órgãos públicos não têm poder geral de controlo da sociedade civil”, não lhes cabendo “apreciar se as iniciativas desta são enquadráveis ou não em objetos públicos”, limitando-se portanto o seu poder “à verificação de que a finalidade proposta é de interesse social”, não podendo recusar o reconhecimento se assim não for. (cfr. *Direito Civil/Teoria Geral*, I, Coimbra, 2000, 333).

Diz, por seu turno, Pedro Pais de Vasconcelos que o “interesse social” não tem de coincidir necessariamente com o “interesse geral” ou com o “interesse público”, e muito menos com o “interesse do Estado”, “mas tão só que seja *desinteressado* e que dele emane a título principal uma certa utilidade para a coletividade” (cfr. *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Coimbra, 2015, 177)<sup>1</sup>.

Acrescentando o Autor, numa nota de grande amplitude para a reflexão em torno da evolução do nosso direito, que “a maleabilização do regime de constituição das fundações permitiria a prossecução de finalidades privadas lícitas e úteis, tal como sucede com muitas modalidades de *trust*. Assim se conseguiria a preservação de muito património imobiliário em degradação que se encontra na titularidade de particulares e de famílias que não têm meios para a sua manutenção, assim se conseguiria também um sistema alternativo à curadoria de pródigos, de toxicodependentes ou de outras pessoas com insuficiente capacidade natural para a administração e disposição dos seus bens através de fundações particulares nos

---

<sup>1</sup> Referindo as reflexões de Blanco de Moraes, *Da relevância do direito público no regime jurídico das fundações privadas*, Estudos em Homenagem ao Prof. Castro Mendes, Lisboa, 1995, 573.

moldes do *trust*, em alternativa ao sistema atual de incapacidade, de tutela e de curadoria, cuja ineficácia é notória”. “Era por isso desejável que o legislador viesse a rever esse regime, já então claramente anacrónico. O perigo de vinculações nocivas ou ilícitas consegue evitar-se através da cláusula geral dos artigos 280 e 281 do Código Civil [controlo de conformidade com a lei, a ordem pública e os bons costumes], e o perigo de abuso de regimes fiscais especialmente favoráveis conseguia ser afastado por uma mais cuidadosa redação dos preceitos legais que os estabelecem, por critérios mais rigorosas de atribuição do regime de utilidade pública e por um recurso inteligente ao regime da fraude à lei (cfr. *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Coimbra, 2015, 177).

Está aliás hoje adquirido “que as fundações podem desenvolver atuações económicas, detendo direta e indiretamente estabelecimentos e empresas” (Menezes Cordeiro, *Tratado*, cit., 808), e sendo também múltiplas as configurações da sua relação com o mundo empresarial e a economia social e participativa (cfr., desenvolvidamente, Sousa Ribeiro, *Fundações...*, cit., 251 ss).

Recorda, por fim, Henrique Antunes, em extenso comentário que elaborou ao regime jurídico das fundações - e apoiando a facilitação do reconhecimento das fundações -, que no Anteprojeto do Código Civil o não reconhecimento apenas podia dar-se se o fim das fundações “fosse ilegal ou contrário ao bem público, à segurança do Estado, à moral ou aos bons costumes” (o que significa – sublinha-se agora - que o reconhecimento era a regra, muito embora se previsse a possibilidade de a Administração não reconhecer). Acrescentando o Autor que a proposta de alteração apresentada por Marcello Caetano em 1962 aquando da preparação do Código Civil apenas incidiu sobre a apreciação administrativa da dotação das fundações, mantendo pois que a validade e eficácia da instituição da fundação estariam apenas dependentes da conformação com os limites negativos estabelecidos no Anteprojeto

(cfr. *Comentário ao Código Civil/Parte Geral*, UCP, Lisboa, 2014, ns. ao art.º 188, em especial n.º 4).

Convergem por fim os autores, numa perspetiva *de iure condendo*, que no âmbito dos fins lícitos das fundações podem evidentemente distinguir-se aqueles que merecem um regime fiscal favorável das que os não merecem. Como refere, *v.g.*, Oliveira Ascensão, há que distinguir, no universo das fundações, entre as que recebem privilégios fiscais e as restantes, consoante a natureza dos propósitos que sirvam (cfr. *Direito Civil/Teoria geral*, I, cit., 327-328).

3. Por estes tipos de razões, o direito comparado, em desenvolvimentos recentes, regista uma grande flexibilidade da figura.

Paradigmática é a lei alemã, que reconhece a possibilidade de constituição de fundações com os mais variados fins (de natureza social, caritativa, científica, etc., incluindo fundações de família e fundações para a prossecução de atividades empresariais, assim como fundações de empresa), desde (tão só) que a prossecução desses fins não prejudique o bem comum (cfr. o § 80 do Código Civil alemão; na doutrina, por todos, Wolf/Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Auflage, München, 2012, 196 ss).

4. Apreciando, e considerando estes dados, entende o Conselho Consultivo das Fundações que as fundações não são substitutas nem auxiliares do Estado-Administração no desempenho das funções deste último; não se compreenderia hoje uma perspetivação estatizante e instrumental da sua atividade.

As fundações devem poder prosseguir fins próprios dos seus instituidores desde que sirvam um interesse social, como tal merecedor de tutela jurídica com independência de qualquer juízo favorável de oportunidade por parte do Estado.

Não se justifica, pois, que o Estado, ou qualquer autoridade pública, detenha o poder administrativo de impedir a criação de uma fundação cujo fim seja a prossecução de um interesse lícito e conforme com o ordenamento.

Desta forma se evitam igualmente ingerências ou restrições, de muito duvidosa constitucionalidade, à autonomia privada, à livre disposição do património e ao próprio livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente consagrado.

Deve, com efeito, ser direito de qualquer pessoa, singular ou coletiva, instituir fundações para a prossecução de fins lícitos; em particular se se trata da promoção dos direitos fundamentais (constitucionalmente protegidos).

Mesmo quando o reconhecimento de uma fundação se possa entender como exercício de um poder vinculado, pode questionar-se se não permanece uma margem de valoração que se não justifica manter-se apenas nesse âmbito; a Administração não deve ter poderes gerais de controlo da sociedade civil, nem de condicionar e apreciar também as iniciativas desta, na perspetiva instrumental da correspondência com o interesse público tal qual ela própria o entende, em cada momento, definir.

A crise e a insuficiência de recursos do Estado social aconselham vivamente a dinamização da capacidade prestadora e colaborativa da sociedade civil mediante uma mais fácil forma de personificação de fundações que prossigam um interesse social.

A opção por um reconhecimento normativo não elimina em si a exigência de que as fundações carecem de apresentar um interesse social, que se não confunde nem satisfaz com um eventual interesse do instituidor ou da sua família.

Nem prejudica a sua sujeição à supervisão e regulação por parte do Estado e/ou das entidades competentes, assim como, nos termos gerais, às sanções predispostas pelo

ordenamento para a infração das suas normas ou às competências fiscalizadoras do Ministério Público.

Não existe hoje na sociedade portuguesa justificação para qualquer receio por parte da comunidade ou do poder político relativamente às pessoas colectivas privadas regularmente constituídas; a facilidade com que possam erigir-se e levar a cabo os seus fins constituirá até um importante incentivo a que os fins privados, pessoais ou coletivos, se pautem por critérios de transparência e verdade, sem ocultações ou instrumentalizações jurídicas.

Desta perspetiva, em vez de um reconhecimento individual que propicia distorções, desigualdades e ingerências, importa antes proporcionar um quadro legal que favoreça a transparência e o bom governo das fundações.

No universo das fundações, o Estado pode sempre operar a oportuna destrição entre aquelas que merecem privilégios ou benefícios de tratamento de diversa natureza (*v.g.*, fiscais) mediante a atribuição do estatuto de utilidade pública e as que não merecem esse estatuto; a atribuição deste último deve ser, sem qualquer dúvida, competência da Administração (tal como o pode ser o controlo ou a sindicância da atividade das fundações); outra coisa é todavia permitir-lhe interferir discricionariamente num assunto privado como é a constituição de fundações.

5. À luz do que antecede, entende o Conselho consultivo das Fundações que não se justifica a manutenção, no Código Civil, do sistema de reconhecimento individual das fundações por parte da Administração que ainda vigora na ordem jurídica portuguesa, propondo-se a sua substituição por um reconhecimento normativo.

Não concedendo, se este entendimento não merecer acolhimento, a adoção do reconhecimento vinculado constituiria um progresso no sentido do respeito pela autonomia da sociedade civil.

Tal é o parecer do Conselho Consultivo das Fundações.

Aprovado por unanimidade,

Lisboa, 5 de julho de 2016.