

Alguns aspectos críticos da aplicação da lei quadro das fundações às fundações privadas

Constança Urbano de Sousa

Gostaria, em primeiro lugar, de cumprimentar os ilustres colegas de painel e agradecer à faculdade de direito da Universidade Nova de Lisboa o honroso convite para estar aqui.

É sempre com redobrado prazer que colaboro com esta faculdade, que gostaria de felicitar pela pronta organização deste seminário sobre a nova Lei Quadro das Fundações.

Nunca, como hoje, as fundações estiveram no centro da agenda política e mediática, tendo sido objecto no prazo de 6 meses de duas intervenções legislativas: a Lei do Censo, em janeiro, e a Lei Quadro das Fundações, em julho.

Ambas foram apresentadas no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira a Portugal e do cumprimento do objetivo programático do Governo de reduzir o chamado Estado paralelo e regular a crescente utilização, por vezes abusiva, do instituto fundacional pelo Estado e demais pessoas coletivas públicas.

Não obstante, aqui, como em outros domínios, o Governo foi além do exigido pela troika, que tinha apenas na mira as fundações públicas, de direito público ou privado.

Com a Lei do Censo realizou-se uma avaliação de todo o sector fundacional, público ou privado, incluindo fundações 100% privadas, que não recebem apoio do Estado, o que desvirtuou, de alguma forma, o objetivo inicial da avaliação, que era verificar a dimensão do “Estado paralelo”, a quem é atribuída uma quota de responsabilidade da crise atual.

Este pacote legislativo ao ser apresentado como um instrumento corretivo dos abusos e de emagrecimento das tão odiadas “gorduras do Estado”, lançou um anátema sobre todo o sector fundacional, que vive um clima de hostilidade sem precedente. Basta abrir os jornais e ler as notícias que apenas destacam episódicos abusos praticados por fundações, públicas ou privadas.

O relatório de avaliação que resultou da Lei do Censo também destaca de forma enfática o apoio público às fundações, o que contribuiu para passar a mensagem de que todas são fontes de despesa pública supérflua que se impõe cortar. É gritante o contraste com a ausência de referência ou de uma qualquer contabilização do importante papel que as fundações privadas têm na nossa sociedade, ao assumirem importantes missões no domínio social, económico, cultural, científico, entre outros de interesse geral, completando ou mesmo substituindo a ação do Estado.

É óbvio que é positivo o objetivo do Censo de fazer um retrato abrangente do sector fundacional. O que é criticável é o facto de o legislador não ter esperado pelos resultados deste exercício de mapeamento e avaliação do sector fundacional para avançar com a Lei-quadro das Fundações. Preferiu regular um sector, que declaradamente desconhecia, o que no mínimo é imprudente.

Também a Lei Quadro da Fundações é apresentada como uma medida de redução de despesa pública negociada com a troika, mas vai além do exigido, pois regula todas as fundações, e não apenas as fundações públicas e fundações de direito privado criadas pelo Estado e pelas demais pessoas coletivas públicas, as que eram visadas pelo Memorando. Esta separação de “águas” até é pressuposta pelo artigo 165.º (1) (u) da CRP que apenas refere a existência de uma lei de bases das fundações públicas.

Em vez de criar um regime próprio para as fundações criadas pelo Estado e demais pessoas coletivas públicas, adaptado às exigências próprias do direito público, o legislador decidiu incluir numa Lei Quadro o regime jurídico de todas as fundações, públicas e privadas. É como se se regulasse num único instrumento legal as sociedades comerciais e o sector empresarial do Estado.

São as dificuldades que esta técnica legística e as opções normativas do legislador levantam às fundações privadas que são o tema da minha intervenção. Por razões de contenção de tempo, irei apenas realçar 2 aspetos críticos da aplicação desta Lei Quadro às fundações privadas, designadamente:

- A duplicação de regimes jurídicos que gera incongruências e incerteza jurídica;
- A equiparação das fundações privadas com estatuto de utilidade pública às fundações públicas em aspetos fundamentais do respetivo regime jurídico, o que permite um inusitado dirigismo estadual pouco consentâneo com os princípios da autonomia privada e da livre disposição do património, de que as fundações privadas são uma manifestação.

Duplicação de regimes jurídicos

A duplicação de regimes jurídicos das fundações privadas mediante a alteração das disposições do Código Civil e, paralelamente, a inclusão do seu regime jurídico numa LQ é uma técnica legística que cria risco de incongruência e, com isso, de incerteza jurídica em aspetos essenciais do regime jurídico das fundações privadas.

Atente-se, por exemplo, nas discrepâncias entre o n.º 3 do artigo 188.º do CC e o artigo 23.º da LQ que regulam ambos os motivos de recusa de reconhecimento, uma matéria central para a aquisição de

personalidade jurídica da fundação e, portanto, para a sua existência enquanto pessoa coletiva.

O n.º 3 do artigo 188.º do CC enumera taxativamente 3 motivos gerais de recusa (ausência de um fim de interesse social; insuficiência ou desadequação do património e ilegalidade dos estatutos). Já artigo 23.º da LQ é mais denso e contém um elenco mais alargado de motivos de recusa de reconhecimento. Alguns dos fundamentos de recusa de reconhecimento do artigo 23.º são excessivamente indeterminados, como “a existência de dúvidas ou litígios, ainda que potenciais, sobre os bens afetos à fundação”. Confesso que não consigo perceber como é que a Administração vai densificar o conceito de “dúvida potencial acerca de um bem”.

Mas não é tudo! Se a al. b do art. 188.º do CC inova ao introduzir ao lado da tradicional insuficiência do património e em alternativa a “inadequação do património afecto à fundação” como motivo de recusa do reconhecimento, já o artigo 23.º da LQ apenas refere a insuficiência do património. Em que ficamos? Pode um património suficiente mas inadequado à prossecução do fim de interesse social da fundação ser fundamento de recusa do reconhecimento. De acordo com o disposto no n.º 3 do art. 188 sim. Mas já nos termos do artigo 23.º da LQ não, pois esta disposição apenas refere a insuficiência do património como fundamento de recusa do reconhecimento.

Incongruências deste tipo geram insegurança jurídica, o que no caso da Lei Quadro é agravado pelo uso excessivo de conceitos indeterminados, como, por exemplo, o de “pessoa ligada ao fundador por relações de amizade ou de negócios” no artigo 3.º, e que é essencial para a determinação do elemento teleológico da fundação (finalidade de interesse social).

Ou por ex., o conceito de “inadequação ou adequação do património ao fim fundacional”, igualmente relevante para a determinação do

segundo elemento essencial da fundação. Ou ainda, o conceito de “rentabilização social dos meios disponíveis” que, de acordo com o artigo 190.º CC permite ao Estado ampliar o fim da fundação.

Se a tudo isto somarmos os lapsos de linguagem ou mesmo erros de ortografia facilmente nos apercebemos que esta Lei Quadro foi redigida com precipitação, sem falar no embaraço de ter um legislador que parece não dominar inteiramente a língua portuguesa. Cito como exemplo o artigo 33.º ou o artigo 3.º da LQ.

O artigo 33.º *in fine* permite a fusão das instituições, “contando” que a tal não se oponha a vontade do fundador. Em vez da locução adverbial “contanto”, que significa desde que, o legislador usou o gerúndio do verbo “contar”, que significa calcular, o que torna a disposição ininteligível, se aplicada de forma literal.

Ou a al. b) do n.º 2 do artigo 3.º da LQ que tipifica como fim de interesse social “a assistência a refugiados e **emigrantes**”, ou seja, a assistência estrangeiros que residem em Portugal ao abrigo do direito de asilo e a portugueses que residem no estrangeiro. Parece-me óbvio que também aqui se tratou de um lapso e que o legislador se queria referir a imigrantes que, tal como os refugiados, são estrangeiros que residem no nosso país. Um lapso que é muito comum causado pelo desconhecimento do significado etimológico do prefixo “e” que deriva da preposição latina “ex” que indica “movimento para fora”, enquanto que o prefixo “i” deriva da preposição latina “in” que indica “movimento para dentro”. Em qualquer caso, este lapso legitima que se coloque legitimamente a questão de saber se também se pode considerar fim social relevante a assistência a estrangeiros com residência em território nacional, sem ser ao abrigo do direito de asilo, ou seja, a imigrantes. É que a lei não o diz.

A uniformização dos regimes jurídicos

O segundo especto crítico que gostaria de referir prende-se com a equiparação que a Lei Quadro faz entre fundações públicas e fundações privadas com estatuto de utilidade pública em aspetos importantes do seu regime jurídico.

Esta uniformização de regimes jurídicos não tem em conta a diferença de natureza jurídica dos dois tipos de fundação. Se algumas soluções normativas podem considerar-se justificadas para as fundações públicas, já a sua aplicação às fundações privadas permitem uma intrusão estadual na vida destes entes coletivos privados, que é inusitada num Estado de direito democrático que protege os princípios da autonomia privada e da livre disposição do património, de que as fundações privadas são uma manifestação.

Cito como exemplos as disposições do artigo 10.º e 11.º da LQ que introduzem, respetivamente, limitações às despesas próprias com pessoal e administração e limites à alienação dos bens que integrem o património inicial.

O artigo 10.º da LQ estabelece rigorosos limites às despesas em pessoal e administração das fundações privadas com estatuto de utilidade pública, distinguindo, no entanto, entre fundações financiadoras e operativas.

As fundações privadas cuja atividade predominante consista na concessão de benefícios ou apoios financeiros à comunidade estão sujeitas a uma dupla limitação: não podem gastar mais de 1/10 dos seus rendimentos anuais com administração e pessoal e devem despende pelo menos 2/3 destes rendimentos anuais na prossecução dos fins estatutários.

Já as fundações chamadas operativas, ou seja, aquelas cuja atividade consista predominantemente na prestação de serviços à

comunidade estão sujeitas a um limiar mais elevado, podendo gastar até 2/3 dos seus rendimentos anuais com pessoal e administração.

Estas disposições colocam várias questões das quais destacaria duas.

Em primeiro lugar, não é claro como é que estes limites se aplicam àquelas fundações que têm atividade mista, ou seja, tanto de subvenção de atividades de interesse social como de prestação de serviços à comunidade, tendo ambas as atividades um igual peso. Aplica-se o limite de 10% ou o dos 2/3 do rendimento anual ou faz-se um exercício de distribuição pro rata? Ou fica ao critério da autoridade administrativa decidir qual dos limites é aplicável?

Depois, como é que estes limites se articulam com aqueles que já são impostos pelo artigo 10.º do Código do IRC (pelo menos 50% dos rendimentos devem ser afetados aos fins sociais que justificaram a isenção)?

São tudo dúvidas, para as quais não tenho resposta. Apenas sei que não se compadecem com uma elementar exigência de certeza jurídica, tanto mais que a violação destes limites é sancionada com a perda do estatuto de utilidade pública.

Já o artigo 11.º da LQ submete a alienação de bens da fundação privada com estatuto de utilidade pública com especial significado para os fins da fundação a autorização prévia do Primeiro Ministro (autoridade competente para o reconhecimento – art. 20.º), sob pena de nulidade do negócio jurídico. Esta disposição, se pode parecer justificada para as fundações públicas – pois trata-se da alienação de património público, é em relação às fundações privadas dificilmente justificável à luz dos princípios da autonomia da vontade e da livre disposição do património.

Na mesma linha dirige o art. 16.º (3)) sujeita todas as fundações privadas, com ou sem estatuto de utilidade pública, à fiscalização e

controle do Ministério das Finanças quando beneficiem de apoios financeiros.

Esta disposição, inserida no normativo que visa limitar a participação de entidades públicas na criação de fundações privadas, acaba por colocar as fundações privadas sob apertada supervisão administrativa, sem que a lei concretize em que termos se exercem estes poderes de controlo e fiscalização do Ministério das Finanças.

Mas o que mais aflige é que a amplitude deste poder de controlo do Estado é proporcional à amplitude da definição de apoio financeiro da al. c) do n.º 3 do art. 3.º, que considera apoio financeiro não apenas as subvenções, os benefícios, mas também todo e qualquer tipo de pagamento efetuado pelo Estado e demais pessoas coletivas públicas às fundações privadas.

No limite, o pagamento efetuado a uma fundação privada como justa contraprestação dos serviços ou bens por ela fornecidos a uma pessoa coletiva pública dita a sua sujeição à tutela do Ministério das Finanças, como se de um serviço público se tratasse.

Este tipo intervenção não tem paralelo em outras manifestações da autonomia privada, como as associações ou as sociedades comerciais, que igualmente podem beneficiar de apoios financeiros na amplíssima aceção da al. c) do n.º 3 do art. 3.º.

Cito ainda, como exemplo de uma disposição altamente dissuasora da criação de fundações privadas o artigo 7.º da Lei Quadro que exige aos instituidores que declarem sob compromisso de honra que não existem dúvidas ou litígios, ainda que potenciais sobre os bens afetos à fundação e determina que a existência de tais dúvidas ou litígios, ainda que potenciais, além de conduzir à revogação do reconhecimento faz incorrer o autor da declaração em responsabilidade criminal.

Não sei o que se pode considerar dúvidas potenciais. Apenas sei que a potencialidade de uma dúvida tem um carácter demasiado indeterminado para gerar responsabilidade criminal do instituidor.

No fundo, esta e as outras disposições que citei consagram soluções normativas que são tributárias de uma enorme desconfiança relativamente à utilização do instituto fundacional. Ao mesmo tempo são de um dirigismo sem precedentes, impróprio num Estado de direito democrático baseado num modelo de sociedade que deve favorecer a autonomia privada, a liberdade de iniciativa e o livre desenvolvimento da personalidade.

Esta hostilidade em relação às fundações privadas assenta, no fundo, no preconceito que estas ocultam interesses ilegítimos, para utilizar as palavras do Governo no relatório de avaliação do sector. E parece ser inspirada pela utilização abusiva do instituto fundacional, pelo Estado e demais pessoas coletivas públicas, mas também por privados.

Mas tal não pode criar uma presunção nesse sentido, tanto mais que, em relação às fundações privadas e, ao contrário do que acontece com as associações ou as sociedades comerciais, o Estado já tem poderes de fiscalização prévia que derivam do reconhecimento individual e do procedimento de atribuição e manutenção do estatuto de utilidade pública.

Sempre se poderia invocar a favor desta intervenção do Estado o tratamento fiscal mais favorável que é dado às fundações privadas com estatuto de utilidade pública. Até posso admitir que sim, mas desde que com respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Mas também podemos justificar estes benefícios fiscais como sendo a justa contrapartida do seu contributo para a prossecução de uma missão de interesse público nos domínios social, cultural,

educacional, etc, satisfazendo necessidades da comunidade que competiria ao Estado satisfazer à custa do erário público.

Além do mais, as fundações privadas com estatuto de utilidade pública não são as únicas pessoas coletivas a ter benefícios fiscais. Também as sociedades comerciais os têm, sem que ninguém reivindique uma intervenção similar do Estado na sua vida, para verificar, por ex., se cumprem o objetivo social de realização de lucros ou para estabelecer limites à remuneração do seu pessoal ou à disposição do seu património, como acontece em relação às fundações privadas.

Se olharmos para a crueza dos números dos benefícios fiscais, só podemos concluir que tamanho intervencionismo é desproporcionado. De acordo com dados do Governo, as fundações avaliadas usufruíram, em 2010, benefícios fiscais e outras regalias no montante de 4 milhões e 700.000 €, ou seja, menos de 5 milhões €. No cômputo das contas do Estado são “peanuts”. E são- no verdadeiramente, se pensarmos que de acordo com dados divulgados pelo Ministério das Finanças, no mesmo ano de 2010, o Estado concedeu mais de 1.3 mil milhões em benefícios fiscais às empresas. Somente uma sociedade por quotas, a Livermore, Consultadoria e Serviços, Lda obteve benefícios fiscais de mais de 216 milhões €, ou seja, 43 vezes mais do que todas as fundações avaliadas. Perante estes números estranho que ainda não se tenham levantado vozes a defender a interferência do Estado na administração das sociedades comerciais ou a sua extinção.

Para concluir, gostaria apenas de lamentar que o legislador ao elaborar esta Lei Quadro não tivesse tido a serenidade necessária para não se deixar levar por uma lógica redutora.

E sobretudo lamento que não tivesse tido em devida consideração a essência da fundação. Através da afetação de património privado à realização de fins de interesse social, as fundações privadas

complementam e muitas vezes até substituem o Estado em importantes missões de natureza social, cultural, científica, etc, sendo também um importante instrumento de redistribuição de riqueza privada.

Num momento em que a crise financeira e económica está a limitar fortemente a capacidade do Estado para satisfazer as necessidades das populações nestes domínios, a criação de fundações privadas devia ser incentivada, pois são o mecanismo jurídico privilegiado de organização de uma atividade altruísta e de redistribuição de riqueza privada. Temo que esta Lei Quadro tenha o efeito contrário.