

2013/GP/2020

Exmo. Senhor
Dr. André Moz Caldas
Secretário de Estado da
Presidência do Conselho de Ministros
Rua Prof. Gomes Teixeira, 2, 7.º
1399-022 Lisboa

Lisboa, 13 de novembro de 2020

Senhor Secretário de Estado
Falado

Muito agradeço a comunicação de V. Exa., datada de 27 de outubro p.p., na qual solicita o parecer da Fundação Calouste Gulbenkian sobre o anteprojeto de Proposta de Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública.

Em resposta a este pedido, permito-me saudar, desde logo, a iniciativa legislativa apresentada, na medida em que, através da consolidação do regime jurídico aplicável às pessoas coletivas de utilidade pública, atualmente disperso em múltiplos diplomas, vem contribuir para reforçar e certeza e a segurança jurídica do referido regime.

A Fundação concorda, em termos genéricos, com o conteúdo da Proposta de Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública e congratula-se com o facto de na mesma ter sido reconhecido o regime de exceção do estatuto de utilidade pública da Fundação Calouste Gulbenkian pela circunstância histórica desta ter sido instituída por Decreto-Lei e aquele estatuto de utilidade pública ter sido igualmente conferido por meio de ato legislativo.

Não obstante, no que se refere à proposta de alteração ao art.º 36.º da Lei-Quadro das Fundações, contida no art.º 9.º do anteprojeto de Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública, permitimo-nos sugerir uma alteração na redação proposta para o n.º 2 do referido art.º 36.º, nos termos previstos no parecer que anexamos, elaborado de acordo com o entendimento do Senhor Professor José Carlos Vieira de Andrade, que consultámos para o efeito.



FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN

GABINETE DA PRESIDENTE

Com efeito, a Fundação Calouste Gulbenkian entende que não se justifica a possibilidade do Governo ordenar a realização de inquéritos e inspeções, na medida em que, por um lado, não fazem sentido para verificar se o fim da fundação se esgotou ou se tornou impossível, nem se mostram, por outro lado, necessários ou adequados para concluir que nos últimos três anos não houve qualquer atividade relevante da fundação, uma vez que as fundações são já obrigadas todos os anos a enviar para a Presidência do Conselho de Ministros os respetivos relatórios de atividades.

Admite-se, porém, a possibilidade do Governo ordenar a realização de sindicâncias e auditorias permitindo uma avaliação global da atividade da fundação, quando haja razões sérias para suspeitar ou considerar que há, de facto, um desvio de finalidade, ainda que não ilícito. A decisão de ordenar a diligência deve, no entanto, ser obrigatoriamente fundamentada e deve ser passível de controlo judicial, a título principal ou cautelar.

Assim, propomos que a proposta de alteração ao artigo 36.º da Lei-Quadro das Fundações seja modificada de acordo com a seguinte redação:

«Artigo 36.º [...]

1 - [...].

2 - Para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo anterior, a entidade competente para o reconhecimento pode ordenar, *mediante decisão fundamentada*, a realização de *sindicâncias e auditorias*.

3 - [Anterior n.º 2].»

Deste modo, os poderes de fiscalização da atividade das fundações pela entidade responsável pelo reconhecimento ficam assegurados, sendo em respeito do Estado de Direito limitados por um processo ou por uma justificação.

Com os melhores cumprimentos,

estima e consideração

Isabel Mota

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE
Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

PARECER

O Governo solicita o parecer da Fundação Calouste Gulbenkian sobre o anteprojecto de Proposta de Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública.

1. O artigo 9.º do anteprojecto contém uma proposta de alteração ao artigo 36.º da Lei-Quadro das Fundações, aprovada em anexo à Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, pela qual se atribui à autoridade responsável pelo reconhecimento poderes para “ordenar a realização de inquéritos, sindicâncias, inspeções e auditorias” às fundações privadas, para efeitos de verificação das causas para a eventual extinção destas instituições.

O texto proposto é o seguinte:

«Artigo 36.º [...]

1 - [...].

2 - *Para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo anterior, a entidade competente para o reconhecimento pode ordenar a realização de inquéritos, sindicâncias, inspeções e auditorias.*

3 - [Anterior n.º 2].»

O n.º 2 do artigo 35.º da Lei-Quadro, referido na proposta de alteração (cujo texto é idêntico ao do actual artigo 192.º, n.º 2, do Código Civil), determina:

2 - *As fundações podem ser extintas pela entidade competente para o reconhecimento:*

- a) *Quando o seu fim se tenha esgotado ou se haja tornado impossível;*
- b) *Quando as actividades desenvolvidas demonstrem que o fim real não coincide com o fim previsto no ato de instituição;*
- c) *Quando não tiverem desenvolvido qualquer actividade relevante nos três anos precedentes.*

A justificação da proposta de alteração consta do preâmbulo do anteprojecto:

“(…) [N]ota-se que, atualmente, o regime previsto na Lei-Quadro das Fundações, na sua redação atual, apresenta lacunas no que respeita ao modelo de fiscalização das fundações privadas, uma vez que não prevê a existência dos adequados mecanismos para que a entidade competente para o reconhecimento possa identificar se está verificada alguma causa de extinção da fundação”.

É essa a “lacuna” que a alteração pretende colmatar.

2. Na realidade, nos termos dos artigos 35.º e 36.º da Lei-Quadro e dos artigos 192.º e 193.º do Código Civil, as fundações privadas extinguem-se ou podem ser extintas com base em três tipos de causas, que surgem autonomizadas nos textos legais em função dos respectivos procedimentos de extinção.

Em primeiro lugar, há causas que decorrem da autonomia privada e que implicam a extinção automática da fundação: decurso do prazo, se a fundação tiver sido constituída temporariamente; verificação de uma causa extintiva prevista no ato de instituição e encerramento do processo de insolvência (se não for admissível a continuidade da fundação). A situação é comunicada (e a declaração de extinção pedida) pela administração da fundação à entidade competente para o reconhecimento, que, nos termos de procedimento definido em regulamento (Portaria n.º 69/2008), profere uma *declaração de extinção*.

Em segundo lugar, há fundamentos de extinção relacionados com o substrato fundacional: esgotamento ou impossibilidade superveniente do fim; o fim real da actividade não coincide com o fim previsto no acto de instituição; não ter sido desenvolvida qualquer atividade relevante durante três anos. A extinção é oficiosamente proferida pela entidade competente para o reconhecimento mediante uma *decisão administrativa*.

Em terceiro lugar, há causas de extinção que decorrem da prossecução do fim por meios ilícitos ou imorais ou por a existência da fundação se ter tornado contrária à ordem pública. Também aqui há uma *decisão de extinção*, mas uma decisão *judicial* que cabe aos tribunais comuns, em acção proposta pelo Ministério Público ou pela entidade competente para o reconhecimento.

A alteração que agora se propõe diz respeito justamente ao procedimento que visa a *decisão administrativa de extinção* (referida em segundo lugar), com base nos fundamentos previstos no n.º 2 do artigo 35.º da Lei-Quadro e n.º 2 do artigo 192.º do Código Civil.

Não estando definidos na lei – ao contrário do que acontece nas outras duas situações – o procedimento e os termos em que a entidade competente para o reconhecimento verifica as causas de extinção da fundação para efeito de tomada de decisão, prevê-se que ela possa *ordenar a realização de inquéritos, sindicâncias, inspeções e auditorias*.

3. Tem sentido o preenchimento da lacuna, desde logo porque, embora a nossa Constituição não consagre, como direito fundamental, a liberdade ou o direito de instituição de fundações privadas (como acontece com as associações), estamos perante uma interferência pública na vida de instituições privadas, de modo que, por força do princípio da legalidade da administração, os eventuais poderes de “tutela” das autoridades administrativas não se presumem, devendo estar expressamente previstos na lei.

Importa, no entanto, averiguar se os poderes em causa – que são os típicos poderes de fiscalização administrativa – se justificam, e em que medida, nas situações previstas.

Deve começar por salientar-se que, no sistema da Lei-Quadro, os poderes para ordenar a realização de inquéritos, sindicâncias, inspeções e auditorias estão previstos, em geral, apenas para as fundações privadas sujeitas a *regimes especiais*. De acordo com os artigos 41.º, 44.º e 47.º, esses

poderes de fiscalização integram o regime especial das fundações de solidariedade social, de cooperação para o desenvolvimento e de criação de instituições de ensino superior.

É dizer que esses poderes *não são admissíveis, em geral, relativamente às fundações privadas*, a não ser nas situações referidas no artigo 16.º, n.º 3: quando as fundações privadas beneficiem de apoios financeiros, estão sujeitas à fiscalização e controlo dos serviços competentes do Ministério das Finanças.

Neste contexto normativo, a previsão dos poderes proposta não deve poder ser interpretada como uma atribuição de poderes à entidade competente para o reconhecimento (o Primeiro Ministro), no quadro de uma competência geral de fiscalização, diuturna ou periódica (como acontece na tutela de institutos públicos, que formam a administração indirecta do Estado ou mesmo, quanto à legalidade, relativamente à administração autárquica). Tratando-se aqui da autonomia de entidades privadas, os poderes de intervenção por parte da entidade administrativa são admissíveis *apenas para efeitos da decisão de extinção*, quando esteja em causa a verificação da existência daquelas situações que são fixadas na lei.

Assim, tendo em conta as obrigações de transparência estabelecidas no artigo 9.º da Lei Quadro, entre as quais o envio de relatórios de contas e de actividades (aos serviços da Presidência do Conselho de Ministros) ou a realização de auditoria externa, não parece, desde logo, que as situações de extinção em apreço justifiquem o poder de ordenar inspecções (normalmente, intervenções regulares) ou inquéritos, que são relativos a casos concretos e não fazem sentido para verificar se o fim se esgotou ou tornou impossível, nem se mostram necessários ou adequados para concluir que nos últimos três anos não houve qualquer actividade relevante.

A situação legalmente prevista cuja comprovação poderá exigir uma intervenção administrativa para justificar a decisão de extinção será a de a actividade desenvolvida pela fundação demonstrar que o fim real não coincide com o fim previsto. Para esse efeito, poderá ser adequado o recurso a

sindicâncias ou auditorias, permitindo uma avaliação global da actividade da fundação, quando haja razões sérias para suspeitar ou considerar que há, de facto, um desvio de finalidade, ainda que não ilícito.

Em qualquer caso, é importante que fique claro que essas decisões visam apenas essas situações e finalidades e só se justificam se for evidente ou houver indícios claros de que pode estar em causa uma situação desse tipo.

A decisão de ordenar a diligência deve ser, por isso, obrigatoriamente fundamentada. Ao exigir a fundamentação da decisão de ordenar as diligências em causa, torna-se claro que esse poder não pode ser utilizado de modo sistemático, nem para outras finalidades, permitindo-se ainda o respectivo controlo judicial (a título principal ou cautelar).

4. Tendo em conta as considerações anteriores, propõe-se a seguinte redacção para o artigo 9.º do anteprojecto:

“É alterado o artigo 36.º da Lei-Quadro das Fundações, aprovada em anexo à Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, na sua redacção atual, que passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 36.º [...]

1 - [...].

2 - Para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo anterior, a entidade competente para o reconhecimento pode ordenar, *mediante decisão fundamentada*, a realização de *sindicâncias e auditorias*.

3 - [Anterior n.º 2].»

5. Nada se diz na lei (e nada se propõe) sobre o procedimento decisório de extinção, mas, como resulta das regras gerais e princípios aplicáveis a toda a actividade administrativa, não haverá dúvidas de que tal decisão, sendo um acto administrativo unilateral e desfavorável, pressupõe, no mínimo, a audiência prévia dos interessados, além do parecer do Conselho Consultivo previsto no artigo 13.º da Lei Quadro.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE
Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

6. Poderá ainda ponderar-se a conveniência de alterar igualmente o artigo 193.º do Código Civil.

Novembro de 2020

