



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**José Francisco Bigotte da Veiga**

**As fundações e a tributação – Das *fundações da empresa* às  
*fundações de empresa*: Contributo para a criação de um novo  
tipo fundacional**

**Foundations and Taxation – From foundations created by  
companies to corporate foundations: A contribution for the creation of a  
new type of foundation**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no  
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de  
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Fiscal*

**Dissertação orientada pela Senhora Doutora Suzana Tavares da Silva**

**Coimbra**

**2016**

*Fundação – s.f. 1. CONST base firme sobre a qual se constrói um edifício, comumente implantada no interior do solo e em contacto direto com este, para que as cargas finais sejam transmitidas ao mesmo; alicerce, fundamento, sustentáculo...*

*In Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Volume III, Círculo de Leitores, 2015, p. 1923*

*Para a minha mãe e para o meu irmão.  
Para a avó Mimi.*

## **Agradecimentos:**

A apresentação de uma dissertação de mestrado coincide, não raras vezes, com uma mudança de ciclo pessoal. No caso concreto, a mudança – sentida, aliás, pela *prorrogação* da entrega da dissertação – manifestou-se com a mudança de cidade e com um olhar sobre o Direito e a sua prática, numa outra perspectiva. É, desta forma, que devo enquadrar os agradecimentos.

Antes de mais, devo agradecer à minha família, aos meus pais e ao meu irmão, que valorativamente me fez crescer, que me permitiu desenvolver capacidades e aptidões e que me apoia nos projectos a que me proponho.

Um agradecimento especial se impõe também a todos aqueles que, durante os anos da licenciatura e do mestrado, me permitiram *viver* Coimbra e desenvolver outros projectos, que não unicamente académicos, mas de valorização da Universidade, da cidade e da cultura portuguesa e que, mal sabia eu, eram já exemplo da vitalidade que uma associação, como o Coro Misto da Universidade de Coimbra, pertencente a um *terceiro sector*, pode e deve manifestar.

E, porque o *caminho se faz caminhando*, um agradecimento a todos aqueles com quem, agora em Lisboa, pude trocar impressões sobre os temas fundacionais. Sem esquecer nenhuma das conversas e dos respectivos intervenientes, um *obrigado* à Patrícia porque o seu gosto pelo tema me permitiu também descobrir nova bibliografia que gentilmente me foi facultada. De igual forma, e tendo presente que a bibliografia sobre os temas fundacionais que abordei nem sempre estava tão desenvolvida como desejaria ou, noutras situações, nem sempre estava disponível, um agradecimento à Maria Inês, porque me permitiu descobrir que a bibliografia sobre o Liechtenstein não ocupava prateleiras tão recônditas.

Entre Coimbra e Lisboa, quer durante as vivências da primeira, nos cinco anos académicos vividos, quer nas passagens – especialmente agora sempre efémeras – da segunda para a primeira, ao longo de dois anos, um obrigado à prima Mimi pelo acolhimento, pelo diálogo e pela possibilidade de aprender que sempre se propicia.

Por fim, um agradecimento especial à Senhora Doutora Suzana Tavares da Silva com quem comecei por desenvolver o tema, ainda durante as aulas do ano curricular do mestrado, pela paciência e disponibilidade no acompanhamento da dissertação, pelos conselhos e pelas conversas em Coimbra e por ter sempre uma resposta pronta para as inquietações naturais que quem apresenta uma dissertação manifesta.

*A todos, um muito obrigado!*

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 13 de Julho de 2016

## **Resumo**

Neste estudo, pretendemos cuidar das relações que se estabelecem entre as empresas e as fundações. Para tanto, desenvolvemos os elementos que historicamente se foram consolidando para dar origem às fundações. De seguida, caracterizamos as relações entre empresas e fundações no direito comparado, concretamente, no Liechtenstein, com a diferente compreensão que adoptou de fundações (“*Stiftungen*”), *trusts* (“*Treuhänderschaften*”) e *Anstalten*; em França, com o regime das fundações de empresa (“*fondations d’entreprise*”); e em Itália com o regime das fundações bancárias (“*fondazioni bancarie*”).

Por fim, atentamos no regime português e, com a experiência histórica e do direito comparado, procuramos tirar as necessárias conclusões acerca de uma realidade que vem crescendo. Dessa forma, sugerimos alguns aspectos que podem ser tidos em conta numa eventual regulação de um novo tipo fundacional em Portugal.

**Palavras-chave:** *empresas, fundações, tributação.*

## **Abstract**

In this study, we pretend to investigate the relations between foundations and companies. For that purpose, we study the different elements that strengthened foundations throughout history. We also study the relations between companies and foundations in other legal regimes, namely in Liechtenstein, studying its foundations’ (“*Stiftungen*”) different approach, trusts (“*Treuhänderschaften*”) and *Anstalten*; in France, studying the corporate foundations (“*fondations d’entreprise*”); and in Italy, studying the banking foundations (“*fondazioni bancarie*”).

Finally, having in mind different experiences in different historic times and in different countries, we intend to take some conclusions about the increasing of foundations that are created by companies. So, we suggest some aspects that can be useful for a future regulation of a new type of foundation in Portugal.

**Key-words:** *companies, foundations, taxation.*

## Regras de citação:

### 1. Citação de autores

Por uma questão de economia de caracteres, optámos pela utilização das normas de citação de acordo com o ESTILO CHICAGO, surgindo as referências no próprio texto. Desta forma, colocamos entre parêntesis o nome do autor, seguido de vírgula, com o ano da publicação, após o qual inserimos dois pontos, com a indicação da página a que nos referimos na obra. **Exemplo:** (CORREIA, 1970: 102)

Sempre que a obra a citar tenha mais do que um volume, a seguir ao nome do autor será colocado, entre vírgulas, o número do volume correspondente. **Exemplo:** (CANOTILHO/MOREIRA, I, 2014: 987)

Chamamos a atenção para o facto de o nome dos autores se encontrar organizado sempre pelo último apelido, com excepção dos autores de língua castelhana, que serão citados a partir dos dois últimos apelidos. **Exemplo:** (SERRANO CHAMORRO, 2000: 235)

Ainda assim, não raras vezes, apresentamos no próprio texto em versaletes outros nomes para além do apelido, colocando apenas entre parêntesis o ano e a página correspondente da fonte bibliográfica. **Exemplo:** “MANUEL DE ANDRADE (1974: 69) refere que nas fundações...” (p. 32).

As regras de citação acima mencionadas são válidas quer para as referências no corpo do texto, quer para aquelas que constam das notas de rodapé.

Na lista bibliográfica que apresentamos no final (e que comporta as referências bibliográficas completas), colocámos o autor, seguido do ano, da edição, do número da publicação ou do volume (se aplicável), do título do livro, da cidade e da editora. **Exemplo:**

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. 2014. Volume I.  
*Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra

Editora

## 2. Referência a *Informações Vinculativas*, *Jurisprudência*, *Pareceres*, *Ofícios* e demais elementos emitidos por autoridades nacionais ou internacionais

No corpo do texto/nota de rodapé apenas colocamos a identificação do acto em causa. Na lista bibliográfica final, pode consultar-se na *Jurisprudência* ou nos *Recursos disponíveis* online o *sítio* da *internet* onde a informação completa está acessível. **Exemplo:**

Para a referência textual «O Conselho Consultivo das Fundações já manifestou a vontade de ver alterado para *normativo* o reconhecimento. Entende o Conselho que existe uma “discriminação” das fundações por tal não suceder (PARECER N.º 4/2015, disponível no *sítio* da Assembleia da República).» (p. 43), encontramos a seguinte informação, nos *Recursos disponíveis* online (p. 138):

**ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA - Parecer n.º 4/2015 do Conselho Consultivo das Fundações, acerca do Projecto de Proposta de Lei que altera o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27 344, de 25 de Novembro de 1966, e procede à primeira alteração à Lei-Quadro das Fundações, aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho. Disponível em:**  
<[http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d7a51794c56684a535638784c6e426b5a673d3d&fich=ppl342-XII\\_1.pdf&Inline=true](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d7a51794c56684a535638784c6e426b5a673d3d&fich=ppl342-XII_1.pdf&Inline=true)> [Última consulta: 09-06-2015]

## **Lista de siglas e abreviaturas**

**art.** – Artigo

**CA** – Código Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31095, de 31 de Dezembro de 1940, com as alterações subsequentes.

**CC** – Código Civil Português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, com as alterações subsequentes.

**CGI** – Código Geral dos Impostos (“*Code Général des Impôts*”) (legislação geral fiscal francesa).

**CHF** – Franco suíço (moeda oficial da Suíça e do Liechtenstein).

**(C)IMI** – (Código do) Imposto Municipal sobre Imóveis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, com as alterações subsequentes.

**(C)IMT** – (Código do) Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, com as alterações subsequentes.

**(C)IRC** – (Código do) Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/1988, de 30 de Novembro, com as alterações subsequentes.

**(C)IRS** – (Código do) Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Individuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-A/1988, de 30 de Novembro, com as alterações subsequentes.

**(C)IS** – (Código do) Imposto de Selo, aprovado pela Lei n.º 150/1999, de 11 de Setembro, com as alterações subsequentes.

**(C)IUC** – (Código do) Imposto Único de Circulação, aprovado pela Lei n.º 22-A/2007, com as alterações subsequentes.

**CRP** – Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de Aprovação da Constituição, de 10 de Abril de 1976, com as revisões constitucionais subsequentes.

**CSC** – Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/1986, de 02 de Setembro, com as alterações subsequentes.

**DL** – Decreto-Lei.

**D. Legge** – Decreto-Lei (“*Decreto-Legge*”) (fonte de direito do ordenamento jurídico italiano).

**D. Legs.** – Decreto Legislativo (“*Decreto Legislativo*”) (fonte de direito do ordenamento jurídico italiano).

**dPR** – Decreto do Presidente da República (“*Decreto del Presidente della*



*Repubblica*”) (fonte de direito do ordenamento jurídico italiano).

**EBF** – Estatuto dos Benefícios Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/1989, de 01 de Julho, com as alterações subsequentes.

**EEE** – Espaço Económico Europeu.

**EONGD** – Estatuto das Organizações Não-Governamentais para o Desenvolvimento, aprovado pela Lei n.º 66/1998, de 14 de Outubro.

**EUR** – Euros (moeda oficial da Zona Euro).

**Fundação MPS** – *Fondazione Monte dei Paschi di Siena*.

**IPSS** – Instituições Particulares de Solidariedade Social, reguladas no DL n.º 119/1983, de 25 de Fevereiro.

**IRES** – Imposto sobre o rendimento das sociedades (*“Imposta sul reddito delle società”*), existente em Itália.

**IRPEG** – Imposto sobre o rendimento de pessoas jurídicas (*“Imposta sul reddito delle persone giuridiche”*), existente em Itália e disciplinado pelo Decreto do Presidente da República (*“Decreto del Presidente della Repubblica”*) n.º 917/1986, cujo título II deu, entretanto, lugar ao imposto sobre o rendimento das sociedades (*“Imposta sul reddito delle società”*).

**LBES** – Lei de Bases da Economia Social, aprovada pela Lei n.º 30/2013, de 08 de Maio.

**LQIP** – Lei-quadro dos Institutos Públicos, aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, com as alterações subsequentes.

**LQF** – Lei-quadro das Fundações, que se encontra em anexo à Lei n.º 24/2012, de 09 de Julho, com as alterações subsequentes.

**PGR** – Código das Pessoas e das Empresas do Liechtenstein (*“Personen und Gesellschaftsrecht”*), de 20 de Janeiro de 1926, com as alterações subsequentes.

**PVS** - Estrutura de Activos Privados (*“Privatvermögensstrukturen”*). Qualidade atribuída pelo art. 64.º da Lei Fiscal do Liechtenstein (*“Steuergesetz”*) que permite uma taxaço mais favorável.

**RJIES** – Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior, aprovado pela Lei n.º 62/2007.

**RJPCUP** – Regime Jurídico das Pessoas Colectivas de Utilidade Pública, aprovado pelo DL n.º 460/1977, de 07 de Novembro, com as alterações subsequentes.

**STJ** – Supremo Tribunal de Justiça.

**SteG** – Lei Fiscal do Liechtenstein (“*Steuergesetz*”), de 23 de Setembro de 2010, com as alterações subsequentes.

**TC** – Tribunal Constitucional.

**TCE** – Tratado que institui a Comunidade Europeia (tratado precursor do TFUE).

**TFUE** – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a sua redesignação surge na sequência da revisão ocorrida pelo Tratado de Lisboa, em 2007).

**TJUE** – Tribunal de Justiça da União Europeia.

**TUIR** – Texto único dos impostos sobre o rendimento (“*Testo unico delle imposte sui redditi*”), aprovado pelo Decreto do Presidente da República n.º 917/1986, com as alterações subsequentes.

**USD** – Dólares norte-americanos (moeda oficial do EUA).

## Índice

<b>I. Introdução.....</b>	<b>13</b>
<b>II. As fundações e o seu enquadramento no sector económico .....</b>	<b>14</b>
<b>1. Breve abordagem histórica das fundações .....</b>	<b>14</b>
1.1. A Antiguidade Clássica .....	15
1.2. A Idade Média e a Idade Moderna .....	17
1.3. A Idade Contemporânea .....	19
1.4. Principais conclusões .....	21
<b>2. Inserção num novo sector? .....</b>	<b>22</b>
2.1. Caracterização .....	22
2.2. O <i>terceiro sector</i> na CRP e na legislação ordinária portuguesa (v.g., LBES).....	27
<b>III. Enquadramento geral das fundações .....</b>	<b>30</b>
<b>1. Regime jurídico civil e administrativo das fundações .....</b>	<b>30</b>
1.1. As fontes do direito fundacional português .....	30
1.2. Definição de fundação .....	31
1.3. Algumas distinções: quanto ao tipo público ou privado, quanto ao regime jurídico, quanto aos instituidores e à origem do património e quanto aos fins .....	44
1.4. As fundações de utilidade pública e demais pessoas colectivas de utilidade pública .....	47
<b>2. Regime fiscal das fundações (remissão) .....</b>	<b>50</b>
<b>IV. Relações entre fundações e empresas no ordenamento jurídico comparado .....</b>	<b>52</b>
<b>1. Liechtenstein .....</b>	<b>53</b>
1.1. Fundações (“ <i>Stiftungen</i> ”) .....	54
1.1.1. Definição e regime de constituição e dissolução .....	54
1.1.2. Regime fiscal .....	56
1.2. <i>Trusts</i> (“ <i>Treuhänderschaften</i> ”).....	58
1.2.1. Definição e regime de constituição e dissolução .....	58
1.2.2. Regime fiscal .....	56
1.3. <i>Anstalten</i> .....	59
1.3.1. Definição .....	59
1.3.2. Características.....	60

1.3.3. Regime fiscal .....	62
1.4. A tributação ao abrigo do art. 64 SteG (“ <i>Privatvermögensstrukturen</i> ” – PVS) ...	63
1.5. Conclusões sobre o regime fundacional no Liechtenstein.....	67
<b>2. França.....</b>	<b>71</b>
2.1.Regime civil e administrativo.....	71
2.2. Regime fiscal .....	76
2.2.1. Os impostos sobre o rendimento das <i>fondations d’entreprise</i> (referência à isenção do imposto sobre as pessoas colectivas).....	76
2.2.2. O regime fiscal aplicável aos fundadores pelas suas “transferências” ( <i>versements</i> ).....	77
2.3. Conclusões sobre o regime fundacional em França .....	78
<b>3. Itália.....</b>	<b>80</b>
3.1. Antecedentes: os <i>Monti</i> , as <i>Casse di Risparmio</i> e os <i>Istituti di Credito di Diritto Pubblico</i> .....	81
3.2. Motivos que levaram à criação destes entes fundacionais, plasmados na <i>Legge Amato</i> .....	83
3.3. Evolução legislativa na disciplina das fundações bancárias .....	84
3.4. A natureza jurídica das fundações bancárias – Referência à decisão da <i>Corte Costituzionale</i> n.º 300/2003.....	89
3.5. Elementos fundacionais – especial referência aos órgãos e ao património.....	92
3.6. O regime tributário e fiscal das fundações bancárias .....	96
3.7. O caso da <i>Fondazione Monte dei Paschi di Siena</i> .....	99
3.8. Conclusões sobre o regime fundacional em Itália.....	102
<b>V. As fundações de empresa em Portugal.....</b>	<b>104</b>
<b>1. Ausência de previsão na LQF; aplicação do regime geral .....</b>	<b>104</b>
1.1. Regime fiscal das fundações privadas .....	104
1.1.1. IRC.....	105
1.1.2. A tributação das sociedades comerciais que instituem fundações de empresa. A questão das transferências ao abrigo do artigo 92.º CIRC.....	117
1.2. Propostas .....	117
1.3. Conclusões .....	118
<b>V. Considerações finais.....</b>	<b>120</b>

<b>Bibliografia .....</b>	<b>127</b>
<b>Jurisprudência .....</b>	<b>137</b>
<b>Recursos disponíveis <i>online</i>.....</b>	<b>138</b>

## I. Introdução

O tema que nos propomos tratar é um tema que tem vindo a debater-se com crescente importância num mundo cada vez mais globalizado. Com efeito, num Mundo preocupado com as redefinições das funções do Estado, em que os Governos se deparam com constantes dificuldades orçamentais, emerge o terceiro sector não como substituto, mas como ajudante da Comunidade na prossecução das actividades que o Estado nos últimos três quartos de século vinha garantindo aos seus cidadãos.

Neste contexto, surgem as fundações e, concretamente, fundações criadas por empresa. Estas fundações, cremos, obedecem a certas especificidades que devem ser cuidadas, sob pena de se lhes ser aplicado um regime jurídico que não seja totalmente coincidente com os interesses em causa (sem dúvida comunitários, mas também – é necessário não esquecer – egoísticos).

Ao longo da presente dissertação procuraremos, em primeiro lugar, traçar um breve esboço histórico das fundações, para compreendermos como se foram desenvolvendo os diversos elementos que compõem estas pessoas colectivas. De seguida, procuraremos caracterizá-las do ponto de vista de inserção num sector económico (e da eventual especificidade a que obedecerão, justificando, porventura, a sua inclusão *num terceiro sector*). Teremos, ainda, oportunidade de verificarmos quais as fontes normativas nacionais que se referem à instituição das fundações, analisando as suas principais disposições. De seguida, analisaremos os elementos necessários à instituição de uma fundação, para compilarmos as características essenciais e imprescindíveis destes entes.

Entraremos numa parte distinta da presente dissertação quando nos debruçarmos sobre o ordenamento jurídico comparado. O caso das fundações criadas por empresas não é, com efeito, único do nosso país, mas reflecte uma realidade de um mundo globalizado e uma tendência especial na Europa (SCHURR, 2011: 160). Não é, assim, de estranhar que existam diferentes compreensões e relações entre fundações e empresas no ordenamento jurídico comparado. Elegemos como ordenamentos de análise o Liechtenstein que desenvolveu um regime fundacional *sui generis*, que garante, nomeadamente, o anonimato dos beneficiários das suas estruturas fundacionais. De seguida, procuraremos analisar o regime francês da *fondation d'entreprise* que permitiu ao legislador francês estabelecer um regime jurídico de maior facilidade de acesso a estas estruturas. Por fim, no que ao ordenamento jurídico

comparado diz respeito, debruçar-nos-emos sobre o regime italiano, observando uma realidade específica, própria e historicamente justificada do seu regime: as fundações bancárias. Na verdade, no âmbito das relações entre empresas e fundações, verificaremos que, no que ao regime italiano diz respeito, as fundações bancárias não serão propriamente criadas por empresas (ou, rigorosamente, no caso, bancos), mas estão numa relação de proximidade, embora o legislador, ao longo dos anos, se tenha esforçado por garantir constantes reformas a propósito deste regime.

Por fim – e tendo em conta todas as considerações anteriores –, atentaremos no regime existente em Portugal, procurando caracterizar o regime jurídico que influencia as fundações no geral e as fundações que gozam do estatuto de utilidade pública. A este propósito, tiraremos as devidas conclusões dos regimes existentes no nosso país e, com a aprendizagem histórica e do direito comparado, tiraremos as conclusões que nos permitirão julgar se estaremos perante fundações que gozarão de especificidades que deverão ser reflectidas no seu regime jurídico.

## **II. As fundações e o seu enquadramento no sector económico**

### **1. Breve abordagem histórica das fundações**

Sinteticamente, identificamos as fundações como resultando da afectação de “um património destinado a um certo fim por acto *inter vivos* ou *mortis causa*, com carácter perpétuo, ou de duração indeterminada e que a lei reconhece como sujeito de direitos” (JUSTO, 2008: 157). As fundações representam uma construção jurídica com vários séculos de existência que mantêm uma idêntica compreensão de alguns dos seus elementos desde os primórdios. Todavia, com a evolução desejável, desenvolveram igualmente novos elementos ou novas compreensões dos mesmos elementos, em função de diferentes contextos históricos, políticos e ideológicos. Não se deve estranhar, pois, que, ao longo deste estudo, identifiquemos diversas compreensões do instituto fundacional, em resultado de tal evolução operada pelos diferentes contextos. Antes, porém, de nos debruçarmos sobre estas especificidades, convém atentarmos na génese das fundações na Antiguidade Clássica.

## 1.1. A Antiguidade Clássica

As fundações são uma construção com antecedentes na Antiguidade Clássica. Com efeito, julga-se que existiu uma ordenação jurídica a cuidar deste tema, mas os seus vestígios não chegaram até aos nossos dias (FARINHO, 2014: 53). Crê-se que importantes instituições da Antiguidade Clássica tenham sido *fundações*<sup>1</sup>, como terá sido o caso da Biblioteca de Alexandria ou da Academia de Platão (FARINHO, 2014: 54). Será, todavia, relativamente ao Império Romano que, com mais segurança, podemos tecer considerações sobre a realidade fundacional. A este propósito, devemos deixar duas notas. Em primeiro lugar, atendendo ao período temporal pelo qual se estendeu este Império, salientamos que as conclusões que retiramos não podem ser extrapoladas para todo o período romano. Desta forma, e em segundo lugar, consideraremos sobretudo a época pós-clássica e a justinianeia<sup>2</sup>, já que é nestas épocas que podemos mais facilmente encontrar elementos que nos permitem aproximarmo-nos das actuais fundações e não unicamente das *proto-fundações*. Segundo DOMINGOS SOARES FARINHO (2014: 62) são dois os principais motivos que levaram à evolução das *fundações* durante este período: por um lado, o desenvolvimento do cristianismo<sup>3</sup> (que permitia, *v.g.*, que houvesse pessoas que estivessem disponíveis para afectarem património a obras de caridade<sup>4</sup>) e, por outro lado, o desenvolvimento do próprio Direito Romano<sup>5</sup>. Surgem, enfim, as *piae causae*<sup>6</sup>. Esta designação serve tanto para o

---

<sup>1</sup> Colocamos em itálico o termo “fundações”, uma vez que a realidade fundacional tal e qual como a entendemos actualmente (com os seus respectivos elementos e densificação), surgiu em finais do século XVIII, inícios do século XIX (FARINHO, 2014: 97). Convém referirmos que até esse momento, não devemos falar em *fundações* num sentido rigoroso e, se ao longo desta introdução histórica utilizamos este termo, deve ter-se em conta que os elementos fundacionais não estavam, então, devidamente desenvolvidos.

<sup>2</sup> Para desenvolvimentos sobre os períodos anteriores, cf. FARINHO, 2014: 56-61 e SERENS, 2014: 222-233.

<sup>3</sup> Com NOGUEIRA SERENS (2014: 235), lembramos que foi na época pós-clássica que o cristianismo, com o Édito de Milão (313) se tornou a religião oficial no Império.

<sup>4</sup> Isto mesmo nos atesta NOGUEIRA SERENS (2014: 234, 233) que, inicialmente, refere que o cristianismo permitiu destruir uma ideia de afectação de património para a realização de “festas e jogos”, recriando as *fundações* para uma ideia de beneficência. Conclui, dizendo: «Ao ideal helénico da *philantropia* – amor pelo homem, humanidade, benevolência – sobreveio o ideal cristão da *philadelphia*: amor ao próximo que devia materializar-se em *obras* concretas, entre as quais *philonexia* (hospitalidade, “amor hacia el extranjero”).» (itálicos no original).

<sup>5</sup> A importância do Direito Romano para o desenvolvimento das fundações pode ser justificada pelo facto de se terem atenuado as exigências sucessórias (o que permitia, *v.g.*, um diferente grau de disposição do património) e de se ter começado a manifestar uma mais clara intervenção do poder público sobre as comunidades (FARINHO, 2014: 64-65). Convém sublinhar que, durante largos séculos, as *fundações* eram instituídas, sobretudo, através de testamentos.

<sup>6</sup> Esta expressão terá sido cunhada pelo Imperador Justiniano para se referir a obras de beneficência dirigidas a grupos de cidadãos, com vulnerabilidade económico-social e que a caridade cristã impedia que fossem



instituto jurídico, como para as obras em si mesmas<sup>7</sup>. Trata-se, no primeiro sentido, de deixas por morte, sob a forma de herança ou legado, sob condição. SANTOS JUSTO (2008: 157) exemplifica com os asilos para velhos (*gerontocomia*), pobres (*ptocotrophia*) e peregrinos (*xenodochia*). Estes institutos foram impulsionados por uma ampliação dos fins<sup>8</sup> fundacionais, exigindo, por consequência, uma organização<sup>9</sup> mais complexa do que as *proto-fundações* do período anterior. Ainda assim, consideramos que as *piae causae* romanas não eram verdadeiras fundações, pelo facto de não incorporarem uma compreensão integral dos elementos fundacionais (desde logo, as teorias acerca da personalidade jurídica ainda não estavam em desenvolvimento). Esta compreensão não é, todavia, pacífica na nossa doutrina<sup>10</sup>.

Para a prossecução das finalidades caritativas (e especialmente no Império Romano do Oriente), as pessoas optavam por transmitir os bens para uma instituição de confiança: a Igreja (SERENS, 2014: 238). Por esse motivo, um dos tipos das *piae causae* corresponde àquelas que eram administradas directamente pela Igreja Episcopal<sup>11</sup>, isto é, pelo Bispo, ou por quem era por ele nomeado. O outro tipo era aquele que cabia às pessoas designadas pelo instituidor, ou aos seus herdeiros. Estas duas modalidades compreendiam a existência de um *estabelecimento*. Existiam outras, porém, que não necessitavam desta materialidade (como é, v.g., o caso em que a finalidade dizia respeito à libertação de prisioneiros<sup>12</sup>).

---

esquecidos (SERENS, 2014: 237).

<sup>7</sup> Ou, na designação de NOGUEIRA SERENS (2014: 238), “aludia, quer ao *móbil* que animava a instituição, quer ao próprio *estabelecimento* de beneficência” (itálicos no original).

<sup>8</sup> Foi ampliado o conjunto de fins caritativos e pios, uma vez mais, por influência da Igreja. De facto, passou a entender-se que os bens eram deixados ao próprio Cristo (tendo alguém como fiduciário), interpretado como “amor caritativo” face, v.g., aos doentes, órfãos, pobres, etc. (FARINHO, 2014: 67). Anteriormente, entendia-se que os fins eram satisfeitos de forma quase instantânea, com a afectação do património (FARINHO, 2014: 66).

<sup>9</sup> Se os fins sofreram uma evolução que culminou com o seu alargamento, a organização surge agora delimitada. É, aliás, a organização geral e complexa que começa a delinear-se como elemento estruturante das fundações, a partir deste momento (FARINHO, 2014: 67).

<sup>10</sup> NOGUEIRA SERENS (2014: 240-241) dá-nos nota de doutrina que defende a personalização das *piae causae*. DOMINGOS SOARES FARINHO (2014: 67 ss.) considera que as *piae causae* são realidades proto-fundacionais, explicando a sua posição, ao referir que os Romanos, no seu pragmatismo, nunca se debruçaram sobre o estudo da personalidade jurídica, que surge unicamente com a Escola dos Comentadores. Desta forma, a discussão dos diversos autores procura determinar se a concepção destas entidades compreendia um conjunto alargado de direitos e de deveres que as fizessem ser consideradas entes autónomos em relação aos seus instituidores.

<sup>11</sup> Sublinhe-se, no entanto, que este património não era património nem da Igreja, nem do Bispo, permanecendo *autónomo* (FARINHO, 2014: 76).

<sup>12</sup> Para maiores desenvolvimentos, cf. SERENS, 2014: 235 e 239.

## 1.2. A Idade Média e a Idade Moderna

Com o fim do Império Romano do Ocidente, em 476, e a consequente organização dos povos bárbaros e ocupação dos territórios até então pertencentes ao Império, deu-se a emergência de “novos Direitos” (FARINHO, 2014: 77) que acabaram por influenciar o Ocidente: o Direito Canónico e o Direito Comum. O Direito Romano foi importante sobretudo no Oriente (onde o Império continuou de pé) e, numa versão *vulgar*, no Ocidente. Percebe-se, desta forma, que a Igreja tenha assumido um maior *protagonismo* no regime fundacional (SERENS, 2014: 242), instituindo ou administrando bens e desenvolvendo a organização e os fins admissíveis. Ao mesmo tempo, foram criadas regras para a administração deste património que impediam a apropriação do mesmo pelos seus administradores (incluindo pelos representantes da Igreja). A *fundação* aparece como “um modo de quem as instituía manter uma relação efectiva com os vivos” (SERENS, 2014: 243). Como consequência deste regime, a Igreja, enquanto instituição (porque administrava este vasto património<sup>13</sup>), passou a deter um poder que rivalizava com o poder dos monarcas e dos senhores feudais<sup>14</sup>. Multiplicaram-se, desta forma, os fenómenos de “mão morta”, isto é “a passagem de bens do tráfego jurídico normal para uma situação rígida, em propriedade eclesiástica, vinculada a um fim caritativo e, portanto, com a potencialidade de estar perpetuamente associada à Igreja” (FARINHO, 2014: 79), com os consequentes *vínculos*, que determinavam a indivisibilidade dos bens e dos encargos a que estavam sujeitos<sup>15</sup>. À constituição destes *vínculos* patrimoniais com a Igreja chama-se *amortização* (FARINHO, 2014: 81). Como é fácil de perceber, face ao poder crescente da Igreja, bem como ao facto

---

<sup>13</sup> Uma vez mais, este *património* não se materializa ainda em fundações. Podemos, antes, caracterizá-lo como *fundações fiduciárias*, isto é “fundações não autónomas, que não implicam a criação de uma nova pessoa jurídica, mas que consistem no destacamento de um património de uma pessoa jurídica do instituidor e sua afectação a um determinado fim” (FARINHO, 2014: 84). Sobre os tipos de *fundações fiduciárias* em Portugal (as *capelas* e os *morgados*), cf., *infra*, nota de rodapé 18, p. 18.

<sup>14</sup> Sobre este fenómeno, potencializado pelo desenvolvimento *fundacional*, leia-se NOGUEIRA SERENS (2014: 244): «... “os grupos sociais intermédios” [intermédios entre o Estado e os indivíduos; entenda-se: “as fundações”], como a história das corporações revela, [são] encarados com desconfiança (esses grupos, potenciando a acumulação de riqueza e, conseqüentemente, a acumulação de poder, tenderiam naturalmente a rivalizar com o (Poder do) Estado ...).” É também este o entendimento que JOSÉ ANTÓNIO DEL CAMPO (2000: 49) nos transmite.

<sup>15</sup> MENEZES CORDEIRO (2013: 715-716) define estes bens como “... aqueles que, ao longo da Idade-Média, eram deixados a conventos e a ordens religiosas. Esses bens, designadamente quando imóveis, saíam do mercado: não eram transaccionáveis, podiam ter uma produtividade limitada e não pagavam impostos, uma vez que desfrutavam de privilégios da Igreja.”

de as *fundações* se terem tornado *apetecíveis* para os seus administradores, a Igreja passou a concorrer com outros possíveis administradores (desde logo, os executores testamentários). Tal foi igualmente fomentado por uma *secularização*, promovida pelas cidades (sendo as *fundações* administradas pelos órgãos da cidade), pelas corporações (ficando aqui a administração a cargo dos órgãos das corporações), ou pelos particulares que não desejassem submeter à Igreja a administração das *fundações* que pretendiam instituir (SERENS 2014: 243-244). No entanto, ainda não foi nesta fase que a *fundação* apresentou uma *autonomia jurídica*. De facto, a personalização surgiu mais tarde e na sequência de um contexto de particular agudização do confronto entre poderes. De modo a melhor explicitarmos os factores históricos que atestam o desenvolvimento do pensamento jurídico neste âmbito, seguimos NOGUEIRA SERENS (2014: 245 ss.). De acordo com o Autor, apesar dos avanços feitos pelos Glosadores, havia ainda uma “*confusão* entre o sujeito de direito, que a *universitas*<sup>16</sup> era, e o conjunto dos membros que a compunham” (SERENS, 2014: 246), no entanto, foi com o Papa INOCÊNCIO II (SINIBALDO DEI FIESCHI) que começou a ganhar fôlego uma ideia de *autonomia*. O seu pensamento, entendido hoje como precursor da teoria da ficção de SAVIGNY (SERENS, 2014: 246), impõe uma autonomização do património, com finalidade eclesial e surge como resposta às exigências dos fundadores, ou dos seus herdeiros, em reaver o património, após a instituição da *fundação*. SINIBALDO DEI FIESCHI recusa, no entanto, a responsabilidade civil ou penal destes patrimónios<sup>17</sup>.

Se até este momento, a evolução do instituto é idêntica na Europa<sup>18</sup>, a partir da

---

<sup>16</sup> Esta é uma criação dogmática medieval, com base na interpretação de uma frase do *Corpus Iuris Civilis* (FARINHO, 2014: 90).

<sup>17</sup> O certo é que este instituto começa a ser considerado como um novo ente jurídico. Nesse contexto, torna-se cada vez mais relevante “determinar de que forma deve o poder público controlar a existência fundacional” (FARINHO, 2014: 88). Uma das formas encontradas teve que ver com a promulgação das leis de amortização. Em Portugal, a partir do século XIII começaram a surgir leis que regulavam a compra e venda de propriedades por parte da Igreja e permitiam a amortização de bens imobiliários por parte da Igreja ou de sujeitos laicos. Apesar disso, no nosso país, não se impediu a Igreja de ser donatária ou herdeira legatária (FARINHO, 2014: 80). Veja-se, a título de exemplo, a disposição da Lei de 10 de Julho de 1324 (D. Dinis) sobre esta matéria, patente nas Ordenações Afonsinas: “E porem mando, e defendo que os Clerigos, nem Hordes nom comprem herdamentos, e aqueles herdamentos, que comprarem, ou fizerem comprar perra fy, des que fui Rey, dou-lhes prazo, que os vendam defta Santa Maria d’Agofto ataa hu anno; e fe os nõ venderem ataa efte orazo, percamnos.” (*apud* MENEZES CORDEIRO, 2013: 715 ss.).

<sup>18</sup> Embora com pequenas especificidades. Em Portugal, foram as *capelas* e os *morgados* os dois institutos que assumiram importância. As primeiras podem ser caracterizadas como a afectação de bens a um fim espiritual com encargos específicos, como a celebração de missas. Já os *morgados* correspondem à concentração e perpetuação de um património familiar com determinados encargos, para os beneficiários. Crê-se que não correspondem à criação de uma nova pessoa jurídica, no entanto, também não ingressavam no património dos administradores. Estes institutos foram abolidos pela Lei de 19 de Maio de 1863. Cf. FARINHO, 2014: 81-84, 99-102 para maiores desenvolvimentos.

Reforma e da Contra-Reforma encontramos o âmago que permite distinguir a evolução diferentemente operada entre a Europa Continental, concretamente os Estados que *obedeciam* ao Papa, e os Estados europeus protestantes<sup>19</sup>. Nestes últimos surgiu uma ideia de *bem comum* que permitiu aumentar o escopo altruístico. Assim, *v.g.*, a assistência aos doentes passou a ser uma finalidade em crescimento nos países protestantes, que encaravam a instituição de fundações para o culto dos Santos, ou para a celebração de missas por alma<sup>20</sup> do fundador como *inúteis* e *anacrónicas* (SERENS, 2014: 249). Ao mesmo tempo, a ideia de *bem comum* exigiu uma *supervisão* por parte do Estado sempre que a *utilidade pública* o impusesse. Nestes termos, para a instituição de uma fundação seria necessária uma *autorização* do Estado.

### 1.3. A Idade Contemporânea

Como vimos, o direito fundacional evoluiu até ao movimento da Reforma e da Contra-Reforma de forma relativamente idêntica e muito marcada pelo direito romano. As diferenças começaram, então, a manifestar-se, especialmente no caso inglês, com o desenvolvimento das *charities*<sup>21</sup>.

A partir da Idade Contemporânea, a evolução deixou de ser idêntica e passou a ser marcada pelo início de uma maior intervenção do Estado neste campo. Não nos propomos desenvolver as diferentes formas de evolução da fundação no continente europeu, mas não deixaremos de abordar as principais características que, de um modo geral, marcaram este período.

Após a Revolução Francesa, as fundações foram abolidas em França<sup>22-23</sup> e os bens

---

<sup>19</sup> Em Inglaterra, a evolução mostra-se diferente a partir deste período, com a aprovação do *Charitable Uses Act*, em 1593, revisto em 1601 (FARINHO, 2014: 92), como daremos conta *infra*, na nota de rodapé 43, p. 24.

<sup>20</sup> A este propósito, TURGOT (*apud* SERENS, 2014: 251), “acusava as fundações de constituírem um instituto cuja utilidade se cingia a satisfazer a aspiração dos indivíduos à eternidade: uma aspiração tão vã como egoísta, e que implicava o empobrecimento dos que lhe sobreviviam”.

<sup>21</sup> Cf., *infra*, nota de rodapé 43, p. 24.

<sup>22</sup> Como refere NOGUEIRA SERENS (2014: 251), “... não existiu um texto legal expressamente dirigido à abolição das fundações. Mas foi essa, decerto, a consequência da *loi du 4 août 1789*, que suprimiu os direitos respeitantes aos ‘bens de *mão-morta*’, bem como de vários outros textos legais, que atingiram sucessivamente todas as categorias de *estabelecimentos...*” (itálicos no original).

<sup>23</sup> E noutros Estados. Veja-se o caso espanhol: “En realidad, bien puede decirse que las fundaciones fueron, ya *ab initio*, entidades bajo sospecha, por razones implícitas en la filosofía política de la Revolución Francesa que conocerían su eco en la España decimonónica con el triunfo de los liberales.” (CAMPO, 2000: 49).

(sobretudo eclesiásticos) foram confiscados, com a extinção das *piae causae* (FARINHO, 2014: 112). Face ao espírito marcado da Revolução e às consequências que se lhe seguiram (relacionadas, *v.g.*, com a abolição de *privilégios*), não é de estranhar que o Código Napoleónico não se tenha referido a estas instituições. Interessante é, aliás, verificar que o ordenamento jurídico francês preferiu referir-se a *établissements*<sup>24</sup>, repudiando o termo *fondation* que só (re)entrou na terminologia jurídica mais de um século depois (FARINHO, 2014: 113). A experiência francesa é, pois, de repulsa das fundações<sup>25</sup>, na esteira do pensamento iluminista que era avesso à existência de *corpos sociais intermédios* na relação entre o Estado e os cidadãos (SERENS, 2014: 306). É, ainda assim, uma experiência marcada pelo direito público e pela intervenção estatal, nomeadamente no que refere ao seu *reconhecimento*.

Diversa foi a evolução do pensamento alemão. Na verdade, os pensadores da Escola Histórica debruçaram-se sobre a criação de uma nova pessoa jurídica e não tanto acerca do património afecto à prossecução do fim<sup>26</sup>. Seguindo a reflexão de NOGUEIRA SERENS (2014: 309 ss.), concluímos que SAVIGNY desenvolveu um pensamento que permitiu a estes entes a sua qualificação como “pessoa jurídica”. Nos termos da sua *teoria da ficção*, SAVIGNY concluiu que a algumas pessoas, com natureza “artificial” ou “arbitrária” podia ser reconhecida uma personalidade que também fosse “artificial” ou “arbitrária”. Para tal, seria necessária a intervenção do Estado, para *autorizar* a constituição destes entes (onde, como já se viu, se incluem as fundações), por motivos de segurança do tráfico e ainda como forma de salvaguardar as fundações que iam sendo criadas numa altura de reacção contra a figura fundacional. Percebemos, desta forma, que a fundação, com os elementos que actualmente

---

<sup>24</sup> O art. 910 do *Code Civil* rezava assim: “Les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres, d’une commune, ou d’établissement d’utilité publique, n’auront leur effet qu’autant qu’elles seront autorisées par un décret.”

<sup>25</sup> As razões desta “repulsa” são compiladas por ANDREA ZOPPINI (1991: 573-574): “Al momento della redazione del *code civil* il ripudio dell’istituto aveva trovato la giustificazione sia in ragioni ideologiche, quali l’autoritarismo napoleonico e l’ostilità dell’ideologia illuminista per i corpi intermedi tra il cittadino e lo Stato; sia nel programma politico volto a favorire la circolazione della ricchezza (...). Infine, anche una ragione di carattere tecnico-giuridico, quale la concezione unitaria del patrimonio, aveva condotto alla manifesta ostilità della dottrina nei confronti dei patrimoni autonomi.”

<sup>26</sup> Recordamos que o aspecto patrimonial correspondeu a uma intensa preocupação francesa, devido à existência dos bens em *mão morta*. Daí a posição na sociedade francesa – e que TURGOT (cf. *supra*, nota 20, p. 19) bem corporiza – relativamente ao egoísmo de que padeciam os instituidores destas entidades (que subtraíam, dessa forma, os bens ao tráfico jurídico) (SERENS, 2014: 251). Inversamente, na Alemanha, SAVIGNY acentuou o *bem comum*, em detrimento da propriedade e da liberdade (SERENS, 2014: 311). O fim correspondia, pois, aquele que não era contrário ao *bem comum* (FARINHO, 2014: 119).

se considera que a compõem, começava a surgir<sup>27</sup>. Ao mesmo tempo, davam-se os primeiros passos no sentido de reabilitar esta instituição (SERENS, 2014: 312). Importa esclarecer, todavia, que os motivos que justificaram a reabilitação na Alemanha foram diferentes daqueles que trouxeram a mesma consequência para França. Se no caso alemão esteve em causa, sobretudo, uma obra levada a cabo pelo legislador que se preocupou em caracterizar as fundações como “simples formas jurídicas”, bastando-se a intervenção do Estado para garantir os direitos da fundação, face aos seus próprios órgãos (e na ausência de um elemento pessoal), em França, o *Conseil d'État* preocupou-se em garantir que a *utilidade pública* estava assegurada, não apenas no momento da constituição da fundação, mas também durante a vida deste ente (SERENS, 2014: 313). Neste ponto, o modelo português aproximou-se do alemão, já que apenas na instituição se exige a intervenção do Estado, através do reconhecimento por concessão<sup>28</sup>.

#### 1.4. Principais conclusões

Através deste breve percurso histórico, podemos tirar desde já algumas conclusões. Em primeiro lugar, percebemos que desde cedo o ser humano se preocupou em prosseguir certas finalidades, afectando um património para garantir a sua prossecução. É certo que as finalidades em causa nem sempre tinham um carácter *beneficente* e que o património em causa não era administrado por uma *organização autónoma*. Na verdade, embora existissem regras variadas a propósito da administração dos bens, os mesmos eram, muitas vezes,

---

<sup>27</sup> O mesmo nos diz DOMINGOS SOARES FARINHO (2014: 97): “... o conceito de Fundação é um conceito moderno, surgido no final do século XVIII, início do século XIX, quando, sobretudo por influência alemã, se começou a admitir a existência de uma figura jurídica a que correspondia a afectação de um património à prossecução de um fim mediante uma organização própria, por contraponto com pessoas colectivas de substrato corporativo.” (nosso sublinhado).

<sup>28</sup> Com efeito, em Portugal, apesar de poucas previsões no Código de Seabra e noutros diplomas legislativos, entendia-se a fundação como uma *afectação*, sendo necessária autorização a conceder pelo poder político, uma vez que estava em causa a criação de um novo sujeito de direitos (FARINHO, 2014: 103-104). Na verdade, a disposição do Código de Seabra apenas referia que “O estado, a igreja, as camaras municipaes, as juntas de parochia e quaesquer fundações ou estabelecimentos de beneficencia, piedade ou instrucção pública, são havidos, emquanto ao exercício dos direitos civis respectivos, por pessoas moraes, salvo na parte em que a lei ordenar o contrário.” (*apud* MENEZES CORDEIRO, 2013: 717). MENEZES CORDEIRO (2013: 717-718) lembra-nos que “A literatura da época tratava, por isso, as fundações por um prisma de Direito a constituir” (o que denota grande influência da Doutrina neste contexto) e ainda que (e mesmo após a aprovação do CC de 1966) havia o “hábito de, relativamente às fundações mais visíveis, recorrer a decreto-lei do Governo”. Uma lista com exemplos, onde se destaca a fundação Calouste Gulbenkian (aprovada pelo DL n.º 40 690, de 18 de Julho de 1956) é-nos fornecida por MENEZES CORDEIRO (2013:738-740).

geridos (como patrimónios autónomos, é certo), pela Igreja ou por um executor testamentário. Este património, imobilizado ao longo de séculos, deu origem aos chamados “bens de mão morta”, o que foi justificando a aversão às estruturas *proto-fundacionais*. Embora com evoluções distintas, foi mais tarde que se começaram a assimilar aquelas que deviam ser tidas como as *finalidades* que as fundações deviam prosseguir, através de uma *organização própria*, já com uma *personalidade jurídica* que lhes permitia agir no tráfego. Estavam, assim, encontrados os elementos fundamentais que constituem uma fundação, sendo certo que, com maior ou menor influência, o Estado aparecia para regular estas instituições. A questão que colocaremos de seguida prende-se, precisamente, em saber se, em face do exposto e da realidade fundacional actual, estes entes estarão enquadrados num sector público, num sector privado, ou num *terceiro sector*.

## 2. Inserção num novo sector?

### 2.1. Caracterização

Existe a tendência histórica para se apontar a diferença fundamental entre dois sectores: o público e o privado<sup>29-30-31</sup>. Naturalmente que as diferenças e as linhas concretizadoras do pensamento de um sector e do outro são distintas, no entanto muitos autores têm chegado à conclusão que estes sectores não podem ser considerados estanques.

---

<sup>29</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS dedicou-se à distinção entre Estado e Sociedade Civil. Para o autor (1997: 105), será importante ter em conta as diversas concepções históricas de Estado, embora exista uma contradição latente: o Estado (independentemente de ser mínimo ou máximo) é, ao mesmo tempo, garante e inimigo potencial da liberdade individual.

<sup>30</sup> A diferença entre os sectores tem, de resto, servido de base a considerações constitucionais. Por exemplo, o acórdão n.º 396/2011 do TC, que se debruçou sobre a remuneração dos funcionários públicos, colocou a questão do seguinte modo: “Ainda que não proceda a alegação dos requerentes, subsiste, todavia, uma questão atinente ao princípio da igualdade, tendo a ver com o facto de os destinatários das medidas de redução serem apenas as pessoas que trabalham para o Estado e demais pessoas colectivas públicas, ou para quaisquer das restantes entidades referidas no n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2011, de 31 de Dezembro. Ficam de fora os trabalhadores com remunerações por prestação de actividade laboral subordinada nos sectores privado e cooperativo, os trabalhadores por conta própria, bem como todos quantos auferem rendimentos de outra proveniência.”. Adiante não promove um juízo de inconstitucionalidade. Claro que a jurisprudência constitucional foi sofrendo oscilações quando se debruçava sobre o problema, mas o ponto é que a diferença entre sectores tem levado a considerações por parte do TC.

<sup>31</sup> Contudo, a “tradicional visão dicotómica (sector privado-sector público) deu lugar a uma tricotomia, com a autonomização de um *terceiro sector*”(MOREIRA, 1997: 33) que se assume na economia e na sociedade como um todo relativamente homogéneo de organizações com algumas características comuns, como veremos *infra* (BARBETTA/MAGGIO, 2008: 10).

É neste contexto que nos surge um modo de intervenção na Comunidade<sup>32</sup> diferente do paradigma dicotómico público/privado<sup>33</sup>.

A realidade confirma-nos a existência de um *terceiro sector*<sup>34</sup> que reúne características diversas, em função do local onde se manifesta<sup>35</sup>. Com efeito, várias têm sido as experiências em diferentes países e uma tentativa de uniformização do conceito nunca se logrou definitiva<sup>36</sup>. É por isso, e também devido à criatividade da produção científica, que o termo “terceiro sector” não é pacífico entre nós. Procuraremos, de seguida, atentar nas características<sup>37</sup> que permitem a autonomização deste sector em relação aos demais, para, posteriormente, nos referirmos aos diversos termos que o mesmo sector pode assumir.

Em primeiro lugar, de acordo com os estudos da Universidade de Johns Hopins, o *sector não lucrativo*<sup>38</sup> compreende organizações institucionalizadas, o que significa que será necessário que passem por um reconhecimento. Além disso, devem tratar-se de organizações de natureza jurídica privada. Devem ainda ser entidades independentes e com autonomia para definirem as respectivas regras regulatórias e tomarem as suas decisões. Por fim, o excedente<sup>39</sup> da organização deverá ser reinvestido no objecto social e nunca poderá ser redistribuído pelos seus membros. Refere-se ainda que tais organizações deverão servir-se, pelo menos parcialmente, de trabalho voluntário (ARCHIBUGI/KOENIG-ARCHIBUGI, 1998: 14).

Esta caracterização não é universal e baseia-se, em grande parte na realidade americana do *third sector* e do sector *non profit* (ARCHIBUGI/KOENIG-ARCHIBUGI, 1998: 14). Com

---

<sup>32</sup> Aqui Comunidade entendida na sua plenitude de sentido, já que a intervenção é marcadamente guiada por princípios que apelam ao *Commune*, numa lógica diferente da do *Suum*. Para maiores desenvolvimentos sobre a respectiva distinção e o ponto de equilíbrio, cf. LINHARES, 2009: 54 ss..

<sup>33</sup> De resto, considera-se que tal dicotomia é “inadequada para analisar (...) a sociedade portuguesa.” (SANTOS: 1997, 117).

<sup>34</sup> Apesar de se poder afirmar que historicamente terá sido o 1.º sector a desenvolver-se.

<sup>35</sup> Podem ser características sócio-culturais, institucionais e ainda do sistema económico do país (ARCHIBUGI/KOENIG-ARCHIBUGI, 1998: 11). Percebe-se, pois, que “nem todas as alternativas resultam de uma simples preferência terminológica” (NAMORADO, 1988: 6).

<sup>36</sup> Atente-se, neste propósito, nos estudos realizados pela Universidade de Johns Hopkins. Aí, prossegue-se a caracterização do sector não lucrativo. Embora as especificidades próprias de cada país não permitam a recondução de uma noção única a nível mundial, permitem inferir, como veremos *infra*, certas características. Recentemente foi publicado um estudo sobre Portugal (SALAMON, et.al., 2012).

<sup>37</sup> Seguimos de perto a interpretação de LICÍNIO LOPES do “Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project”, de 1990 (LOPES, 2009: 214-216).

<sup>38</sup> No universo anglo-americano, o termo predominante é *nonprofit sector*. Se é certo que o termo descreve uma característica essencial em tais ordenamentos, a verdade é que paulatinamente tem vindo a ser uniformizado para retratar a realidade das organizações do *terceiro sector* (BARBETTA/MAGGIO, 2008: 10).

<sup>39</sup> Porque não nos encontramos no âmbito do sector privado, o termo que assume um rigor terminológico é excedente e não lucro.



efeito, se se procurasse tornar esta como uma definição universal, não seria possível englobar neste sector certas organizações que indubitavelmente fazem parte dele. Seria o caso, v.g., no nosso ordenamento jurídico, das cooperativas e das mutualidades<sup>40</sup>, bem como das associações económicas (LOPES, 2009: 216). Verificam-se, assim, especificidades em vários países que são dignas de nota.

No caso francês, o termo mais utilizado para o *tiers-secteur* é o “sector da economia social”<sup>41</sup>. De resto, o ordenamento jurídico francês consagrou uma “Carta da Economia Social”, em 1980 e uma “Lei da Economia Social”, de 1983, recentemente alterada. Os princípios fundamentais consagrados prendem-se com a participação voluntária e pessoal, a existência de solidariedade entre os membros, a gestão democrática, a independência em face do poder público, a não-remuneração dos administradores e o investimento do excedente na organização<sup>42</sup> (ARCHIBUGI/KOENIG-ARCHIBUGI, 1998: 15). Percebemos, pois, que a concepção francesa de *terceiro sector* é ampla (LOPES, 2009: 219), na medida em que engloba “organizações que podem ter por objecto uma actividade de natureza económica, e por não excluir a possibilidade de distribuição de benefícios aos respectivos membros” (LOPES, 2009: 219). Tal encontra-se em franco contraste com a concepção restritiva do direito anglo-saxónico em que tal não é possível. Aliás, no caso inglês, as organizações com natureza económica e com possibilidade de distribuição de benefícios aos respectivos membros nunca seriam consideradas parte do *nonprofit sector*<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Como refere LICÍNIO LOPES (2009: 216), ainda no quadro da anterior regulamentação jurídica das cooperativas, “No caso português, por ex., a aplicação rigorosa deste critério, levaria seguramente à exclusão das cooperativas e das associações mutualistas do sector sem fins lucrativos, tendo em conta a possibilidade de distribuição de excedentes naquelas, (...), e a concessão de benefícios patrimoniais aos respectivos associados nestas últimas ...”.

<sup>41</sup> Diz-nos RUI NAMORADO que a expressão foi usada pela 1.<sup>a</sup> vez por CHARLES DUNOYER, em 1830, na sua obra *Pour un Traité d'économie sociale*, mas foi na sequência das Exposições Universais realizadas em Paris que assumiu um maior protagonismo (NAMORADO, 1988: 9 ss.).

<sup>42</sup> A Lei n.º 83-657, de 20 de Julho de 1983 (com a redacção da Lei n.º 2014-856, de 31 de Julho) refere-se expressamente a estes princípios. Assim, v.g., o artigo 1.º consagra direitos iguais para os associados. Uma das preocupações na realização desta lei teve que ver com o financiamento do sector. Mantém-se o art. 25.º que refere que a parte do excedente líquido da gestão resultante das operações efectuadas com os terceiros não associados é levada na totalidade para uma conta de reserva que não pode ser distribuída pelos accionistas. O art. 23.º refere-se às regras de distribuição do excedente após a aplicação do art. 25.º.

<sup>43</sup> No direito inglês já desde pelo menos 1601 com o “Statute of Elizabeth I” que se desenvolvem as bases deste sector. Aí se começou por se enumerar (ainda que no preâmbulo) as *charitables purposes*, que se consubstanciavam, v.g., no assistencialismo aos pobres, ensino, saúde e educação. Entretanto já surgiram vários diplomas, o último dos quais em 2011 que consagra uma lista taxativa no corpo da Lei de *charitable purposes*. Além deste requisito exige-se, ainda, a realização de um *public benefit*, densificado sobretudo a partir do caso *Oppenheim v. Tobacco Securities Trust Co. Ltd.*, de 1951, em que uma empresa pretendia constituir-se como *trust* para fornecer serviços de educação aos filhos dos funcionários e antigos funcionários. Concluiu-se que

Uma concepção um pouco diferente é aquela que se encontra prevista pelo direito germânico. Aí, o termo cunhado, “economia de interesse geral” (LOPES, 2009: 219), denuncia uma perspectiva que abrange realidades do direito público ou para-público, além das actividades económicas das empresas pertencentes aos sindicatos (LOPES, 2009: 219). Daí que não nos surpreenda a definição, obviamente com peculiaridades da realidade jurídica alemã, de CHRISTOPH REICHARD (*apud* ARCHIBUGI/KOENIG-ARCHIBUGI, 1998: 16-17). Segundo o autor, o *terceiro sector* compreende organizações que gozam de suficiente autonomia de influências externas (como o Estado). São também orientadas para objectivos de interesse geral, estando organizadas de modo informal (e muito baseadas no voluntariado). Além disso, comportam-se observando a solidariedade e agindo com base em acções directas e recíprocas e não num *mercado de anonimato*<sup>44</sup>.

Em Itália, GIAN PAOLO BARBETTA/FRANCESCO MAGGIO (2008: 11 ss.) dizem, a propósito do terceiro sector, que “no início [anos 80] era o voluntariado”, querendo referir-se à prossecução de uma actividade que não é lucrativa (e, por esse motivo não se enquadra no sector privado), nem pública. Depois, segue-se uma organização e o que era uma *actuação informal* passou a demonstrar um carácter mais estruturado, surgindo o associativismo. Nos anos 90, surgiu a “empresa social”, permitindo que existissem contribuições das pessoas para algumas das prestações que anteriormente eram promovidas com recurso ao voluntariado e ao associativismo. Referimo-nos à regulamentação prevista pela Lei n.º 381/1991<sup>45</sup>.

Os mesmos autores chamam, ainda, a atenção para o facto de a terminologia variar

---

para que este 2.º requisito estivesse satisfeito, deveríamos estar perante um interesse público e os beneficiários não deveriam ter uma relação de dependência pessoal com o prestador e deveriam ainda corresponder a um número considerável de indivíduos da Comunidade (SILVA, 2013: 12 ss.). A *House of Lords* referiu, pois, a propósito do *public benefit*: «These words "section of the community" have no special sanctity, but they conveniently indicate *first*, that the possible (I emphasize the word "possible") beneficiaries must not be numerically negligible, and *secondly*, that the quality which distinguishes them from other members of the community, so that they form by themselves a section of it, must be a quality which does not depend on their relationship to a particular individual.». Avançou ainda a *House of Lords* que para este efeito não existia uma diferença entre os funcionários e os seus filhos no que dizia respeito à relação de dependência pessoal. A decisão do caso encontra-se disponível *online* (BAILII) e devidamente indicada nas referências bibliográficas. Para uma densificação do regime inglês, especialmente quanto aos dois requisitos, cf. FARINHO: 2014, 190 ss.

<sup>44</sup> Desta forma, pode considerar-se que as organizações do *terceiro sector* se movem num espaço entre o mercado, o Estado e a família. De resto, REICHARD (*apud* ARCHIBUGI/KONIG-ARCHIBUGI, 1998: 17) acaba por dispor as organizações por ordem decrescente de “oficialidade”: instituições públicas, privadas que desenvolvem actividades delegadas pelas funções públicas, privadas de interesse geral e de iniciativa alternativa. Para maiores desenvolvimentos, cf. LOPES, 2009: 221, especialmente nota 314.

<sup>45</sup> Para um enquadramento jurídico sobre a distinção entre voluntariado, associativismo e empresa social no regime italiano, cf. BARBETTA/MAGGIO, 2008: 38 ss..

entre “terzo settore”, “economia sociale”, “economia civile” ou “settore nonprofit”. As diferenças residem, sobretudo, na tónica que se pretende acentuar: se a diferença entre os outros sectores existentes, se a exclusão da repartição de lucro ou do excedente (o que fará, como vimos *supra*, excluir as cooperativas deste sector). Para BARBETTA/MAGGIO (2008: 16) a definição será mais facilmente apreendida se for feita pela *negativa*, pelo que estes autores são adeptos da aplicação do estrangeirismo “settore nonprofit”.

Em suma, como antecipámos, não existe «... um recorte dogmático concreto, seja a nível constitucional, legal ou mesmo na doutrina, do que deve entender-se por “terceiro sector”.» (SILVA, 2013: 10). De qualquer forma, podemos descortinar características que nos permitem concluir que este é um “sector intermediário entre o Estado e o mercado, entre o sector público e o sector privado, que compartilha de alguns traços de cada um deles” (MOREIRA, 1997: 33) e que assume a sua autonomia, justificada pelas suas características intrínsecas (LOPES, 2009: 224 ss.): primeiramente pela ausência de fins lucrativos, mas também devido à prossecução de um interesse geral pelos particulares.

Quanto à ausência de fins lucrativos, será importante referir que, no nosso ordenamento jurídico, tal não significa que esteja vedada às organizações deste sector a prossecução de actividades de carácter lucrativo. Aliás, tendo em conta que o crescimento do *terceiro sector* se deve em parte ao “emagrecimento” do Estado e a uma superação do paradigma do Estado Social em relação aos serviços públicos (MOREIRA, 1997: 33), facilmente nos apercebemos que as suas fontes de financiamento não são nem é desejável que sejam<sup>46</sup> exclusivamente públicas. Por esse motivo assistimos a um alargamento do objecto das instituições não lucrativas e a uma diversificação dos seus recursos materiais e actividades económicas lucrativas, com o consequente recurso ao auto-financiamento (LOPES, 2009: 224).

Já no que concerne à actuação particular, colocam-se-nos mais algumas questões, essencialmente devido à exclusão do *terceiro sector* de algumas entidades criadas por poderes públicos, mas também quanto às associações, cooperativas e fundações criadas pela Administração e pelos particulares.

Aqui chegados, podemos, pois, concluir pela existência de um *terceiro sector* com especificidades e com autonomia face aos demais, embora com fronteiras ainda ténues e

---

<sup>46</sup> No caso do direito inglês, “... admite-se que o interesse público possa também ser avaliado e medido a partir da desoneração do sector público na prestação do serviço” (SILVA, 2013: 14, nota 7).

dependentes dos circunstancialismos próprios dos diferentes ordenamentos jurídicos. Resta-nos, assim, observarmos a nossa Lei Fundamental e a legislação ordinária, para percebermos como é que este sector foi tratado pelo legislador constituinte e pelo legislador ordinário.

## **2.2. O terceiro sector na CRP e na legislação ordinária portuguesa (v.g., LBES)**

O *terceiro sector* – ou, na designação do legislador constitucional, *sector cooperativo e social*, ou ainda, nos termos da Lei n.º 30/2013<sup>47</sup> (LBES), *economia social* – tem desenvolvimento no ordenamento jurídico interno. Em particular, atentaremos, nesta sede, na CRP e na LBES.

Quanto à CRP, será importante começar por referir que as referências expressas do legislador constitucional correspondem essencialmente aos artigos 61.º, 82.º e 85.º. Vamos começar por analisar o art. 82.º. Este artigo refere-se aos sectores de propriedade dos meios de produção<sup>48</sup>, indicando o seu n.º 1 que “É garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção”. Do n.º 2 e do n.º 3 constam respectivamente o sector público e o sector privado e no n.º 4 o legislador constitucional refere-se ao “sector cooperativo e social”<sup>49</sup>.

Este artigo sofreu alterações, historicamente justificadas<sup>50</sup>, nas Revisões Constitucionais de 1989 e de 1997. Nesse contexto, v.g., densificou-se o conceito de sector cooperativo e social que conta actualmente com 4 alíneas, discutindo-se se os subsectores que abrange (cooperativo, comunitário, autogerido empresarial e agrário e da solidariedade

---

<sup>47</sup> Nesta lei estabelece-se o desenvolvimento do sector cooperativo e social e as bases gerais do regime jurídico da economia social, com o intuito de incentivar a actividade deste sector, nos termos dos princípios e dos fins que lhes são próprios.

<sup>48</sup> Para GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (2014, I: 976), este conceito “... abrange os bens necessários à produção de (outros) bens e serviços (bens produtivos),...”, exemplificando com os recursos naturais e com o capital. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (2006, II: 25) lembram que quando se aborda a questão da propriedade dos meios de produção, dever-se-á ter em atenção quer os bens individualmente considerados, quer as empresas, sendo certo que se deverá fomentar a criação de novos bens.

<sup>49</sup> Destes números é retirado um princípio da compatibilidade, apoiado numa economia mista, sem renunciar à socialidade, nem à economia de mercado aberto e de livre concorrência, de acordo com o direito da União Europeia (MIRANDA/MEDEIROS: 2006, II: 26 ss.).

<sup>50</sup> Porque não cabe no objecto do nosso estudo, não abordaremos todos os problemas que historicamente se colocaram a propósito deste artigo. Para maiores desenvolvimentos, cf. CANOTILHO/MOREIRA: 2014, I, 974 ss. e MIRANDA/MEDEIROS: 2006, II, 22 ss..

social) serão taxativos<sup>51</sup>. Pode afirmar-se que é precisamente a propósito do subsector cooperativo que surge o artigo 61.º CRP. Nesse contexto, a CRP permite a constituição de cooperativas, criadas e organizadas, de acordo com os princípios cooperativos<sup>52</sup>. Aliás, expressamente no art. 85.º, n.º 1 CRP vem definido que “O Estado estimula e apoia a criação e a actividade de cooperativas.”. Foi este artigo que permitiu a criação de legislação relativa à Economia Social (v.g., LBES). Esta lei refere-se a entidades<sup>53</sup> que têm como objectivo a prossecução do interesse geral da Sociedade, de forma directa ou indirecta, pela prossecução dos interesses dos seus membros, utilizadores e beneficiários, desde que sejam socialmente relevantes. Para tanto, deverão respeitar os princípios orientadores da Economia Social, a saber: o primado das pessoas e dos objectivos sociais; a adesão e participação livre e voluntária; o controlo democrático dos respectivos órgãos pelos seus membros; a conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral; o respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e da não-discriminação, da coesão social, da justiça e da equidade, da transparência, da responsabilidade individual e social partilhada e da subsidiariedade; a gestão autónoma e independente das autoridades públicas e de quaisquer outras entidades exteriores à economia social; e a afectação dos excedentes à prossecução dos fins das entidades da economia social de acordo com o interesse geral, sem prejuízo do respeito pela especificidade da distribuição dos excedentes, própria da natureza e do substrato de cada entidade da economia social, constitucionalmente consagrada (art. 5.º LBES). O respeito por estes princípios encontra-se ainda desenvolvido noutras normas que dizem respeito à qualidade, segurança e transparência necessárias nas relações entre as entidades e os seus membros utilizadores e beneficiários (art. 8.º LBES). Igualmente se

---

<sup>51</sup> Discute-se ainda se os subsectores não se encontram salvaguardados perante o legislador de revisão constitucional. O artigo 288.º CRP refere-se aos limites, mas não se refere directamente aos subsectores. CASALTA NABAIS (2001: 252) entende que “... não está de todo excluído que deste preceito não resulte a salvaguarda de uma expressão mínima para cada um dos subsectores que constitucionalmente integram o sector cooperativo e social”. Quanto à taxatividade, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (2006, II: 49) chama a atenção para o facto de a “teleologia que preside à autonomização do terceiro sector” ter um “carácter expansivo”, embora um possível alargamento do sector possa conduzir a “uma compressão dos sectores público e privado”.

<sup>52</sup> Sobre “o estado da arte e linhas de reforma” das Cooperativas, cf. MEIRA/RAMOS, 2014. Chamamos, no entanto, a atenção para o facto de a legislação sobre cooperativas ter sofrido mudanças no ano transacto (operadas pela Lei n.º 119/2015, de 31 de Agosto).

<sup>53</sup> O artigo 4.º da lei indica as entidades que, se abrangidas pelo ordenamento jurídico português, integram a economia social: cooperativas, associações mutualistas, misericórdias, fundações, outras IPSS, associações com fins altruísticos que actuem no âmbito cultural, recreativo, do desporto e do desenvolvimento local, entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário e outras entidades dotadas de personalidade jurídica que respeitem os princípios orientadores da economia social (art. 5.º LBES). Para maiores desenvolvimentos, cf. MEIRA, 2015: 195 ss..

estabelece que o Estado deverá cooperar com as entidades da economia social, *v.g.*, tendo em conta a capacidade de inserção destas entidades no tecido económico e social, ou a utilização de estruturas já existentes (art. 9.º LBES). Percebe-se, pois, que o Estado se encontra fortemente empenhado em fomentar a economia social (10.º LBES), não só, por exemplo, pelo incentivo à criação de entidades da economia social e à investigação, mas também devido ao estatuto fiscal mais favorável de que estas entidades gozam (art. 11.º LBES), densificado, *inter alia*, nas disposições do EBF relativas ao mecenato<sup>54</sup>.

Concluimos, por isso, que existem três sectores que se relacionam entre si. Com GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (2014, I: 987), entendemos que o *terceiro sector* ou *sector da economia social* abrange formas de exploração dos meios de produção que se caracterizam por “... não serem públicas nem movidas pelo lucro privado, (...) não obedecerem à lógica de acumulação capitalista e [por] terem como objectivo esbater a separação entre (...) a propriedade dos meios de produção e os trabalhadores...”. Além disso – e, *v.g.*, quanto ao subsector da solidariedade social –, pelos serviços que presta, pelo volume de emprego que ocupa e pelos meios financeiros que movimenta (dependentes de subsídios e de contribuições públicas e privadas) constatamos que “está, em geral, sujeito a escrutínio e a controlo público, tanto mais que, para além do financiamento público, ele desempenha funções que de outro modo teriam de ser desempenhadas pelo sector social público.”. A importância destes sectores e das relações entre eles está patente na CRP, quando se determina que esta é uma matéria sujeita a reserva relativa da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, alínea j) CRP), o que significa que, a menos que esta emane uma Lei de Autorização, não poderá o Governo legislar sobre o assunto. Além disso, havendo um veto por parte do Presidente da República, apenas será possível superá-lo com uma maioria de 2/3 dos deputados presentes, ao contrário da maioria absoluta do número de deputados, tradicionalmente exigida para situações de superação de um veto presidencial (art. 136.º, n.º 3, alínea b) CRP). Por outro lado, entende-se que o legislador de revisão constitucional deverá ter em atenção a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção (art. 288.º, alínea f) CRP)<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Sobre a tributação das fundações e os benefícios a que as mesmas se encontram sujeitas, cf. *infra*, capítulo V.

<sup>55</sup> Sem prejuízo de, como vimos *supra*, na nota 51, se poder considerar que os limites de revisão constitucional abarcam igualmente os subsectores do sector cooperativo e social.

### **III. Enquadramento geral das fundações**

Como vimos, considera-se que as fundações fazem parte do *terceiro sector* (cf. art. 4.º, alínea d) LBES), um sector com lógicas distintas daquelas que presidem aos sectores público e privado. Ora, os problemas aos quais se pretende dar resposta prendem-se precisamente com a inserção de fundações, mais precisamente de fundações criadas por empresas, no *terceiro sector* e com os benefícios subjacentes, *v.g.*, ao nível da fiscalidade.

Antes, porém, de nos debruçarmos sobre estas questões, convém esclarecer algumas temáticas de índole mais geral, como as que se referem ao enquadramento geral civil e administrativo destas entidades.

#### **1. Regime jurídico civil e administrativo das fundações**

Neste âmbito, esforçar-nos-emos por estudar brevemente as fundações na sua abrangência civil e administrativa. Mais concretamente, pretendemos tecer comentários de índole geral e fazer distinções que nos permitam perceber melhor a temática, sem prejuízo do desenvolvimento das matérias que se enquadram no nosso estudo mais adiante.

Primeiramente, estudaremos as fontes do direito fundacional português, para, de seguida, melhor compreendermos as diferentes posições dos autores quanto às noções que nos são apresentadas. Teceremos estas considerações atentando, igualmente, nos diferentes regimes que podem existir (desde logo a diferença legalmente instituída entre fundação pública e fundação privada) e ainda nas experiências de outros Estados.

##### **1.1. As fontes do direito fundacional português**

As fontes do direito fundacional português, isto é, os *modos de revelação da normatividade jurídica* fundacional *vigente* no ordenamento jurídico português, de que cuidaremos versam sobre o direito positivo, a doutrina e a jurisprudência. Estes dois últimos *extractos* ajudar-nos-ão particularmente a perceber as diferentes distinções consagradas quanto às fundações e suas diversas tipologias. Além disso, são igualmente fundamentais para percebermos os elementos essenciais das fundações, ajudando-nos a interpretar algumas das disposições legais que o legislador imprimiu no regime jurídico.

Quanto ao direito positivo português destacamos, além da CRP, a legislação infra-constitucional: CC, CA, RJPCUP, EIPSS, o DL n.º 225/89 (Fundação de Segurança Social Complementar), EONGD, LQIP, a Concordata, o DL n.º 284/2007 (Competência para o Reconhecimento Fundacional), RJIES, Lei n.º 1/2012 (Lei dos Censos às Fundações) e LQF.

Com este quadro normativo e com as notas deixadas a propósito da doutrina e da jurisprudência estamos em condições para partirmos para a análise e compreensão do que é uma fundação no nosso ordenamento jurídico.

## 1.2. Definição de fundação

Podemos afirmar que na doutrina não existe unanimidade quanto à definição de fundação, embora, como se verá adiante, se verifique a existência de elementos comuns nas diversas definições que nos são apresentadas.

MARCELLO CAETANO (1962: 27), a propósito das fundações privadas<sup>56</sup>, na sua reflexão que se considera que influenciou o regime do CC de 1966, começa por apontar algumas divergências na caracterização da fundação<sup>57</sup>, para depois concluir pela existência de certos elementos essenciais: “afecção de um património à realização de um fim duradouro, mediante organização própria”. Define, pois, fundação nos seguintes termos: “... a *organização destinada a prosseguir um fim duradouro ao qual esteja afectado um património.*” (CAETANO, 1962: 26; itálicos no original).

FERRER CORREIA, poucos anos após a publicação do actual CC, no seu estudo sobre as fundações publicado em língua francesa, chama a atenção para o facto de as fundações corresponderem a uma realidade social nos países anglo-saxónicos e à pergunta “Qu’est-ce

---

<sup>56</sup> Tal como MARCELLO CAETANO (1962: 8) no seu estudo, também nós alertamos que não entraremos no campo das fundações que podem considerar-se institutos públicos. Recordamos os ensinamentos de FREITAS DO AMARAL (2006: 370) que considera que os institutos públicos podem assumir a espécie de serviços personalizados, estabelecimentos públicos e fundações públicas. Quanto a estas últimas, são “... pessoas colectivas públicas, reguladas pelo Direito Administrativo. Trata-se portanto de patrimónios que são afectados à prossecução de fins públicos especiais”.

<sup>57</sup> Nas palavras do autor (CAETANO, 1962: 7-8), “Uns definem a fundação como património, outros preferem ver nela essencialmente a ideia ou fim a atingir; alguns acentuam a importância do acto que destaca os bens da fundação do património do fundador, e outros não; há quem exija a perpetuidade entre as características da fundação, enquanto outros admitem a existência de fundações temporárias; certos autores só concebem o fim a prosseguir como sendo de interesse público, ao passo que outros aceitam que seja de interesse particular; para muitos a fundação há-de ser sempre pessoa jurídica, para outros pode não ser...”.



donc qu'une fondation?"; responde "serait un établissement ou une organisation non-étatique, douée d'un patrimoine propre, visant la réalisation d'un ou plusieurs buts d'intérêt général (...) et possédant ses propres administrateurs ou directeurs (trustees)", identificando, de seguida, domínios que considera de interesse geral: "l'éducation, la culture humaniste, les beaux-arts, la recherche scientifique, et j'en passe" (CORREIA, 1970: 102 ss.).

MANUEL DE ANDRADE (1974: 69) refere que nas fundações, o fundador afecta "... um dado complexo patrimonial à prossecução de uma finalidade que interessa a certa ordem mais ou menos ampla de indivíduos, estabelecendo ou dispondo os órgãos através dos quais se desenvolverá a actividade tendente à utilização desse património para o escopo visado, e formulando uma vez para sempre as normas que hão-de presidir, dum modo geral, à vida e destinos da organização, à qual todavia permanece estranho.”.

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO (2012: 283), seguindo o pensamento de CARLOS MOTA PINTO, entendem as fundações como a “afecção de uma massa de bens a um dado escopo de interesse social”. Também SOUSA RIBEIRO (2006: 254), atentando no CC, refere que a fundação tem de prosseguir um fim de interesse social, sem o qual não poderá ser reconhecida.

CAPELO DE SOUSA (2004-2007: 133), após uma análise aos elementos das pessoas colectivas<sup>58</sup>, define fundações como “pessoas colectivas em cujo substrato predomina o elemento *patrimonial*, isto é a massa de bens ou a *dotação* normalmente própria de um só fundador, mas, algumas vezes, proveniente de uma pluralidade de fundadores ou ainda resultante de uma afectação de fundos obtidos por subscrição pública, feita por uma comissão promotora desta, que actuará como órgão da colectividade dos subscritores e que outorgará o acto da instituição e os estatutos da fundação”.

Por seu turno, MENEZES CORDEIRO (2011, IV: 799) julga que as fundações “têm um substrato constituído por um acervo de bens ou, pelo menos, por algum esquema suscetível de dar azo a esse acervo. Os bens em causa ficam ao serviço de determinado fim.”. Acrescenta ainda que a sua *autodeterminação* resultará do que venha inscrito nos estatutos.

CARLOS BLANCO DE MORAIS (1997: 553) refere que as fundações apresentam uma

---

<sup>58</sup> A análise começa a propósito do estudo das pessoas colectivas (SOUSA, 2004-2007: 120 ss.). Aí são densificados os elementos constitutivos (das pessoas colectivas distinguindo-se entre substrato e reconhecimento e inserindo-se no primeiro o elemento pessoal e patrimonial, teleológico, intencional e ainda organizatório) e as principais manifestações dos mesmos, consoante o tipo em causa (associação, fundação, ou sociedade).

“fisiologia jurídica (...) relativamente obscura, quanto à respectiva natureza institucional”. Acrescenta que o direito público tem forte influência na criação destes entes e, finalmente, define-os como “*uma pessoa colectiva que, através de um abstracto patrimonial que lhe é afectado por meio de um acto de instituição, desenvolve um conjunto de actividades destinadas ao preenchimento de fins desinteressados, ligados em regra a um escopo de interesse social ou público*” (itálicos no original).

CRISTINA BAPTISTA (2016: 29) fala em “organismos sociais privados<sup>59</sup>, dotados de uma vida própria, devotados ao cumprimento de uma tarefa de interesse social (...), possuindo os meios mínimos necessários à prossecução desses objetivos e dispendo de administração própria”.

Para RUI MACHETE/HENRIQUE SOUSA ANTUNES (2004: 42-43), as fundações são “*entidades independentes, constituídas separadamente, sem fins lucrativos, com os seus próprios órgãos de administração e a sua própria fonte de rendimentos, proveniente de modo exclusivo, ou não, de uma dotação*” (itálicos no original).

Por fim, DOMINGOS SOARES FARINHO, na sua Tese de Doutoramento (2014: 249), opta por um conceito “descrito de forma clara”, para ser “protegido de modo eficaz”, referindo-se à fundação como “*uma pessoa colectiva consubstanciada pela afectação de um património à prossecução de fins altruísticos*” (itálicos no original)<sup>60</sup>.

Também na legislação encontramos diplomas que definem fundações.

O CC, no seu art. 185.º, n.º 1 refere que “As fundações visam a prossecução de fins de interesse social, podendo ser instituídas por ato entre vivos ou por testamento”. A LQF define fundação como sendo “... uma pessoa coletiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social” (art. 3.º). Por fim, a LQIP, recentemente actualizada através do DL n.º 40/2015, identifica as fundações públicas como um tipo de Institutos Públicos (art. 3.º, n.º 1), que integram a administração indirecta do Estado (art. 2.º, n.º1)<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Na sua análise, a autora refere-se a fundações privadas. Sobre a distinção com as fundações públicas, cf., *infra*, p. 44.

<sup>60</sup> O autor refere que a definição “deve ser encarada como um ponto de partida, muito mais do que como um ponto de chegada”. Para tanto, apresenta uma definição que aproveita os materiais jurídico-normativos, v.g., da LQF, além de olhar para os “fins altruísticos”, em vez de se referir aos “fins de interesse social” (FARINHO, 2014: 250).

<sup>61</sup> As fundações públicas não correspondem ao objecto do presente estudo. Para breves desenvolvimentos, cf. AMARAL, 2006: 361 ss..

Embora não exista uma definição comum que caracterize a realidade que nos propomos tratar, a doutrina encontra, tradicionalmente, 4 aspectos a ter em consideração aquando da definição e constituição de uma fundação: objecto, fim, património e estatutos<sup>62-63</sup>, além do acto de reconhecimento e da autonomia. Vejamos:

**i. O objecto deve ser física e legalmente possível e não deve ser contrário à lei, nem à ordem pública, nem aos bons costumes (art. 280.º CC)<sup>64</sup>**

Além de o objecto não dever ser impossível nem legalmente, nem no domínio dos factos, também não deve ser contrário à lei (ou seja, não devem ser violadas normas imperativas legais, sob pena de o negócio ficar ferido de nulidade).

O objecto não deve igualmente ser contrário à ordem pública, o que significa que não deve estar relacionado com actos imorais em si mesmos, ou repugnar à consciência moral. Este requisito não é único para a criação de fundações, sendo mobilizado para todo o negócio jurídico.

**ii. O fim deve ser de interesse social, compreendendo, nomeadamente, fins culturais, desportivos, ambientais, de solidariedade social e de assistência (art. 188.º, n.º 3, alínea a) CC e art. 3.º, n.º 2 e 23.º, n.º 1, alínea b) LQF)**

O fim de interesse social é dos elementos mais estudados pela Doutrina. No Anteprojecto apresentado por FERRER CORREIA (1957: 269), bastava que o fim não fosse contrário à ordem pública (art. 56.º, n.º 2). Mais tarde, o mesmo autor (1970: 109), a propósito do comentário ao novo CC, anota que o fim deve ser desinteressado e ter natureza

---

<sup>62</sup> A LQF acolhe de resto este entendimento, não só pelos elementos presentes (património e fim) na definição que presta de fundação, mas também por aqueles que acrescenta ao longo do articulado. O objecto e os estatutos são abordados mais adiante na lei, consoante o tipo de fundação que esteja em causa (art. 14.º, 18.º e 19.º para as fundações privadas em geral; 39.º, para as fundações de solidariedade social; 42.º, para as fundações de cooperação para o desenvolvimento; 45.º, para as fundações para a criação de estabelecimentos de ensino superior privados; 49.º e 51.º, quanto às fundações públicas; e 58.º, para as fundações públicas de direito privado).

<sup>63</sup> De facto, existe unanimidade quanto a estes elementos. DOMINGOS SOARES FARINHO (2014: 241) refere-se à unanimidade dos elementos nos seguintes termos: “Assim, podemos encontrar uma grande convergência sobre o conceito fundacional, em torno de três elementos essenciais – fim (de interesse social), património e personalidade colectiva.”. A personalidade jurídica existe, na medida em que a fundação será um sujeito com um centro autónomo de interesses (fim social). Os estatutos definem-no, tal como terão de se referir ao objecto. A referência a esta característica é extremamente relevante pelo entendimento da fundação com autonomia face ao seu instituidor. Há autores que se referem, a este propósito, à existência de um elemento organizatório.

<sup>64</sup> Segue-se ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA (1987: 258).

altruísta.

MARCELLO CAETANO (1962: 22) alude a um fim desinteressado que está presente sempre nas fundações e que deve ser prosseguido para benefício de uma generalidade de pessoas indeterminadas, ou determináveis à medida que se vá cumprindo esse fim. Sublinha, adiante (CAETANO, 1962: 23), “... que tais fins excluem sempre o lucro do fundador ou dos gerentes. E este princípio deve ser cuidadosamente defendido, inclusivamente prevenindo formas encapotadas de especulação com o património, ...”.

MANUEL DE ANDRADE (1974: 70), na esteira de FERRARA, diz-nos que “as fundações serão como que *hetero-organizações para um fim alheio*” (itálico no original).

SOUSA RIBEIRO (2001: 66) começa por referir que o fim é de difícil concretização, no entanto, encontramos três aspectos que o autor avança no seu artigo e que mais facilmente nos permitem concluir quando estamos perante o interesse social. Desta forma, em primeiro lugar, será necessário que estejamos perante um fim que seja “altruístico”. Em segundo lugar, os beneficiários têm de ser “indeterminados ou relativamente indeterminados, sendo encontrados por aplicação de um critério abstracto, dado por certa situação ou por uma certa necessidade”. Só assim não será – acrescenta o autor – se o beneficiário (entidade supra-individual) prosseguir fins de interesse social. Por fim, o interesse social tem de ser “comum a uma pluralidade de pessoas” (RIBEIRO, 2001: 66), o que não implica que seja um interesse comum à maioria dos cidadãos. Pode, por isso, ser um interesse de uma minoria, tanto mais que nas sociedades democráticas a integração destas deve ser um valor a fomentar. Entende-se, por esse motivo, que esta última é uma condição *suficiente*, o que implica que não seja adoptada uma concepção restritiva neste domínio (como seria se, a pretexto da interpretação como condição necessária se relevasse o interesse prosseguido, segundo padrões socialmente aceites).

Também CAPELO DE SOUSA (2004-2007: 133) entende o fim como “não egoístico do fundador, estranho à vontade dos órgãos da fundação e dirigido a um círculo maior ou menor de beneficiários exteriores à fundação”, permanecendo, por isso, em princípio imutável.

CARLOS BLANCO DE MORAIS (1997: 573) acentua igualmente que o fim deve ser desinteressado, acrescentando que dele deve emanar, “a título principal, uma certa utilidade para a colectividade, estabelecendo-se necessariamente um nexó causal entre esta e os

objectivos permanentes da fundação”<sup>65</sup>.

DOMINGOS SOARES FARINHO (2014: 251 ss.) dedica grande parte do seu estudo a esta problemática, preferindo referir-se aos interesses como “altruísticos”. Na opinião do Autor, não se encontram motivos válidos<sup>66</sup> para restringir a criação de fundações a situações em que esteja em causa um social (excluindo-se, portanto, os interesses privados que não sejam sociais). Assim, conclui, dizendo (FARINHO, 2014: 262):

*Adoptando-se esta posição, os fins de interesse social, devem ser lidos como fins desinteressados, desde que não contrários ao interesse público, juízos onde devem ser levados em consideração*

---

<sup>65</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS (1997: 573, nota 37) refere, a propósito do interesse social, que “instituições destinadas a garantir a perpetuação do nome de uma família, o auxílio a uma pluralidade de sujeitos carenciados num dado agregado familiar e até um suporte financeiro à protecção organizada de animais” podem ser consideradas fundações. Para o Autor, estas situações devem ser analisadas casuisticamente a fim de se verificar se assumiriam interesse social, algo que o mesmo admite se, *v.g.*, a fundação tivesse um fim de ordem humanitária e social, “assegurando através de rendas devidamente proporcionadas (...) a subsistência de uma pluralidade de familiares de um instituidor”. NOGUEIRA SERENS (2014: 319) começa por referir que “Uma fundação na qual o interesse próprio que o fundador quer satisfazer, não é um interesse de natureza altruística (...), é, sim, um *interesse de natureza egoística...*” (itálico no original). Argumenta que as fundações de família não seriam admissíveis uma vez que não existe uma relevante contrapartida com o *enclausuramento* dos bens para o interesse social (ou seja, há verdadeiramente, um empobrecimento do fundador), embora, mais adiante (SERENS, 2014: 321), citando REUTER, distinga dois tipos de fundações de família, consoante o modo *condicional* ou *incondicional* que os beneficiários da fundação dela tiram proveito. Para maiores desenvolvimentos, cf. SERENS, 2014: 319-324. Quanto a nós, e acompanhando PINTO MONTEIRO e MOTA PINTO (2012: 293), cremos que nestas situações o interesse social não está preenchido, pelo que a fundação não deve ser reconhecida. Nas palavras dos autores: “... não pode ser reconhecida e, conseqüentemente, ser-lhe atribuída personalidade jurídica, uma fundação que vise realizar o interesse particular de uma pessoa ou de uma família determinada (...). Tais objectivos só poderão ser prosseguidos através de outros meios técnico-jurídicos (p. ex., liberalidades com encargo modal)”. No mesmo sentido, CAPELO DE SOUSA (2004-2007: 159-160), que parece responder a CARLOS BLANCO DE MORAIS, refere “Assim, não podem obter personalidade jurídica dotações destinadas a sustentar animais (*maxime* domésticos, como cães ou gatos) ou a prosseguir interesses particulares do fundador, em vida ou por morte (*v.g.* sufrágios), ou de outra pessoa ou mesmo de um grupo individualizado de pessoas (por exemplo, de uma determinada família ou de certos parentes, ainda que do fundador)”. Também para MARCELLO CAETANO (1962: 22), que escreveu antes do actual quadro jurídico, as fundações de família, em princípio, não devem ser admissíveis, uma vez que o benefício da fundação deve reportar-se a pessoas “*indeterminadas* ou *determinadas à medida que se vá cumprindo esse fim*” (itálicos nossos). Ainda assim, admite o autor (1962: 23, nota 5), que estas fundações, se permitidas, deveriam ser temporárias, com o limite de máximo da duração média de uma geração (50 a 60 anos).

<sup>66</sup> SOARES FARINHO (2014: 258 ss.) começa por considerar que a mudança do quadro político-constitucional (da Constituição de 1933 para a Constituição de 1976) justificaria a mudança na interpretação de “interesse social” para argumentar, de seguida que existem em Portugal outros mecanismos, como as sociedades uninominais, em que se atribui personalidade jurídica a “substratos patrimoniais provenientes de uma só pessoa e dirigidos à prossecução de fins privados particulares” (FARINHO, 2014: 260). Além disso, refere ainda que não há o perigo de considerar que uma amplificação dos interesses levaria à sabotagem de regras sucessórias e fiscais, uma vez que a instituição de fundações ficaria sujeita “aos normais requisitos do negócio jurídico e, como tal, não poderia ser utilizado quando o interesse particular fosse ilícito ou impossível” (FARINHO, 2014: 261).

*argumentos como a adequação do meio – criação de um novo ente jurídico – ao fim, por exemplo assegurar a subsistência de pessoas específicas (o que parece inadmissível, por poder violar o direito sucessório) em vez de garantir o apoio a membros carenciados de uma família, verificados certos requisitos de mérito ou especial vulnerabilidade (o que parece admissível, dado os critérios objectivos invocados).*

Aqui chegados, concluímos, em primeiro lugar, que diversos autores, ou antes ou depois da entrada em vigor do CC, consideram que o interesse social se identifica com um interesse em favor de uma colectividade. No entanto, o âmbito desse interesse gera mais dúvidas, na medida em que vão existindo na doutrina posições coniventes com “outras interpretações, para além do sentido originário, que se tem mantido dominante” (FARINHO, 2014: 256). Dentro destas posições destaca-se, como vimos, a de CARLOS BLANCO DE MORAIS (1997: 573), que julga que não se pode considerar sem mais que as fundações de família não são admissíveis no nosso ordenamento jurídico. O mesmo autor (1997: 570) expressa ainda: “... o objectivo de interesse social conforma-se como uma finalidade relativamente indeterminada que, sem prejuízo de dever excluir a instituição de entes fundacionais de fins egoístas ou que beneficiem – a título principal – o fundador ou administradores, admite uma pluralidade de domínios reguláveis.”.

Em suma, há quem defenda uma noção restritiva de interesse social, outros autores consideram que o interesse social deverá ser interpretado mais amplamente, admitindo a existência de fins altruísticos particulares e, conseqüentemente, a possibilidade de existência de fundações de família ou de fundações de empresa<sup>67</sup>. Ainda outros autores lembram que

---

<sup>67</sup> Convém esclarecer que a *fundação-empresa* se distingue da *fundação de empresa*. Esta última corresponde ao objecto deste nosso estudo. No dizer de MENEZES CORDEIRO (2011, IV: 818), poderá ser criada “pelas empresas através do destaque de bens, ela pode auxiliar os trabalhadores, pode atuar no campo da promoção cultural e pode tomar posições na própria empresa-mãe, refinando-a. Já a primeira se trata da utilização da forma jurídica fundacional na área empresarial e que se pode consubstanciar na participação de uma fundação em empresas, numa fundação como suporte de uma empresa e numa fundação-empresa em sentido estrito. Para maiores desenvolvimentos, cf. FARINHO, 2014: 314-316; FARINHO, 2012: 816-825, bem como SERRANO CHAMORRO, 2000: 235 ss..

se deve ter presente o quadro constitucional para a análise desta problemática<sup>68-69</sup>.

Uma última nota para dar conta que a LQF densifica o conceito de “interesse social”, referindo que os fins serão de interesse social se beneficiarem pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou pessoas que a ele estejam ligadas por relações de amizade, ou de negócios (art. 3.º, n.º 2 LQF) e apresenta um elenco exemplificativo de fins atendíveis, como os interesses de índole caritativa, cultural, científica, ou educacional.

### **iii. O património deve ser *suficiente e adequado* para prosseguir o fim proposto (art. 188.º, n.º 3, alínea b) CC e art. 23.º, n.º 1, alínea c) LQF)**

Este elemento não é controverso<sup>70</sup> e caracteriza-se, sobretudo, pelo “meio para prosseguir um fim” (FARINHO, 2014: 265)<sup>71</sup>. Trata-se de um elemento importante<sup>72</sup>, na medida em que a fundação deverá ser dotada de património próprio que permita satisfazer cabalmente os objectivos que levaram à sua instituição. É o património que permite

---

<sup>68</sup> SÉRVULO CORREIA/RUI MEDEIROS (2002: 372-373) relacionam a avaliação feita a propósito do interesse social com o reconhecimento da fundação a ser feito pelo Governo. Assim, o reconhecimento não é o resultado de um puro arbítrio do Governo, devendo este atentar nas disposições constitucionais. Para tanto, para o reconhecimento deve fazer-se “um juízo de prognose sobre o interesse social da fundação e a sua aptidão para realizar com êxito os objectivos a que se propõe.” Isto, naturalmente, sem prejuízo do posterior controlo jurisprudencial.

<sup>69</sup> Sem prejuízo de nos repetirmos, relembramos que é por este motivo que SOARES FARINHO (2014: 259) estranha a manutenção da exclusão dos fins privados no leque de fins admissíveis pelos fins de interesse social (mesmo após a alteração do regime fundacional pela LQF). Esta estranheza é justificada pelo facto de estarmos num quadro político-constitucional diferente daquele que vigorava no nosso país aquando da aprovação do CC (Constituição de 1933). SOARES FARINHO (2014: 258) defende, pois, a utilização em Portugal da dogmática alemã, aquela que lhe “parece surgir como adequada ao nosso modelo constitucional. Ela admite a constituição de fundações que prossigam quaisquer fins, desde que não prejudiquem o bem comum...”. A avaliação é, pois, feita pela negativa. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, aconselha-se a leitura da referida tese de Doutoramento, em especial o capítulo IV da 1.ª Parte, bem como a 2.ª e a 3.ª Parte.

<sup>70</sup> Como assinala SOARES FARINHO (2014: 266), este é o elemento “menos controverso”. Ainda assim, com esta afirmação pretendemos referir que, ao contrário do que acontece com o *interesse*, o património não levanta actualmente relevantes querelas doutrinárias. Existiu, é certo, e como nos dá conta MARCELLO CAETANO (1962: 8 ss.), uma discussão, no sentido de se saber se no momento da constituição da fundação seria necessário dotá-la imediatamente de património, ou se a dotação poderia ficar para momento posterior (e advir não unicamente do instituidor). Também discutiram, particularmente autores germânicos, a propósito do sempre presente receio inflacionista, acerca da impossibilidade de atingir o fim, em virtude de circunstâncias supervenientes. Em Portugal a questão nunca teve grande desenvolvimento. Actualmente (conforme referiremos *infra*, mas ainda neste ponto), a Portaria n.º 75/2013 alude aos montantes necessários, para a instituição de uma fundação.

<sup>71</sup> Também cirurgicamente, define FERRER CORREIA (1970: 107) o património nestes termos: “Il s'agit des biens affectés par le fondateur à l'oeuvre qu'il a l'intention de créer.”

<sup>72</sup> Nas palavras de FERRER CORREIA/ALMENO DE SÁ (1989: 331), no seu comentário a uma proposta de Estatutos de uma Fundação que lhes havia sido apresentada: «Esta massa de bens – ou *dotação* – assume um papel primordial nas fundações: ela é mesmo *indispensável* para que venham a constituir-se como “pessoas jurídicas.”».

distinguir a fundação da associação<sup>73</sup>. Na verdade, como já nos ensinava CAPELO DE SOUSA (2004-2007: 131, 133), na associação predomina o elemento pessoal<sup>74</sup>, enquanto na fundação domina o elemento patrimonial<sup>75</sup>.

O fundador deverá *transferir* o património da sua esfera jurídica para a da fundação<sup>76</sup>, permitindo, assim, que esta prossiga a finalidade a que se propõe<sup>77</sup>. Será nula qualquer cláusula de reversão do património<sup>78</sup>.

A propósito deste elemento, convém esclarecer que *património* não é sinónimo de *dotação inicial*. O património é um elemento essencial do substrato da fundação. Parte do património, contudo, terá de ser constituído por uma dotação inicial em capital<sup>79</sup>.

---

<sup>73</sup> Como lembra CARLOS BLANCO DE MORAIS (1997: 569), “As fundações são pessoas colectivas com fins não lucrativos que, no plano do direito, se distinguem de outros entes com idêntico escopo, como as associações”. De facto, associações e fundações apresentam várias semelhanças, partilhando desde logo o escopo não lucrativo. No entanto, *v.g.*, quer o património, elemento dominante na fundação, quer o modo de aquisição de personalidade jurídica permitem distinguir umas e outras.

<sup>74</sup> Este elemento consiste, no dizer de CAPELO DE SOUSA (2004-2007: 120-121), no “conjunto ou colectividade de associados ou sócios agrupados colaborantemente, através de actividades pessoais e, normal mas sempre secundariamente, de bens ou meios materiais para a realização de finalidades sociais ou comuns.” (itálicos no original).

<sup>75</sup> A presente observação é válida, sem prejuízo de, naturalmente, o elemento humano também poder concorrer para a gestão do património, além de ser destinatário da actividade fundacional (FARINHO, 2014: 265).

<sup>76</sup> Sobre as diversas posições existentes na doutrina de meados do século XX acerca desta *transferência* (doação, negócio de destinação, ...), cf. CAETANO, 1962: 32 ss.. Hoje, podemos considerar que, após o reconhecimento e, conseqüentemente, da aquisição de personalidade e de capacidade jurídicas da fundação, ela adquire os bens. Até então, a translação encontrava-se *pendente* (BAPTISTA: 2006: 48).

<sup>77</sup> O valor inicial para a constituição da fundação resulta da leitura conjugada do art. 22.º LQF com o art. 2.º da Portaria n.º 75/2013 e traduz-se num montante não inferior a EUR 250.000,00, para o caso das fundações constituídas por tempo indeterminado. Já se a fundação for por tempo determinado, o montante será analisado caso a caso, atendendo ao prazo previsto de duração e às finalidades a prosseguir. Além disso, pelo menos 30% da dotação inicial da fundação, num montante não inferior a EUR 100.000,00, deve ser constituído por numerário. HENRIQUE SOUSA ANTUNES (2014: 72) chama a atenção para o facto de os montantes previstos na portaria não se consubstanciarem em mais do que uma presunção. De acordo com o Autor, “Há um claro equívoco do legislador ao fixar um valor mínimo, pois do que se trata é, tão-somente, de estabelecer uma presunção de suficiência. Assim, é possível constituir uma fundação com valor inferior, apesar dos termos da Portaria.”. Na verdade, se atentarmos na letra do art. 22.º, n.º 2, alínea c) e n.º 3 LQF, verificamos que a lei refere *presumir-se* a existência de dotação inicial suficiente. Essa mesma indicação é dada no preâmbulo da referida portaria. Concluimos, desta forma, com HENRIQUE SOUSA ANTUNES (2014: 73), que este valor “... trata-se de coisa diversa da fixação de uma dotação mínima.”

<sup>78</sup> Cf. Acórdão do STJ de 24 de Outubro de 1996, referente ao Processo n.º 96B214: «É nula a cláusula estatutária da fundação que reza assim: “O fundador reserva para si o direito de dispor, por morte ou por acto entre vivos, dos bens que afectar à Fundação.”».

<sup>79</sup> CRISTINA BAPTISTA (2006: 37-38) alude a esta distinção, referindo que, no caso das fundações criadas por empresa, ela assume especial relevância, dado que a “empresa-mãe” se compromete a fazer as necessárias transferências para garantir a prossecução da actividade da fundação. Também FERRER CORREIA (1970: 109) dizia claramente que património e dotação inicial são distintos: “C'est la dotation initiale en capital, pas le patrimoine, que l'on peut considérer comme un élément non essentiel.”. A importância desta distinção é ainda visível nos casos em que parece que a dotação inicial não permitiria formular um juízo positivo acerca da viabilidade da fundação. “Pode, com efeito, suceder que sejam de esperar dádivas ou donativos de doadores que permitam ampliar o património fundacional.” (MACEDO, 2008: 142). Sobre os montantes que actualmente



Concluímos, pois, que as fundações deverão dispor sempre de um património inicial, sem prejuízo de, naturalmente, poderem ocorrer “transferências” posteriores para a fundação. Esta situação ocorre, não raras vezes, nas fundações criadas por empresas<sup>80</sup> (em muitos casos as empresas fundadoras atribuem subvenções anuais às fundações que instituíram). Este património deverá ser, nos termos da lei, *suficiente e adequado*. Quer isto dizer que é motivo de recusa do reconhecimento da fundação pela Administração a “incompatibilidade qualitativa da dotação com os fins propostos” (ANTUNES, 2014: 77). No caso de o instituidor ser uma pessoa colectiva e os bens não forem julgados suficientes ou adequados, haverá ineficácia na instituição da fundação (art. 23.º, n.º 2 LQF)<sup>81</sup>.

Por último, será conveniente indicar que, embora a fundação não seja, pela sua natureza, uma entidade com fim lucrativo, a mesma poderá prosseguir algumas actividades de índole lucrativa. Neste caso, os montantes obtidos deverão ser afectos aos fins a que a fundação se propôs seguir<sup>82</sup>.

**iv. Os estatutos não devem ser contrários à lei (art. 186.º, 187.º, 188.º, n.º 3, alínea c) e 189.º CC e art. 18.º, 19.º, 31.º e 38.º LQF<sup>83</sup>), devendo conter determinadas menções obrigatórias<sup>84</sup>, v.g., quanto à organização**

---

se encontram previstos para a instituição de uma fundação, veja-se a Portaria n.º 73/2013 e os comentários que tecemos *supra*.

<sup>80</sup> Em particular a propósito deste tema, sempre podemos avançar que FERRER CORREIA e ALMENO DE SÁ (1989: 334) referem que “Nada impedirá a constituição de uma fundação cuja sobrevivência seja unicamente assegurada pelas subvenções anuais que uma empresa económica poderosa se comprometa a entregar-lhe”. No entanto, neste caso entende HENRIQUE SOUSA ANTUNES (2014: 59) que será necessário vincular o instituidor da fundação, ou seja, a empresa e outros eventuais sujeitos cuja contribuição seja esperada. No mesmo sentido, SOUSA RIBEIRO (2001: 62) entende que “não se exige a aquisição imediata de posições dominiais sobre bens (...). Projectando-se a vida e actividade da fundação ao longo do tempo, não se exige uma deslocação patrimonial *una tantum*, ...”.

<sup>81</sup> Será diferente no caso de o instituidor ser uma pessoa física. Para maiores desenvolvimentos, cf. ANTUNES, 2014: 78.

<sup>82</sup> MARCELLO CAETANO (1962: 23) chamava já a atenção para o princípio da exclusão do lucro dos fins da fundação dever ser *cuidadosamente defendido*, acrescentando: “Isto não quer dizer que na sua actividade a fundação não prossiga fins lucrativos, na medida em que uma actividade económica seja necessária ou útil à obtenção de meios para manutenção ou acrescentamento do seu património (...). Ponto é que tais actividades sejam meramente instrumentais em relação ao fim principal...”.

<sup>83</sup> Apontamos as disposições para as fundações privadas. No caso das fundações públicas, deverá ser tido em conta o art. 51.º LQF.

<sup>84</sup> SOARES FARINHO (2014: 264) refere-se a este requisito sobretudo como *personalidade colectiva*, de modo a “sublinhar o significado do elemento organizacional, enquanto atribuição de personalidade colectiva”. FERRER CORREIA (1970: 110-111) adopta uma concepção em que dá primazia aos órgãos que desenvolvem o fim para o qual foi criada a fundação: “Si la fondation consiste essentiellement en un patrimoine affecté à une finalité altruiste, elle n'en requiert pas moins une organisation adéquate à la promotion de ses activités. Il faut que la fondation possède les organes nécessaires à cette fin.”. SOUSA RIBEIRO (2001: 68) refere que a organização é

Os estatutos não poderão violar as disposições normativas imperativas, sob pena de a Administração não proceder ao reconhecimento da fundação. No entanto, devem observar certos aspectos, como sejam as menções obrigatórias relativas às competências dos seus órgãos. A LQF prevê a partir do art. 26.º que a fundação deverá dispor de um órgão de administração colegial (em regra um Conselho de Administração), de um órgão executivo<sup>85</sup> e também de um órgão de fiscalização<sup>86</sup> os quais deverão ser compostos por um número ímpar de membros, sendo as suas competências livremente fixadas pelos instituidores nos estatutos, já que quer o CC, quer a LQF são omissos<sup>87</sup> neste ponto.

#### v. A autonomia<sup>88</sup>

DOMINGOS SOARES FARINHO (2014: 266 ss.) coloca a tónica em saber se a autonomia fundacional é um elemento a ter em consideração. Na verdade, há autores que pensam que a independência deve estar presente, desde logo na relação fundador-fundação. Deste modo se justifica que o fundador não possa entrar em conflito com a *vontade autónoma* da

---

essencial para que a fundação possa prosseguir a sua finalidade. Para tal, em princípio, a organização deverá estar prevista nos estatutos da fundação, havendo no entanto, casos em que o fundador não tenha previsto a orgânica a criar (como no caso em que o fundador institui a fundação por testamento e não elabora os seus estatutos).

<sup>85</sup> A este propósito, convém salientar que a LQF complementa a informação existente no Código Civil. Na verdade, neste último diploma legislativo, prevê-se, na parte geral das pessoas colectivas, a necessidade de existência de um órgão colegial de administração e de um conselho fiscal (art. 162.º CC). Já na LQF o legislador optou por identificar igualmente o órgão executivo nos órgãos obrigatórios. Entendemos que não deve ser imperativa a existência de um órgão executivo autónomo, sendo possível a sua inclusão no órgão de administração.

<sup>86</sup> Entende a doutrina que a enumeração destes órgãos não é taxativa. Nas palavras de MANUEL VILAR DE MACEDO (2008: 40), ainda anteriores à reforma provocada pela LQF, mas que apresentam ainda hoje validade, a pessoa colectiva “... pode criar outros órgãos, que deverão, na sua composição e funcionamento, obedecer aos princípios consagrados neste artigo [162.º CC] e noutros...”. O artigo 26.º, n.º 2 LQF referia, antes da alteração provocada pela Lei n.º 150/2015, que as fundações podiam ainda ter um Conselho de Curadores. Na proposta de lei, o Governo pretendeu alterar este número, tornando mais clara a possibilidade de os estatutos preverem mais órgãos (a proposta de lei encontra-se disponível online, no *sítio* indicado na parte final desta Dissertação). A redacção final, operada pela Lei n.º 150/2015, consagrou esta possibilidade: “As fundações podem ainda ter um ou mais órgãos facultativos, nomeadamente um conselho de fundadores ou de curadores, com a missão de velar pelo cumprimento dos estatutos da fundação e pelo respeito pela vontade do fundador ou fundadores.”

<sup>87</sup> Apesar da omissão, há casos em que a designação do órgão nos pode ajudar. É o caso de *órgão de administração*. Imediatamente, pensamos, com MANUEL VILAR DE MACEDO (2008: 40), na distinção entre *actos de administração*, *disposição* e *mera conservação*, para podermos concluir que a lei terá querido englobar nos poderes deste órgão aqueles que são relativos aos actos de administração. Neste caso, podemos ainda atentar no art. 64.º CSC, para termos algumas ideias quanto aos deveres que os administradores devem observar.

<sup>88</sup> Sinteticamente, FERRER CORREIA (1970: 104) refere-se à autonomia nos seguintes termos: “il n'en reste pas moins vrai que d'après les usages linguistiques et les conceptions courantes dans presque tous les pays une fondation est quelque chose d'autonome”.

fundação, cristalizada nos seus estatutos, ainda que seja titular ou possa indicar os titulares dos órgãos de administração<sup>89</sup>. Ademais, os mesmos estatutos não podem prever uma cláusula de comando da fundação pelo seu fundador.

Historicamente, consegue compreender-se a fraca exploração deste requisito por parte da doutrina. Na verdade, como se analisou *supra* na parte histórica do presente estudo, a fundação era normalmente instituída por morte e atendendo à relevância de certos fins (FARINHO, 2014: 269). Ora, actualmente apenas podemos entender como válido o segundo argumento (relacionado com os fins), já que o legislador permite a instituição de fundações por acto entre vivos, pelo Estado<sup>90</sup>, ou mesmo por empresas. Será este motivo que justificará a maior atenção dogmática que tem sido atribuída ao estudo da autonomia enquanto característica fundacional. No dizer de DOMINIQUE JAKOB (*apud* FARINHO, 2014: 271), a autonomia será “*um modo próprio de compor a vontade do fundador, a vontade dos administradores e as pretensões dos beneficiários (potencialmente representados pelas entidades públicas) em torno de um fim autónomo*” (itálicos no original). É essa a razão apontada para a intervenção do Estado na Fundação Privada (FARINHO, 2014: 271). Com efeito, no caso de fundações de empresa, a autonomia pode estar em causa quando as ditas empresas têm a possibilidade de continuamente nomear os seus representantes nas fundações que instituíram, mantendo o seu controlo nas referidas fundações. Os fundadores poderão, na opinião de DOMINGOS SOARES FARINHO (2014: 273), “exercer um controlo sobre a fundação, desde que o fim fundacional se mantenha intacto como referente da vontade fundacional”. O mesmo é dizer que se deve adoptar uma configuração da autonomia, subordinada aos elementos teleológicos, isto é, a autonomia não deve ser absoluta, mas antes destinada a garantir que não existirá uma ingerência da parte do fundador na configuração dos fins da fundação (e da vontade da mesma).

---

<sup>89</sup> Como refere CRISTINA BAPTISTA (2016: 33), “Nas fundações, o fundador fica fora da fundação. A sua vontade governa a fundação, mas está fora dela, ficou cristalizada no acto da fundação e nos seus estatutos.”

<sup>90</sup> De resto, a relação da autonomia com a instituição de fundações pelo Estado tem merecido reparos da doutrina, pelo facto de o Estado, enquanto legislador, poder determinar as condições para a criação e manutenção da fundação, sendo essa também uma possível ingerência do fundador – no caso, o Estado – na fundação (FARINHO, 2014: 271 ss.). JOÃO CAUPERS (2008: 166 ss.) duvida da “independência da fundação, criada por um ente público, [em relação com] a circunstância de esse ente público ter, naturalmente, que prosseguir (...) *certos* interesses públicos” (itálico no original), essencialmente por duas razões. Em primeiro lugar, porque o art. 266.º, n.º 1 CRP impõe à Administração a prossecução do interesse público e, em segundo lugar, porque parece ao autor que não será possível que se conciliem as garantias de independência da fundação com o controlo à mesma entidade a que a Administração está vinculada.

**vi. O reconhecimento (art. 188.º CC e art. 20.º a 23.º LQF)**

MANUEL DE ANDRADE (1974: 63) ensinava, a propósito do reconhecimento<sup>91</sup>:

*O reconhecimento vem a ser a atribuição de personalidade jurídica ao substrato. Por virtude dele, o núcleo social, (...) adquire unidade e autonomia para efeitos jurídicos. Assume a titularidade solitária dum património. Passa a actuar individualmente na vida jurídica. Torna-se um ente novo e distinto em face dos associados ou do fundador, com os quais entra ou pode entrar em relações jurídicas,...*

O tipo de reconhecimento das fundações manteve-se em Portugal, ao contrário do das associações, após as revisões ao Código Civil, por ocasião da Revolução dos Cravos. Mesmo em 2012, com a LQF o legislador optou por manter o reconhecimento por concessão<sup>92</sup> (ao invés do reconhecimento normativo), o que significa que ele terá lugar mediante “acto individual e discricionário da administração que, caso por caso, concederá ou denegará a personalidade ao substrato” (ANDRADE, 1974: 64). Na PROPOSTA DE LEI n.º 342/XII, o XIX Governo Constitucional manteve o reconhecimento por concessão, argumentando que, dessa forma, (i) se garante a distinção entre o “trigo e o joio”; (ii) assegurando a natureza altruística das fundações; e, por fim, (iii) controlando as situações em que esteja em causa um forte controlo dos dinheiros públicos, v.g., pela atribuição de subsídios por parte do Estado ou ainda pela atribuição e benefícios fiscais (PROPOSTA DE LEI N.º 342/XII: 2). O Conselho Consultivo das Fundações já manifestou a vontade de ver alterado para *normativo* o reconhecimento. Entende o Conselho que existe uma “discriminação” das fundações por tal não suceder (PARECER N.º 4/2015, disponível no *sítio* da Assembleia da República). Parece-nos que o momento de melhoria reputacional por que passam as fundações, em especial após o Censo e o Relatório às mesmas, não se coaduna com um tipo de

---

<sup>91</sup> Não caracterizaremos as diversas formas de reconhecimento (normativo, ou por concessão), nem trataremos do seu valor declarativo, confirmativo ou constitutivo, consoante as teorias da ficção ou da realidade. Para maiores desenvolvimentos, cf. MANUEL DE ANDRADE, 1974: 65-66, 104-105.

<sup>92</sup> De acordo com o artigo 6.º LQF, compete ao Primeiro-Ministro, com faculdade de delegação, o reconhecimento das fundações. O Primeiro-Ministro, através do Despacho n.º 3440/2016, de 08 de Março, delega esta competência, com faculdade de subdelegação, na Ministra da Presidência e da Modernização Administrativa.

reconhecimento que não reconhecimento por concessão<sup>93</sup>. Isto independentemente das considerações que se possam tecer acerca do juízo de discricionariedade em causa<sup>94</sup>.

### **1.3. Algumas distinções: quanto ao tipo público ou privado, quanto ao regime jurídico, quanto aos instituidores e à origem do património e quanto aos fins**

Após a análise dos elementos essenciais da fundação, podemos agora, em traços breves e gerais proceder a algumas distinções que se operam no campo fundacional. Não seremos exaustivos nesta matéria, pretendendo, antes, aproveitar a oportunidade para melhor caracterizar a realidade a que nos propomos tratar: as *fundações de empresa*.

Quanto aos critérios de distinção, dizemos que as fundações podem ser públicas ou privadas. Como ensina FREITAS DO AMARAL, as fundações públicas são uma espécie dos institutos públicos, que integram a Administração Estadual Indirecta. São “...pessoas colectivas públicas, reguladas pelo Direito Administrativo. Trata-se, portanto, de patrimónios que são afectos à realização de fins públicos especiais.” (FREITAS DO AMARAL, 2006: 370). CRISTINA BAPTISTA (2016: 22) acrescenta ainda que “...são instituídas por um acto de soberania estadual, (...), para a prossecução de interesses públicos, no âmbito das atribuições da pessoa colectiva pública que as institui...”.

Relativamente às fundações privadas, importa esclarecer que foi com a LQF que se introduziu um conceito legal de fundação privada. O legislador define, no art. 4.º, n.º 1, alínea a), este tipo de fundação como: “as fundações criadas por uma ou mais pessoas de direito privado, em conjunto ou não com pessoas coletivas públicas, desde que estas, isolada ou conjuntamente, não detenham sobre a fundação uma influência dominante”. De acordo com os art. 185.º a 188.º CC percebemos as características essenciais destas fundações. Com

---

<sup>93</sup> Com efeito, consideramos que, tendo o Estado determinado que as fundações devem prosseguir um *interesse social*, a melhor forma de analisar se o escopo da fundação se enquadra neste interesse será através de um reconhecimento por concessão. De facto – e apesar do elenco *exemplificativo* que a lei oferece no art. 3.º, n.º 2 LQF –, consideramos que continuam a pesar os argumentos invocados pelo XIX Governo Constitucional na PROPOSTA DE LEI n.º 342/XII, a que aludimos no corpo do texto.

<sup>94</sup> SOUSA RIBEIRO (2001: 73) defende que se trata de “um juízo do preenchimento dos pressupostos legais de participação da fundação, como ente autónomo, no tráfico jurídico”. RENAN NASCIMENTO DE OLIVEIRA (2015: 177) entende que “O ato de reconhecimento, (...), é um ato meramente declatório uma vez que o direito de criar fundações é um direito fundamental subjetivo dos indivíduos, não podendo a Administração negar-lhes vigência, uma vez cumpridos os eventuais requisitos”. SINDE MONTEIRO e PAULO HENRIQUES (*apud* RIBEIRO, 2001: 73, nota 35) crêem que a entidade administrativa pode “aplicar critérios de oportunidade política e económica”.

CRISTINA BAPTISTA (2016: 29), falamos de “... organismos sociais privados, dotados de vida própria, devotados ao cumprimento de uma tarefa de interesse social (...) [,] possuindo os meios mínimos necessários à prossecução desses objectivos e dispendo de administração própria.”.

Tendo presente a definição apresentada por CRISTINA BAPTISTA (2016: 55-56) e atento o regime legal instituído pela LQF e o regime previsto na Lei n.º 1/2012<sup>95</sup>, podemos, por conseguinte, apontar como critério de distinção entre as fundações públicas e as privadas a *qualidade dos seus instituidores*.

No que concerne ao regime jurídico, identificamos fundações de direito público e fundações de direito privado. Para se apontar o critério de distinção entre umas e outras devemos ter presente a ideia de soberania, de *ius imperium*, consubstanciando-se a acção das pessoas colectivas de direito público em funções próprias da autoridade estadual, *v.g.*, quando se encontram numa posição de hierarquia em face de outras pessoas colectivas (MONTEIRO/PINTO, 2012: 282 ss.). Naturalmente, não se pode fazer uma correspondência entre o tipo de fundação e o seu regime jurídico. Note-se, por exemplo, que existem fundações públicas que estão sujeitas a um regime de direito privado, como é o caso da Fundação Serralves ou de algumas fundações municipais. Inversamente, temos fundações privadas que nalgumas circunstâncias estão sujeitas a um regime de direito público, sem que se possam considerar como organismos públicos. Tal resulta dos fins a que as mesmas se encontram sujeitas, como os resultantes da actividade social (BAPTISTA, 2016: 23-24). Também neste sentido dispõe a Lei n.º 1/2012, que, no seu art. 2.º define *fundações públicas de direito público* como “as fundações criadas exclusivamente por pessoas coletivas públicas, bem como os fundos personalizados criados exclusivamente por pessoas coletivas públicas nos termos da Lei-quadro dos institutos públicos...” e *fundações públicas de direito privado* como “as fundações criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas ou com pessoas de direito privado, desde que aquelas, isolada ou conjuntamente, detenham uma influência dominante sobre a fundação”.

Devemos agora tecer algumas considerações sobre os instituidores e a origem do património das fundações. De acordo com este critério, as fundações podem ser agrupadas

---

<sup>95</sup> Esta lei determina a realização de um censo a todas as fundações nacionais e estrangeiras que operem no território português, com vista a avaliar o custo-benefício e a sua viabilidade financeira, a fim de determinar a sua manutenção ou extinção.

em fundações pessoais ou individuais, fundações de empresa, fundações de origem pública e ainda fundações de solidariedade social.

No dizer de CRISTINA BAPTISTA (2006: 39), ainda na 1.<sup>a</sup> edição do seu estudo, as fundações pessoais ou individuais “São fundações em que uma pessoa, ou grupo de pessoas ou uma família afecta uma parte ou a totalidade do seu património pessoal à instituição de uma fundação.”. Estas fundações gozam de ampla liberdade de actuação, estando apenas adstritas ao cumprimento da vontade do instituidor e às obrigações decorrentes do estatuto de utilidade pública, como sejam, nomeadamente, ter de enviar anualmente à Presidência do Conselho de Ministros o relatório de contas do exercício, prestar à Administração Pública as informações solicitadas e colaborar com o Estado e as autarquias locais.

No caso das fundações de empresa, a instituição é feita pela empresa e com ela estabelecem-se laços estreitos do ponto de vista financeiro e da administração. Muitas vezes estas fundações não têm sede, nem funcionários próprios, estando integradas na sede e usando-se dos serviços da empresa-mãe. Não existe lei específica em Portugal para regular estas fundações, sendo aplicado o Código Civil e a parte geral da LQF<sup>96</sup>.

As fundações de origem pública são criadas por um ente público (através de dotações públicas) e estão sujeitas ao regime de direito privado, embora dependam das transferências do sector público para financiarem as suas iniciativas e projectos (BAPTISTA, 2006: 39-40)

Por fim, as fundações de solidariedade social são aquelas que se encontram reguladas no Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social. Podem ser instituídas por indivíduos ou pela Igreja Católica (ao abrigo da Concordata), ou por outras Igrejas. Estas fundações celebram protocolos com o Estado nas mais diversas áreas, o que significa que muitas vezes são pagas com dinheiros públicos (BAPTISTA, 2016: 79 ss.).

As fundações podem ainda distinguir-se quanto aos fins entre fundações de interesse social, fundações de interesse social e utilidade pública, fundações de solidariedade social (IPSS) e ainda as fundações de interesse geral e estatuto de solidariedade social.

Por último<sup>97</sup>, distinguimos ainda fundações operativas de fundações garante. Enquanto as primeiras prosseguem os seus fins, desenvolvendo as suas actividades definidas

---

<sup>96</sup> A LQF apenas consagra o regime especial das seguintes fundações privadas: fundações de solidariedade social (art. 39.º-41.º), fundações de cooperação para o desenvolvimento (42.º-44.º) e fundações para a criação de estabelecimentos de ensino superior privados (art. 45.º-47.º), não prevendo as fundações de empresa como um tipo fundacional.

<sup>97</sup> Não procurámos ser exaustivos nas várias distinções ao nível das fundações. No entanto, remetemos para a

pela vontade do instituidor, as segundas garantem e atribuem bolsas e donativos a projectos específicos, desenvolvidos por outras entidades (BAPTISTA, 2006: 84 ss.). Existem ainda estruturas que compreendem características de ambos os tipos.

#### **1.4. As fundações de utilidade pública e demais pessoas colectivas de utilidade pública**

Justifica-se, por fim, abordar as fundações de utilidade pública, uma vez que elas são extremamente relevantes para o regime fiscal que nos propomos cuidar. Com efeito, o regime fiscal do mecenato e os benefícios fiscais que lhe estão subjacentes apenas têm aplicação no caso de as fundações serem reconhecidas como sendo entes com utilidade pública. Uma nota se impõe a este respeito. O nosso estudo versa especificamente sobre as fundações criadas por empresas, no entanto, o estatuto de utilidade pública pode ser atribuído a outro ente que não uma fundação (pode ser, por exemplo, atribuído a uma associação). Ainda assim, meramente por facilidade discursiva, abordaremos o regime referindo-nos a fundações.

Pode dar-se o caso de as fundações serem objecto de um reconhecimento adicional<sup>98</sup> por parte do Estado, atestando o *interesse geral* das mesmas. Nestas situações, a fundação mantém a sua independência organizativa, funcional, administrativa e financeira, atendendo à vontade originária do seu instituidor, somando ao *interesse social*, essencial para o seu reconhecimento enquanto fundação, o *interesse geral*. Falamos, a este propósito, do reconhecimento do estatuto de utilidade pública<sup>99</sup>.

---

tese de DOMINGOS SOARES FARINHO (2014: 277-320) onde são desenvolvidas as várias espécies fundacionais.

<sup>98</sup> Como vimos *supra* (pp. 43-44), todas as fundações estão sujeitas a um reconhecimento constitutivo, isto é, as fundações apenas se tornam sujeitos jurídicos e centros autónomos de relações jurídicas após o reconhecimento que, em Portugal, opera *por concessão*. Depois deste poderá existir um outro reconhecimento – o do estatuto de utilidade pública. Enquanto para a constituição das fundações se exige um *interesse social*, para o reconhecimento de utilidade pública é necessário comprovar que estes prosseguem um *interesse geral*.

<sup>99</sup> O regime da utilidade pública encontra-se estabelecido no DL n.º 460/77, de 07 de Novembro, de acordo com as alterações provocadas pelo DL n.º 391/2007, de 13 de Dezembro. Aí o legislador define utilidade pública (art. 1.º, n.º 1), nos seguintes termos: “São pessoas colectivas de utilidade pública as associações ou fundações que prossigam fins de interesse geral, ou da comunidade nacional ou de qualquer região ou circunscrição, cooperando com a administração central ou a administração local, em termos de merecerem da parte desta administração a declaração de utilidade pública.”. De seguida, elenca as características que deverão estar presentes para que o estatuto possa ser reconhecido (art. 2.º). No entanto, no regime fundacional entende-se que o diploma que disciplina a utilidade pública é a própria LQF.



Para FREITAS DO AMARAL (2006: 736), há um conjunto de 4 requisitos para que se possa reconhecer uma pessoa *colectiva* como detentora de utilidade pública: (i) devemos estar perante pessoas colectivas privadas, (ii) que prossigam fins não lucrativos de interesse geral e (iii) cooperem com a Administração no desenvolvimento de tais fins, (iv) devendo ainda ser reconhecidas como tais pela Administração.

A LQF refere-se, no seu art. 24.º, n.º 1, aos seguintes requisitos que as fundações devem observar para lhes ser concedido o estatuto de utilidade pública:

- a) Desenvolverem, sem fins lucrativos, atividade relevante em favor da comunidade em áreas de relevo social tais como a promoção da cidadania e dos direitos humanos, a educação, a cultura, a ciência, o desporto, o associativismo jovem, a proteção de crianças, jovens, pessoas idosas, pessoas desfavorecidas, bem como de cidadãos com necessidades especiais, a proteção dos consumidores, a proteção do meio ambiente e do património natural, o combate à discriminação baseada no género, raça, etnia, religião ou em qualquer outra forma de discriminação legalmente proibida, a erradicação da pobreza, a promoção da saúde ou do bem-estar físico, a proteção da saúde, a prevenção e controlo da doença, o empreendedorismo, a inovação e o desenvolvimento económico e a preservação do património cultural;*
- b) Estarem regularmente constituídas e regerem-se por estatutos elaborados em conformidade com a lei;*
- c) Não desenvolverem, a título principal, atividades económicas em concorrência com outras entidades que não possam beneficiar do estatuto de utilidade pública;*
- d) Possuírem os meios humanos e materiais adequados ao cumprimento dos objetivos estatutários.*

O n.º 2 do mesmo artigo acrescenta um requisito temporal: as fundações apenas podem requerer a concessão do estatuto de utilidade pública se já tiverem decorrido três anos sobre o seu reconhecimento como pessoa colectiva, a menos que o instituidor da fundação ou, no

caso de uma pluralidade de instituidores, o seu instituidor maioritário, detenha já o estatuto de utilidade pública (caso em que será admissível a apresentação do pedido de utilidade pública imediatamente após o reconhecimento constitutivo da fundação).

O pedido de reconhecimento do estatuto de utilidade pública é efectuado via *internet* (art. 5.º DL n.º 460/77 e, para as fundações, art. 25.º, n.º 2 LQF). É o Primeiro-Ministro que tem competência para proceder à declaração do estatuto de utilidade pública<sup>100</sup> (art. 3.º DL n.º 460/77 e, para as fundações, art. 25.º, n.º 1 LQF).

O estatuto pode cessar nos casos previstos no art. 25.º, n.º 6:

- a) Com a extinção da fundação;*
- b) Com a caducidade do estatuto de utilidade pública;*
- c) Por decisão da entidade competente para a concessão, se tiver deixado de se verificar algum dos pressupostos desta;*
- d) Pela violação séria ou reiterada dos deveres que lhes estejam legalmente impostos.*

Deixamos uma última nota a propósito das pessoas colectivas de mera utilidade pública. De acordo com FREITAS DO AMARAL (2006: 737), quando não estejam em causa IPSS<sup>101</sup>, nem pessoas colectivas de utilidade pública administrativa<sup>102</sup>, falamos em pessoas

---

<sup>100</sup> Como demos conta na nota 92, p. 43, o Primeiro-Ministro, através do Despacho n.º 3440/2016, de 08 de Março, delega esta competência, com faculdade de subdelegação, na Ministra da Presidência e da Modernização Administrativa.

<sup>101</sup> As IPSS acabam por prestar serviços que poderiam caber ao Estado. É nesse contexto que são celebrados acordos de cooperação entre a Segurança Social e estas entidades. Compreendem, nomeadamente, fins de apoio a crianças e jovens, apoio à família, integração social e comunitária e protecção na velhice e na invalidez. O regime jurídico destas instituições encontra-se presente no DL n.º 119/83 (Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social), que, no seu artigo 77.º, se refere às fundações de solidariedade social, as fundações devem ser constituídas com o propósito definido no artigo 1.º e com os fins principais enquadráveis no elenco do artigo 1.º-A.º. LICÍNIO LOPES aprofundou esta temática na sua dissertação de mestrado. Sobre o conceito de IPSS, inserção destas instituições no terceiro sector e desenvolvimento do regime jurídico (antes das alterações provocadas a partir de 2014), cf. LOPES, 2009: 89-153, 209-234.

<sup>102</sup> O Código Administrativo Português de 1940, no art. 416.º, define pessoas colectivas de utilidade pública administrativa: “Consideram-se pessoas colectivas de utilidade pública administrativa as associações beneficentes ou humanitárias e os institutos de assistência ou educação, tais como hospitais, hospícios, asilos, casas pias, creches, lactários, albergues, dispensários, sanatórios, bibliotecas e estabelecimentos análogos, fundados por particulares, desde que umas e outros aproveitem em especial aos habitantes de determinada circunscrição e não sejam administrados pelo Estado ou por um corpo administrativo.”. No entanto, não é unânime na doutrina que o preceito esteja em vigor. DOMINGOS SOARES FARINHO (2014: 218) diz-nos que “... é duvidoso que, no que toca às fundações, este regime jurídico esteja ainda em vigor ou, num cenário mais

colectivas de *mera utilidade pública*. Neste caso, os fins de interesse geral prosseguidos são aqueles que não são específicos de nenhuma das demais categorias. O seu regime consta do DL n.º 460/77. FREITAS DO AMARAL (2006: 738-739) entende que a intervenção da Administração é mínima nas pessoas colectivas de mera utilidade pública, porque os fins de interesse geral que estas prosseguem não interferem com as funções da Administração; é intermédia nas IPSS, porque os fins coincidem com os da Administração e esta favorece e fiscaliza as suas actividades; e é máxima nas pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, porque estas entidades privadas vêm suprir uma omissão ou lacuna dos poderes públicos.

## 2. Regime fiscal das fundações (remissão)

A propósito do regime fiscal das fundações, importa referir que existe um regime fiscal geral a ser aplicado a todas as fundações e um outro, mais vantajoso, do qual gozam apenas as fundações que detém o estatuto de utilidade pública. O nosso propósito é, com o auxílio legal, perceber as principais distinções que existem neste campo. Para o efeito, excluiremos o IVA da nossa análise<sup>103</sup>. Analisaremos as regras relativas ao mecenato e que são aplicadas

---

brando, tenha aplicabilidade prática possível.”. Mais adiante, a propósito da fundação privada de solidariedade social, o mesmo autor (FARINHO, 2014: 866-867) afirma que este tipo de fundação sucedeu à fundação privada de utilidade pública administrativa, atendendo ao critério finalístico: “No caso da Fundação Privada de Utilidade Pública Administrativa esses fins eram de assistência e de educação (...); o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, continuou esta tradição, com poucas inovações, (...). Assim, pode dizer-se que o legislador do EIPSS manteve a distinção entre fins de assistência e de educação, previsto no Código Administrativo, tendo, contudo, alterado a sua formulação, ...”. E conclui (FARINHO, 2014: 867): “Não se vê, no caso fundacional, como pode sobrar, o amplo catálogo de fins de solidariedade, enquanto assistência e educação, algum fim que, estando previsto na segunda parte do art. 416.º do CA, não o esteja no n.º 1 do art. 1.º do EIPSS. Como consequência, por força do n.º 1 do art. 94.º EIPSS, no caso fundacional, todas as fundações privadas de utilidade pública administrativa devem ser consideradas fundações privadas de solidariedade social.”. Também JORGE MIRANDA (1986: 63) entende que “... as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa (...) desapareceram com a Constituição de 1976 e legislação subsequente (...), se bem que, por lapso, ainda venham mencionadas (...). Presentemente, não há senão as «instituições particulares de solidariedade social»...”. FREITAS DO AMARAL (2006: 720-723), inversamente, entende que o preceito vigora: “... [a tese de Jorge Miranda] não nos parece conforme ao direito positivo. (...) Quer dizer: a introdução no nosso direito da categoria das instituições particulares de solidariedade social arrancou muitas espécies à categoria das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, mas não esvaziou esta de conteúdo útil. Nomeadamente, continuam a dever ser qualificadas como pessoas colectivas de utilidade pública administrativa todas aquelas que já o eram à face do art. 416.º CA e não passaram a instituições particulares de solidariedade social, nos termos do DL n.º 119/83, ...”. Exemplifica com as *associações* (e não fundações) de bombeiros voluntários.

<sup>103</sup> Não existe uma diferença no regime do IVA em função da declaração de utilidade pública. O regime de isenção existente é uma isenção incompleta, simples, ou parcial. Esta opção leva a distorções no comércio jurídico e funciona como excepção à regra da neutralidade do imposto. Para maiores desenvolvimentos, cf.

em função da prévia declaração de utilidade pública da fundação. Esta análise será, contudo, desenvolvida na Parte V da presente dissertação, após atentarmos nas relações entre fundações e empresas no ordenamento jurídico comparado.

#### IV. Relações entre fundações e empresas no ordenamento jurídico comparado

Após a análise dos elementos fundamentais que permitem a constituição de uma fundação e o respectivo regime, é tempo de nos dedicarmos às relações ente *fundações e empresas*, o que, naturalmente compreende as *fundações de empresa* (último objecto do nosso estudo) e que se refere às fundações criadas por empresas<sup>104</sup>. Importa, no entanto, esclarecer que nos ordenamentos jurídicos comparados que serão abordados nem sempre estarão presentes características que nos permitem identificar estes entes como sendo fundações e tendo sido criadas por empresas. Dito de outro modo, há ordenamentos jurídicos em que temos as maiores dúvidas – atentas as características que tais entes apresentam – em proceder a uma qualificação fundacional (porque, por exemplo, tais entes não apresentam um objecto *caritativo*). Tal pode ocorrer ainda que esses entes sejam considerados em tal ordenamento jurídico como fundações, integrantes do terceiro sector. É este o caso do Liechtenstein.

De outra forma, temos um ordenamento jurídico (França) onde resulta clara a classificação de *fundações de empresa*, existindo legislação específica para designar esta realidade, por oposição às fundações ditas “tradicionais”.

Por fim, atentaremos no caso italiano em que, fruto da reestruturação do sector bancário, não será totalmente líquido falarmos em *fundação de empresa* (talvez fosse mais correcto falarmos em *fundação-empresa*, embora os condicionalismos históricos não permitam de igual forma formular uma tal classificação com rigor). De todo o modo, o ordenamento jurídico italiano oferece algumas propostas de resposta/solução a grande parte da problemática de que cuidamos (*v.g.*, as relações entre empresas e fundações).

O título deste capítulo deve ser encarado, portanto, não simples e rigorosamente como uma explicitação do regime legal das *fundações de empresa* em certos Estados, mas como mote à reflexão que se impõe acerca das relações entre fundações e empresas.

---

<sup>104</sup> Remetemos para o dissemos *supra* na nota 67, página 37, acerca da distinção entre *fundação de empresa* e *fundação-empresa*. Ainda assim, poderemos referir-nos a *fundações criadas por empresas*, caso estejamos perante um ente fundacional que tenha sido criado por uma empresa.

## 1. Liechtenstein

Este principado tem mais fundações instituídas no seu território do que habitantes<sup>105</sup>.<sup>106</sup> Tal está relacionado com a legislação marcadamente liberal em causa. De facto, de acordo com o art. 552 § 2 PGR, são diversos os tipos de fundações que é possível constituir (públicas, religiosas, de família, de empresa, do bem-estar dos trabalhadores, etc.), seja por empresas, seja por cidadãos naturais do Liechtenstein ou estrangeiros (WANGER, 2011, 32 ss.). Esta regulamentação influenciou a legislação de outros Estados, como a Áustria ou o Panamá (WANGER, 2011: 10). Em 2008, procedeu-se a uma revisão do regime fundacional, com vista a abandonar certos aspectos mais facilitadores do seu regime<sup>107</sup>. Na presente análise iremos abordar o regime fundacional geral, com as Fundações (“*Stiftungen*”) e ainda os *Trusts* (“*Treuhänderschaften*”) e os *Anstalten*<sup>108</sup>. Devemos, todavia, salientar que nos referirmos a esta tríade, uma vez que a legislação liechtensteinense a trata desta forma, não significando isto que as três estruturas sejam consideradas *fundações de empresa*. Com efeito, trata-se de estruturas que podem ou não ser instituídas por empresas e, por esse motivo, relevam para o nosso estudo.

Uma última nota para dar conta que optámos por nos referirmos ao regime fiscal das três estruturas, na parte que é comum a todas<sup>109</sup>, após densificarmos os requisitos de

---

<sup>105</sup> De facto, os últimos dados apontam para uma população que ronda os 36.000 a 37.000 habitantes (OSPELT, 2014: 3) e para a existência de cerca de 40.000 fundações (WANGER, 2011: 10). SCHURR (2011: 162) aponta números idênticos e acrescenta que apenas 800 são fundações cujo fim é público, estando registadas cerca de 1.500. É importante esclarecer que, como veremos *infra*, nem todas as fundações têm a obrigação de se registarem. Para maiores desenvolvimentos, cf. WANGER, 2011: 23 ss..

<sup>106</sup> A lei distingue as situações em que as fundações são independentes, com personalidade jurídica própria, daquelas que são dependentes. Neste caso, correspondem a fundos sem personalidade jurídica própria, em que os activos são transferidos para pessoas físicas ou colectivas, que os administrarão. A estes *trusts dependentes* e *fundações fiduciárias* (“*fiduciary establishment*” na tradução de WANGER, 2011: 48) não se aplica todo o regime fundacional, embora tenha relevância, *v.g.*, a legislação que diga respeito às doações e sucessão, bem como aquelas que apresentem como pressuposto uma relação de *trust* presumida (art. 898 PGR) ou não. A maior parte das fundações do Liechtenstein são *fundações fiduciárias* (WANGER, 2011: 48).

<sup>107</sup> A revisão entrou em vigor no dia 1 de Abril de 2009 e, de acordo com ZWIEFELHOFER (2009: 373-374), surgiu em parte como resposta às críticas internacionais, relacionadas com o anterior regime. Com efeito, as referências cruzadas e as remissões na lei tornavam o regime anterior pouco esclarecedor. A jurisprudência, por seu turno, tal e qual como se o Liechtenstein fosse um Estado de *Common Law*, ia densificando várias regras.

<sup>108</sup> Esta tríade é fundamental para a própria organização deste Estado. No dizer de OSPELT (2014: 3), “The new formed Foundations, Establishments [*Anstalten*] and Trusts combined with their low taxation were a great success”.

<sup>109</sup> Concretizando: a tributação destas três entidades dependerá da sua classificação como *Estruturas de Activos Privados* (“*Privatvermögensstrukturen*”, adiante PVS). Se obtiverem esta classificação terão um regime fiscal mais favorável. Em abstracto, fundações, *Treuhänderschaften* e *Anstalten* podem ser considerados PVS, como

constituição e o modo de funcionamento de cada uma destas entidades.

## 1.1. Fundações (“*Stiftungen*”)

### 1.1.1. Definição e regime de constituição e dissolução

Começamos pela análise da fundação, a forma legal mais popular no Liechtenstein (OSPELT, 2014: 5). Atentemos no art. 552, §1, 1., 1) PGR, já traduzido para inglês:

*A foundation for the purpose of this section is a legally and economically independent special purpose fund, which is created as a legal entity by the unilateral will of the founder. The founder dedicates certain foundation purpose, as well as beneficiaries.*

(retirado/traduzido por WANGER, 2011: 298)

Numa primeira análise, anotamos que esta definição legal apresenta algumas originalidades face às características que analisámos *supra*. Na verdade, podemos referir que o património parece assumir preponderância, pelo aspecto marcadamente económico da noção<sup>110</sup>. Por outro lado, a densificação de fim<sup>111-112</sup>, por um lado e a densificação de

---

veremos *infra*, a partir da página 62.

<sup>110</sup> Para constituir uma fundação neste Estado bastam 30.000 CHF, EUR ou USD (art. 552 § 13 PGR).

<sup>111</sup> Caracterizando cada um dos fins, recorremos a SCHURR (2011: 161-162). De acordo com o Autor, o fim pode ser de benefício público (caritativo) ou privado. Os primeiros deverão realizar-se no interesse geral (v.g., se actividade prossegue fins caritativos, religiosos, humanísticos, científicos, culturais, morais, desportivos ou ambientais), ainda que apenas uma categoria específica de pessoas beneficie da actividade da fundação. Quanto às fundações que prosseguem fins privados, estão em causa, sobretudo, as fundações de família e as fundações titulares de empresas. Podem existir fundações com fim misto, desde que um deles – caritativo ou privado – seja predominante em relação ao outro. Ainda sobre o fim, diz-nos WANGER (2011: 19-20) que se pode instituir uma fundação com um fim arbitrário, específico, racional e possível, desde que não seja ilegal, imoral ou politicamente perigoso. Pode-se alterar o fim, desde que as limitações referidas continuem a ser respeitadas. Por fim, citamos WANGER (2011: 19), que refere que «Efforts are being made in Europe for a unified Foundation law to be created, whereas such foundations must always serve a “public purpose”. Liechtenstein is far from this,». Sobre as finalidades de bem comum, veja-se o art. 107 § 4 a), inserido na parte geral das pessoas jurídicas do PGR.

<sup>112</sup> A propósito das *fundações de família*, será importante realçar que este instituto é apresentado como uma forma de evitar conflitos familiares na gestão do património. As finalidades mais imediatas terão que ver com a educação e o sustento dos familiares (que serão beneficiários). Actualmente, no Liechtenstein, fala-se de uma *family governance* (à semelhança da *corporate governance*) como uma forma de lidar analiticamente com as responsabilidades que advêm da gestão sustentável do património familiar (SEILERN-ASPANG, 2012: 574-575).

beneficiários<sup>113-114</sup>, por outro, apresentam contornos menos delimitados do que aqueles que estudámos<sup>115</sup>.

Sobre o fim, importa salientar que a lei distingue as situações de fim caritativo<sup>116</sup>, daquelas em que o fim é de benefício particular<sup>117-118</sup>.

Quanto à composição orgânica da Fundação, destaca-se o Conselho da Fundação, o único órgão obrigatório (SCHURR, 2011: 165). É o órgão executivo da fundação que deve ser composto, pelo menos, por dois membros. Normalmente têm um mandato por 3 anos, podendo ser reconduzidos. Se a fundação for de fim caritativo, o mandato é, não raras vezes, exercido de forma gratuita. Neste caso, a responsabilidade por actos praticados por negligência poderá ser afastada. Ainda assim, a diligência na gestão e a representação

---

<sup>113</sup> Veja-se a título exemplificativo a possibilidade de o fundador poder ser beneficiário da fundação que instituiu (WANGER, 2011: 51-52). De um modo geral, os beneficiários podem ser pessoas singulares ou colectivas, sujeitas ou não a certos pré-requisitos, durante um período de tempo limitado ou ilimitado, com ou sem restrições. Identificam-se, assim, 4 tipos de beneficiários (OSPELT, 2014: 8): aqueles que têm direito a um benefício financeiro por parte da fundação (art. 552 § 6, 1 PGR); aqueles que terão um benefício eventual, em função da ocorrência de uma condição ou num determinado momento definido (art. 552 § 6, 2 PGR); aqueles que, após uma decisão favorável do órgão competente, têm direito a certos benefícios (art. 552 § 7, 1 PGR); e, por fim, aqueles que receberão o património resultante da liquidação da fundação (art. 552 § 8 PGR). Um outro aspecto importante prende-se com a *transparência* que é devida aos beneficiários, respeitando a *confidencialidade* que o fundador queira imprimir. SCHURR (2011: 168 ss.) refere que a opção do legislador prende-se com o facto de ser o fundador que define os titulares dos órgãos. Desta forma, deve a lei permitir um escrutínio do seu papel por parte dos beneficiários, sob pena de estes últimos ficarem sem informação sobre a fundação. Parece-nos que esta opção do legislador se compreende atendendo à opção fundacional que foi impressa no Liechtenstein, com a aproximação entre a fundação e a sociedade comercial. Na verdade, a justificação de escrutínio a que a fundação está sujeita acaba por ter como corolário a mesma justificação de fiscalização das sociedades comerciais. Diga-se, de resto, que este escrutínio por parte dos beneficiários faz sentido se pensarmos na concepção de fundação com interesses privados. A este propósito, deixar a nota que pode existir uma *transparência externa*, pela nomeação de um auditor pelo Tribunal no caso das fundações com fins caritativos (SCHURR, 2011: 170).

<sup>114</sup> Nos termos do art. 552 §§ 10 e 30, é possível ao fundador alterar os beneficiários, desde que não seja uma pessoa colectiva e o haja previsto no acto de constituição. Neste contexto, ZWIEFELHOFER (2009: 379) afirma que é possível ao fundador tornar-se o único beneficiário da fundação.

<sup>115</sup> No final da noção, o legislador refere que o fundador define os fins e os beneficiários. Podemos referir que este aspecto se encontra em consonância com o facto de as fundações de família serem permitidas no Liechtenstein (WANGER, 2011: 20).

<sup>116</sup> Tal resulta do art. 552 § 2, 3 PGR. WANGER (2011: 33) exemplifica com as fundações que se destinam a cuidar dos pobres e dos doentes, à promoção da cultura, da ciência e da educação. Importa esclarecer que as fundações com benefício total ou predominantemente público estarão sujeitas à supervisão de uma autoridade governamental (ZWIEFELHOFER, 2009: 374). Para melhor esclarecimento das situações em que as fundações do Liechtenstein estão sujeitas à supervisão desta autoridade, cf. ZWIEFELHOFER, 2009: 375- Sobre os fins, cf. nota 111 *supra*.

<sup>117</sup> Escorre o art. 552 § 2, 3) PGR que uma fundação com um benefício particular será aquela que, de acordo com os estatutos, seja total ou predominantemente vocacionada para defender interesses privados ou egoísticos. Acrescenta-se, ainda, que na dúvida a fundação será considerada como tendo fins caritativos. Cf. nota 111 *supra*.

<sup>118</sup> Convém esclarecer que, pela reforma de 2008, a lei passou a distinguir apenas as finalidades de benefício público ou caritativo daquelas em que o benefício é privado. Anteriormente a lei previa uma lista de finalidades mais exaustiva (ZWIEFELHOFER, 2009: 374).



deverão guiar a acção dos membros deste órgão.

Ao contrário do que acontece em Portugal, no Liechtenstein não é obrigatória a constituição de um Conselho Fiscal. Todavia, segundo SCHURR (2011: 166), normalmente são nomeados auditores por parte do fundador, que são independentes da fundação e verificam as suas contas pelo menos uma vez por ano<sup>119</sup>.

Pode ainda existir um outro órgão executivo que não tenha funções de representação. A necessidade deste órgão pode justificar-se para se apurar as diferentes categorias de beneficiários dentro dos vários tipos existentes.

Quanto ao registo, apontamos que o mesmo dependerá do tipo de fundação em causa. As fundações cujo fim é caritativo e as de benefício privado que actuam no mercado, de acordo com as regras comerciais, apenas adquirem personalidade jurídica após o registo público. Para as demais, o registo não é necessário<sup>120</sup>. A aquisição de personalidade jurídica está, neste caso, dependente unicamente da observância dos requisitos essenciais para a formação de uma pessoa colectiva: vontade do fundador, determinação do património e estipulação do fim da fundação. A única obrigação para com o registo público consiste em notificar, no prazo de 30 dias, a instituição da fundação junto dos serviços registrais e a indicação de critérios objectivos de eleição dos beneficiários, se tal não resultar da própria notificação<sup>121</sup> (art. 552.º § 19 PGR).

Por fim, indicamos sumariamente que existem 3 formas previstas de dissolução da fundação: (i) com o início de procedimentos de insolvência; (ii) através de resolução do Conselho da Fundação; (iii) e, por último, por decisão do tribunal do principado<sup>122</sup>.

### **1.1.2. Regime Fiscal**

De acordo com o art. 44 §1, a) SteG, as fundações estão sujeitas ao pagamento de

---

<sup>119</sup> Nos casos em que é nomeado este órgão (nos termos do art. 552 § 11 PGR), os beneficiários vêem os seus direitos de fiscalização reduzidos (ZWIEFELHOFER: 2009, 379).

<sup>120</sup> O mesmo é dizer que as fundações com benefício particular não precisam de ser registadas, se não prosseguirem actividades económicas. ZWIEFELHOFER (2009: 376) diz-nos que o mesmo acontece com o *trust* do *Common Law* e com as fundações na Suíça.

<sup>121</sup> ZWIEFELHOFER (2009: 376-377) refere que, ao contrário do que anteriormente fora previsto (um registo por depósito), hoje apenas é necessária a realização de uma notificação com indicação dos dados essenciais que permitirão perceber, *v.g.*, se o objecto da fundação é imoral ou ilegal, se a fundação está sujeita à obrigação de ser registada, ou se a supervisão é obrigatória. Os nomes dos beneficiários podem permanecer confidenciais.

<sup>122</sup> Cf. WANGER (2011: 179 ss.) para maiores desenvolvimentos.

imposto sobre o rendimento. O critério tido em conta para determinar a obrigação de pagamento do imposto tem que ver com o tradicional critério do domicílio/sede e ainda com o critério da direcção efectiva<sup>123</sup> (WANGER, 2011: 229-230). Com este critério, deve ter-se em conta se as infra-estruturas determinantes para a dimensão do negócio se encontram a operar no local da sede. Apenas nos casos em que nem a gestão, nem as instalações de negócio se encontrem no local da sede (resultando esta num critério meramente formal) é que o critério da direcção efectiva assume uma maior importância. Neste caso, o contribuinte (no caso, a fundação) deverá demonstrar que existem, v.g., instalações no local da sede, funcionários, aparelhos de comunicação. Caso pela aplicação do critério da direcção efectiva se chegue à conclusão que a fundação opera a partir do Liechtenstein, embora não situe aí a sua sede, então a mesma ficará sujeita ao pagamento total de imposto no principado<sup>124-125</sup>. É esta a primeira situação que obriga ao pagamento de imposto por parte da fundação. No entanto, o valor a entregar ao Estado dependerá da qualificação da fundação como *Estrutura de Activos Privados (PVS)*<sup>126</sup> ou não. Analisaremos *infra*, a partir da página 62, a tributação das PVS, uma vez que, sendo comum a qualquer uma destas três estruturas (fundações, *trusts* *entreprises* e *Anstalten*), permite-lhes ter um regime fiscal mais favorável.

---

<sup>123</sup> Também em Portugal, no art. 2.º CIRC, estão presentes os dois critérios. Segundo SALDANHA SANCHES (2007: 352), a legislação demonstra esta preocupação para “não deixar zonas por tributar”. Citando BAPTISTA MACHADO, o mesmo autor (SANCHES, 2007: 353) define direcção efectiva como «... uma qualquer estrutura organizativa que, “*real e independentemente daquilo que foi estatutariamente prescrito, constitui o centro de onde irradia a sua actividade*”». Ou seja, trata-se de um critério material (e não só formal, como a sede), onde se atende fundamentalmente ao “centro de actividade” da entidade em causa. Este critério é adoptado, como nos explica CASALTA NABAIS (2015: 219), em conexão com o princípio da territorialidade, fruto da “progressiva internacionalização da economia, a crescente desmaterialização dos pressupostos de facto dos impostos e a tendência para a personalização da tributação” e surge como resposta à “adopção de sedes fictícias, muitas vezes adoptadas apenas para atingir certos fins tributários, como acontece frequentemente com os chamados «domicílios postais» e as denominadas «sociedades de domicílio», numerosas em países considerados «paraísos fiscais»” (MARTINEZ, 1997: 258). Para maiores desenvolvimentos sobre estes critérios e as suas implicações internacionais (como, por exemplo, as relacionadas com a dupla tributação internacional), cf. XAVIER, 2009: 280 ss..

<sup>124</sup> WANGER (2011: 230) comenta, assim, que se chegou ao fim de uma era (a da criação de *trusts* por empresas), com a aprovação da legislação fiscal de 2011.

<sup>125</sup> Pode também dar-se o caso de nem a sede, nem a direcção efectiva da fundação se situarem no Liechtenstein, embora a fundação tenha obtido rendimentos neste território (v.g., a partir de actividades agrícolas e florestais, de rendas ou através da actividade dos *Anstalten*). Neste caso, estará sujeita ao pagamento de imposto por esse rendimento obtido no Liechtenstein, através dos *Anstalten* aí em actividade (WANGER, 2011: 230-231). A este propósito, BÜCHEL (2014: 550) esclarece-nos que no caso de entidades não residentes, o imposto a entregar ao Estado no Liechtenstein dependerá da existência de *Anstalten*. Eles deverão ser criados se houver necessidade de aí emitir facturas.

<sup>126</sup> *Privatvermögensstrukturen (PVS)* no original. Este regime aparece densificado no artigo 64.º SteG e as fundações que se encontram a ele sujeitos têm uma tributação mais favorável.

## 1.2. *Trusts* (“*Treuhänderschaften*”)<sup>127</sup>

### 1.2.1. Definição e regime de constituição e dissolução

O Liechtenstein prevê também na sua legislação, desde 1928, a criação de *trusts* (“*Treuhänderschaften*”). O art. 897 PGR refere-se a este instituto, esclarecendo que o mesmo tem por referência situações em que uma pessoa individual ou colectiva (*settlor*) transfere bens móveis ou imóveis ou direitos para outra (*trustee*), ficando este último com a obrigação de administrar ou de usar tais bens ou direitos no seu próprio nome, como proprietário ou titular desses direitos, em benefício de uma ou mais pessoas terceiras (beneficiários) e com efeitos em relação a outras.

Nos termos da legislação em vigor, será necessário proceder a um acordo escrito entre as partes, do qual resulte a expressa aceitação do *trustee*<sup>128</sup> (art. 899 PGR). O pedido de inscrição no registo deverá conter a identificação do *trust*, a sua data de constituição e duração e ainda o nome/denominação e a residência/sede do *trustee*, que deverá ser no principado (art. 900 PGR). Nem sempre haverá necessidade de proceder ao registo. Com efeito, se o *trust* tiver uma duração inferior a 12 meses, se os bens que compõem o *trust* estiverem sujeitos a registo<sup>129</sup> ou ainda se os estatutos forem depositados junto das autoridades competentes no prazo de 12 meses, não há lugar a registo obrigatório do *trust* (art. 901-902 PGR).

Nos termos do art. 932 A § 3 PGR, o *trust enterprise* deverá ter um objecto definido, específico, razoável e possível, que não seja injusto, imoral ou perigoso para o Estado. Consideram-se, *v.g.*, objectos possíveis o investimento em activos, a distribuição de lucros e a integração de obrigações pela transferência de acções. Além disso, o objecto deve igualmente ser de interesse geral, de interesse particular ou misto, desde que exista

---

<sup>127</sup> Na presente dissertação não utilizamos a terminologia original alemã, apesar de a identificarmos entre parêntesis, uma vez que não cremos que exista probabilidade de confundibilidade da realidade que cuidamos por nos referirmos à terminologia que adoptamos e que comumente é utilizada também no ordenamento jurídico inglês e que dessa forma tem sido referida em estudos internacionais publicados na língua inglesa. De resto, o *trust* é o sistema fundacional típico dos países anglo-saxónicos. O único Estado da Europa Continental que também o adoptou foi precisamente o Liechtenstein (OSPELT, 2014: 22).

<sup>128</sup> Contudo, pode verificar-se a nomeação do *trustee* pelo *settlor* através de disposição testamentária. O art. 903 PGR estipula que, nesses casos, a autoridade pública deve informar o *trustee* da nomeação e este terá um prazo de 14 dias para decidir se aceita ou não. Na falta de resposta, presume-se a recusa.

<sup>129</sup> Pode ser o caso de se tratarem de bens imóveis, ou de bens de propriedade intelectual sujeitos a registo. Neste caso, no próprio registo do bem dar-se-á conta da constituição do *trust* (art. 901 PGR).

predominância de um ou de outro (OSPELT, 2014: 22). O montante mínimo para a constituição deste *trust* é de 30 000 CHF, EUR ou USD (§ 22).

A dissolução opera-se de acordo com o que esteja previsto nos estatutos e ainda se o *trust* se vir privado dos seus bens sem que haja uma substituição dos mesmos.

### **1.3. *Anstalten***<sup>130</sup>

#### **1.3.1. Definição**

Resta-nos abordar os *Anstalten*<sup>131</sup>. Trata-se de uma forma legal inovadora no Liechtenstein e desconhecida noutros ordenamentos jurídicos<sup>132</sup> (OSPELT, 2014: 10).

De acordo com o art. 534 PGR<sup>133</sup>, um *Anstalt*, é uma entidade registada, com personalidade jurídica, que prossegue objectivos comerciais ou outros, de forma permanente e, para tanto, possui meios materiais e humanos, mobilizando essencialmente fundos de natureza privada.

Tipicamente, os *Anstalten* podem assumir três formas diferentes, de acordo com as características predominantes que revelarão. Podem, pois, ser mais influenciados pela sociedade, pela sociedade unipessoal, ou pela fundação. Para descrevermos estas diferentes formas, seguimos de perto OSPELT (2014: 10).

Se estiverem estruturados, assumindo a forma de sociedade, o seu modelo de organização será aquele que terá em vista sobretudo as sociedades anónimas. No entanto, as

---

<sup>130</sup> Apesar de por vezes se efectuar a tradução deste instituto para o inglês como *establishment* (BÜCHEL, 2014: 547), para o francês como *établissement* e para o italiano como *stabilimento* (SELIG, 1999: 378), preferimos referir-nos ao termo original, por uma questão de clareza. Com efeito, entendemos que qualquer uma das versões propostas, ou a portuguesa *estabelecimento* são susceptíveis de gerar confusões e equívocos.

<sup>131</sup> No entanto, antes de desenvolvermos este instituto, convém esclarecer o contexto histórico em se deu o seu surgimento. O Liechtenstein é um microestado que, historicamente, sempre esteve associado ao Império Austro-húngaro. Com o final da 1.ª Guerra Mundial e o desmembramento deste império, o Liechtenstein procurou aliar-se à Suíça, em detrimento da Áustria que territorial, política e economicamente se encontrava numa situação muito difícil. Com o intuito de atrair investimento estrangeiro, o Liechtenstein encontra, assim, uma figura (que já tivera existência noutros moldes na Alemanha e na Áustria) que permita, por um lado, captar investimento e, por outro lado, garantir a condição anónima do investidor, facilitando, portanto, a evasão fiscal. Para maior desenvolvimento do contexto histórico, cf. GLOS, 1984: 929 ss..

<sup>132</sup> Referimo-nos ao *Anstalt* de direito privado. Como dissemos *supra*, a Alemanha (SELIG, 1999: 379) ou a Áustria também se haviam referido a esta figura, mas numa diferente concepção. Trata-se do *Anstalt* de direito público (algo que, de resto, também aparece regulado no direito liechtensteinense (GLOS, 1984: 930).

<sup>133</sup> As disposições aplicáveis a esta figura são as seguintes: art. 106 a 245 PGR (correspondentes à parte geral do código, aplicam-se a todas as pessoas jurídicas), art. 534 a 551 PGR (regulam directamente os *Anstalten*) e ainda, na falta de regulação, as disposições relativas aos *trusts* (GLOS, 1984: 931).

principais matérias não serão reguladas pelo Conselho de Administração, mas antes por um outro órgão (um Conselho de Instituidores) onde têm assento os titulares dos direitos dos instituidores<sup>134</sup>.

Se assumir a segunda forma que identificámos *supra* – a da organização segundo a sociedade unipessoal –, o Conselho dos Instituidores será constituído por um único membro. Ele elaborará os estatutos e, na maior parte das situações, também ele será o beneficiário do *Anstalt* que instituiu. Poderá existir um Conselho de Administração que, todavia, estará sempre sujeito à sua vontade.

Por fim, pode dar-se o caso de o *Anstalt* estar estruturado como uma fundação (sem direitos do fundador). Neste caso, o fundador não será titular dos direitos dos instituidores, uma vez que estes direitos são atribuídos ao Conselho de Administração, o qual deverá administrar o *Anstalt* de acordo com a vontade do instituidor, plasmada nos estatutos.

### 1.3.2. Características

Esclarecida a realidade que estamos a tratar neste momento, convém perceber algumas diferenças ao nível dos elementos essenciais do *Anstalt*, para, com OSPELT (2014: 10), concluirmos que o mesmo se situa entre a fundação e a empresa<sup>135</sup>.

#### i. Objecto

Nos termos do art. 535 PGR, o instituidor de um *Anstalt* poderá ser uma pessoa singular ou colectiva (como uma empresa ou uma pessoa colectiva de direito público). Não é necessário ser nacional ou residente do Liechtenstein, podendo o instituidor manter o seu anonimato.

O objecto deve ser definitivo, no entanto, pode não ser especialmente detalhado. Ainda de acordo com GLOS (1984: 935), para que se verifiquem mudanças nos estatutos deverá existir uma publicação e um registo dos mesmos.

---

<sup>134</sup> Existem situações em que o titular do direito do instituidor não é o instituidor do *Anstalt*, mas o seu *trustee*.

<sup>135</sup> OSPELT (2014: 10) diz-nos, por exemplo, que o património do *Anstalt* pode ser dividido em acções (característica típica das sociedades anónimas). Por outro lado, pode também ter beneficiários (elemento típico das fundações).

## ii. Património

O valor mínimo para constituir um *Anstalt* dependerá da opção pela divisão do património em participações sociais<sup>136</sup>. Se for este o caso, então o capital mínimo será de 50.000,00 CHF, EUR ou USD. Caso não exista divisão em participações sociais, o capital mínimo será de 30.000,00 CHF, EUR ou USD. O património poderá ser satisfeito total ou parcialmente através de entregas em espécie<sup>137</sup> e poderá ser aumentado ou diminuído a todo o tempo, desde que respeite os montantes mínimos. Normalmente, fica bloqueado numa conta de um Banco do Liechtenstein, da Suíça, ou do EEE.

O *Anstalt* responde pelas suas dívidas com este património<sup>138</sup>.

## iii. Estatutos

Deve existir menção obrigatória escrita (art. 536 PGR), *v.g.*, dela constando a denominação, a sede e a natureza da entidade (a palavra “*Anstalt*” deve constar obrigatoriamente da denominação), a finalidade e o objecto, os seus fundos, e ainda a organização interna (art. 543 e 544 PGR), a qual deve compreender os seguintes órgãos: o Conselho de Instituidores<sup>139</sup>, o Conselho de Administração<sup>140</sup>, o Conselho

---

<sup>136</sup> GLOS (1984: 936) refere que as participações sociais são admissíveis, considerando-se, nesse caso, que os seus titulares são membros beneficiários do *Anstalt*, com direito a lucros.

<sup>137</sup> A respectiva avaliação deverá ocorrer antes da entrega (OSPELT, 2014: 11).

<sup>138</sup> Uma nota para referir que são admissíveis *Anstalt de família* e, neste caso, é a família do instituidor que é a beneficiária. Falando dos *Anstalten* constituído sob a forma de fundações, nem o património da fundação, nem a distribuição do rendimento aos beneficiários, responderão perante os credores do instituidor (GLOS, 1984: 936). Ainda de acordo com os art. 552 § 2, 4 e §36, 1 PGR, o activo das fundações está protegido contra medidas de execução, se se tratar de uma *fundação de família* em sentido estrito; ou, no caso das *fundações de família* de carácter *misto*, se os interesses da fundação o impuserem (ZWIEFELHOFER, 2009: 375). Julgamos que, a este propósito, as preocupações de NOGUEIRA SERENS se materializam. Entende o autor (SERENS, 2014: 319) que pode existir um abuso da forma fundacional, em prejuízo dos credores, ao fomentar-se a “fuga” de património próprio para outra entidade. Este património, passa, pois, a integrar a esfera jurídica de outrem e, consequentemente, deixará de responder, pelo menos enquanto “garantia geral das obrigações”, pelas dívidas do seu anterior titular.

<sup>139</sup> Como se referiu *supra*, na página 60, este órgão é o principal órgão do *Anstalt*, não existindo no caso em que o *Anstalt* se encontra estruturado como fundação. O critério de decisão é a unanimidade, a menos que os estatutos disponham de modo diverso. Não existe limite de membros, podendo os respectivos direitos ser transferidos (inclusive por via sucessória), desde que não sejam onerados, nem empenhados (OSPELT, 2014: 11).

<sup>140</sup> Este órgão é extremamente importante e apresenta como principais competências a condução dos negócios e a representação do *Anstalt*. Pelo menos um membro do Conselho de Administração deverá ser um *trustee* profissional, autorizado pelo Liechtenstein, com domicílio neste principado ou num Estado do EEE. Os restantes membros podem ser pessoas físicas ou colectivas. Os membros são escolhidos pelo Instituidor, podendo ser reconduzidos nos cargos. O Presidente do Conselho de Administração nomeado pelo instituidor é, não raras vezes, uma sociedade ou uma sociedade de advogados (GLOS, 1984: 938-939).

Fiscal<sup>141</sup> e o Representante<sup>142</sup>. Ainda assim, esta estrutura é, por vezes, designada como “one man entity”, uma vez que o instituidor pode fazer parte da maioria dos órgãos<sup>143</sup> (GLOS, 1984: 937).

#### **iv. Beneficiários**

Os beneficiários podem ser pessoas individuais ou colectivas, determinadas ou determináveis<sup>144</sup>, e os benefícios que terão poderão ser condicionados a certos pré-requisitos, ou incondicionados, limitados ou ilimitados no tempo, com ou sem restrições, revogáveis ou irrevogáveis, a serem produzidos a qualquer tempo, ou apenas quando o *Anstalt* se extinga. Estas regras deverão resultar claras dos estatutos.

#### **v. Aquisição da Personalidade Jurídica**

O *Anstalt* pode ser formado por uma pessoa singular ou colectiva. Geralmente, existirá um *trustee* do Liechtenstein que assegurará o anonimato do instituidor. Será após o registo que o *Anstalt* adquirirá personalidade jurídica. Se este for promovido pelo *trustee*, os direitos do instituidor apenas poderão ser exercidos por ele.

### **1.3.3. Regime fiscal**

Quanto ao regime fiscal, diz-nos OSPÉLT (2014: 9) que temos de distinguir se o *Anstalt* tem a qualidade de PVS. Neste caso, como explicaremos de seguida, a sua tributação anual será de apenas 1.200,00 CHF por ano.

Inversamente, se não tiver esta qualidade, será aplicada uma taxa fixa de 12,5% aos

---

<sup>141</sup> Obrigatório para o caso de o *Anstalt* prosseguir – ou o seu objecto lhe permitir prosseguir – actividades lucrativas.

<sup>142</sup> Terá de existir se o *Anstalt* não for comercialmente activo no Liechtenstein e se não tiver domicílio no principado. O representante deverá estar domiciliado no Liechtenstein e ser nacional do principado ou de um Estado do EEE. É possível apontar como representante uma empresa que, por sua vez, terá de nomear uma pessoa singular como representante. O representante receberá as declarações e as comunicações dos tribunais e das autoridades. O seu nome deve constar do registo.

<sup>143</sup> Além disso, GLOS (1984: 938), no artigo que escreveu e que nesta parte continua em vigor (já que a redacção do art. 543 PGR data de 1980), refere que o instituidor pode modificar os estatutos quando entender e determinar os beneficiários. Pode também exercer os poderes por ele próprio ou passar uma procuração. No entanto, tais alterações deverão sempre ser publicadas e registadas.

<sup>144</sup> Sendo instituído um *Anstalt* estruturado como uma fundação, os estatutos deverão determinar os beneficiários.

rendimentos, havendo um mínimo anual de imposto a pagar de 1.200,00 CHF.

Parte das taxas de juro, anualmente determinada pelo Governo, é dedutível, uma vez que é considerada como despesas próprias da actividade. Já as mais-valias provenientes da venda ou liquidação de participações sociais nacionais ou estrangeiras estão isentas de tributação. A taxa a ser aplicada aos rendimentos provenientes de actividades relacionadas com a propriedade intelectual que tenha sido adquirida ou criada após 1 de Janeiro de 2011 é 2,5%. As distribuições a serem efectuadas a beneficiários estrangeiros não estão sujeitas a tributação no Liechtenstein.

#### **1.4. A tributação ao abrigo do art. 64 SteG (“*Privatvermögensstrukturen*” – PVS)**

Tempo agora para esclarecermos o que significa uma *Estrutura de Activos Privados* (*Privatvermögensstrukturen*, adiante PVS). Qualquer um dos institutos (fundações, *trusts* e *Anstalten*) que analisámos *supra* pode deter esta qualidade, se observados certos requisitos. Atentemos no corpo do art. 64 SteG, para melhor podermos reflectir acerca deste regime:

##### ***Requirements and Taxation***

1) *The following legal entities are deemed to be Private Investment Structures:*

- a) *Those which exercise no commercial activities in the pursuit of their purposes, in particular if they exclusively acquire, own, administer and sell financial instruments under Art. 4 para. 1 part g of the Asset Management Act as well as equity interests in legal entities, liquid funds and bank account balances;*
- b) *Whose shares or units are not publicly listed, not traded on a stock market and which are reserved to be held by the investors referenced in para. 3, or which benefit no person other than investors referenced in para. 3;*
- c) *Those which neither solicit shareholders or investors nor receive remuneration or reimbursement of expenses from them or from third parties for their activity in accordance with a); and*
- d) *Whose foundation deed (statutes) state that they shall be bound by the restrictions on Private Investment Structures.*



- 2) *A Private Investment Structure may only hold equity interests within the meaning of paragraph 1 a) subject to the condition that it, or its shareholders or beneficiaries, exercise no actual control, by direct or indirect influence, over the management of such companies.*
- 3) *An investor within the meaning of this Article is:*
  - a) *A natural person acting in the context of the management of his private assets;*
  - b) *An asset structure acting solely in the interest of the private assets of one or more natural persons; or*
  - c) *An intermediary acting on behalf of investors as per a) or b) above.*
- 4) *The taxpayer shall notify the tax administration in cases where the requirements of para. 1 to 3 have been met both on their initial satisfaction and thereafter in case of major changes. An auditor may issue this confirmation in the case of Private Investment Structures which are required to have their annual financial statements audited under the provisions of the Persons and Companies Act.*
- 5) *Following the submission of the necessary confirmations under para. 4, the tax administration makes a decision as to Private Investment Structure status. Within 30 days of this decision the taxpayer may file an appeal within the meaning of Art. 117.*
- 6) *The tax administration is responsible for monitoring Private Investment Structure status. In particular, it is authorized and obligated to monitor compliance with the requirements set out in para. 1 to 3. The tax administration may delegate the review of the requirements under para. 1 to 3 to third parties.*
- 7) *The administration will regulate the details, in particular the deadlines and form of submission for the confirmation under para. 4, the means of performing monitoring under para. 6 as well as the imposition of fees, by means of regulation.*

8) *Private Investment Structures are exclusively subject to the minimum income tax under the provisions of Art. 62 para. 1 and 2 and are not subject to assessment.*

(retirado/tradução de WANGER, 2011: 210-211<sup>145</sup>)

Uma PVS é, para BÜCHEL (2014: 548) uma entidade legal que não exerce actividades económicas e que apenas adquire, mantém, administra e vende instrumentos financeiros e participações noutras entidades e realiza balanços. Existem algumas limitações que devem existir nos seus estatutos (por exemplo, não podem existir ofertas públicas sobre as participações sociais de uma PVS).

Tendo em conta que no Liechtenstein não existem impostos sobre capitais (OSPELT, 2014: 9), no geral, podemos afirmar que uma fundação (nos termos indicados *supra*, nas pp.54 ss.) está apenas sujeita ao pagamento de um imposto sobre o rendimento com uma taxa única de 12,5%. Se a entidade (fundação, *trust entreprise* ou *Anstalt*) for considerada uma PVS, cumprindo todos os requisitos necessários, então o imposto anual a ser pago será 1 200,00 CHF. Nos termos do art. *supra* transcrito, apenas as entidades que não conduzam uma actividade comercial na prossecução da sua actividade poderão ser consideradas PVS. É a actividade efectivamente prosseguida e não tanto a definição da finalidade incluída nos estatutos que é decisiva (WANGER, 2011: 212). Importa, no entanto, esclarecer que não é totalmente pacífica a possível inserção das fundações neste regime. OSPELT (2014: 9) refere que o regime poderá aplicar-se a fundações que não tenham carácter comercial e que giram unicamente activos e detenham activos bancários. WANGER (2011: 218-219) pensa que numa interpretação mais literal do artigo não seria possível considerar as fundações como PVS. Com efeito, o argumento literal (art. 64, 3 SteG) parece apontar para esta solução. Assim, de acordo com o art. 64 SteG, na sua alínea a), considera-se PVS uma pessoa singular que actue, gerindo os seus activos pessoais. Ora, a fundação não é uma pessoa singular e o seu património – já o sabemos – é distinto do património do seu fundador e do dos beneficiários. Por outro lado, também na alínea b) do mesmo artigo encontramos dificuldades, relacionadas com a *independência*, característica essencial da fundação. Na

---

<sup>145</sup> Para a versão original e consolidada em alemão, cf. <<https://www.gesetze.li/lilexprod/lgsystpage2.jsp?formname=showlaw&lglid=2010340000&gueltigdate=09072016>> [Última consulta: 09-07-2016]

verdade, a fundação não actua no interesse de activos pessoais dos beneficiários, prossequindo antes finalidades que lhe são próprias. Não tendo aplicação as alíneas a) e b) também a c) não se aplica, uma vez que esta remete para aquelas. Por estes motivos, WANGER (2011: 219) considera que o legislador liechtensteinense não foi claro quanto à possível inserção das fundações no regime das PVS<sup>146</sup>.

Convém, agora, abordar as isenções do imposto. De acordo com o art. 45 SteG, as fundações, os *trusts entreprise* e os *Anstalten* estão isentos de tributação, desde que, cumulativamente:

- a) Se limitem a distribuir dividendos a um certo montante (constante no art. 5), desde que tais montantes não tenham sido recebidos a partir de donativos de terceiros;
- b) Exista previsão estatutária que exclua o pagamento de remunerações;
- c) Tenham como objectivo o benefício comum, excluindo actividades económicas;
- d) Os estatutos prevejam que, no caso de dissolução, os bens da fundação devem destinar-se a fins idênticos.

WANGER (2011: 232) considera que este artigo assume importância, especialmente no que diz respeito ao investimento de empresas no futuro. De acordo com o Autor, os rendimentos devem ser taxados ao investidor, em obediência ao princípio da transparência<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Apesar disso, WANGER (2011: 223) refere adiante que existem fundações que estão sujeitas a este regime, embora em número minoritário.

<sup>147</sup> Entendemos neste contexto a transparência fiscal como a tributação não das próprias entidades e do seu rendimento, mas antes a tributação dos seus membros. Assim, estando cumpridos os requisitos do art. 45 SteG (e, desde logo, a distribuição de dividendos que não sejam recebidos a partir de donativos de terceiros), a tributação não será feita à fundação/*trust entreprise/Anstalt*, mas antes aos beneficiários de tais rendimentos. Evita-se, desta forma, uma *dupla tributação económica* (MORAIS, 2007: 36). No direito português (art. 6.º e 12.º CIRC), a propósito das sociedades comerciais, dizemos que “em vez de serem tributadas as sociedades em IRC, são tributados os sócios em IRS, ou em vez de serem tributados os agrupamentos de empresas são tributadas as sociedades integrantes do agrupamento” (NABAIS, 2015: 248-249). Em suma (e ainda no âmbito do direito português), “Com este regime, o sócio – e só o sócio – vai ser tributado com uma transformação do rendimento da sociedade num rendimento que lhe é imputado. Opta-se pela não consideração das sociedades como sujeitos passivos do imposto no que diz respeito à dívida de imposto, ou seja pela não participação destas na relação obrigacional fiscal (tomando o pagamento por obrigação jurídica), embora sejam consideradas como sujeitos passivos dos deveres de cooperação, ou seja, participem na relação fiscal como um todo.” (SANCHES, 2007: 294). Para maiores desenvolvimentos, cf. NABAIS, 2015: 501-503.

## 1.5. Conclusões sobre o regime fundacional no Liechtenstein

Segundo SEILERN-ASPANG (2011: 559-560), a filantropia pode ser encarada como um negócio e, neste contexto, o Liechtenstein é um Estado que oferece as vantagens mais eficientes (a nível económico)<sup>148-149</sup>, principalmente num contexto de crise e de forte endividamento por parte dos Estados, o que coloca em causa parte do financiamento de áreas relacionadas com o desenvolvimento social. Não é, por isso, surpreendente que o regime fundacional deste principado seja original a vários níveis.

Uma primeira nota e que servirá de mote ao que escreveremos de seguida, prende-se com a dificuldade na delimitação de um *regime fundacional*<sup>150</sup> no Liechtenstein. Com efeito, se é certo que formalmente (desde logo pela inserção sistemática na PGR), parece que existem entidades que apresentam semelhanças e que poderiam ser qualificadas como pertencentes a este regime<sup>151</sup>, a verdade é que as mesmas entidades apresentam também muitas semelhanças com as sociedades comerciais. Se é verdade que a referência a “beneficiários” ou mesmo a “instituidores”<sup>152</sup> parece fazer-nos reportar a um regime fundacional, não menos verdade é que termos como “participações sociais” ou “lucro” nos remetem para uma realidade societária<sup>153</sup>. Por esse motivo, dizemos, com OSPILT (2014: 10) que estes institutos, mesmo as fundações<sup>154</sup>, se situam entre um regime fundacional e um

---

<sup>148</sup> SEILERN-ASPANG (2011: 560) indica motivos pessoais, familiares e de prossecução de ideais para a prossecução da filantropia, além da motivos económicos.

<sup>149</sup> Segundo SCHURR (2015: 674), a competição na Europa quanto a estruturas como as fundações de interesse particular faz-se sentir não só a nível civil, mas também a nível fiscal. A este propósito, SELIG (1999: 379) diz-nos que o *Anstalt* é uma das mais de 20 figuras de planeamento fiscal que o Liechtenstein regula.

<sup>150</sup> Desde logo, uma dificuldade que nos surge é aquela que FRANCESCO SCHURR (2011: 159) aponta ao referir que o Liechtenstein desenvolveu um regime que tanto se inspira na *common law*, como na tradição da Europa Continental.

<sup>151</sup> No entanto, segundo SELIG (2009: 386), “... any attempt to suggest a clear distinction between an *Anstalt* and a trust also may be difficult to establish.”.

<sup>152</sup> Por uma questão de coerência – e porque entendemos que em rigor estes institutos, em particular o *Anstalt*, dificilmente poderão ser considerados fundações numa acepção *clássica* do termo – optámos por adoptar a terminologia de “instituidor”, em vez de “fundador”.

<sup>153</sup> SELIG (1999: 389) enumera as semelhanças entre os *Anstalten* e as sociedades comerciais no Liechtenstein: quanto ao processo formal de constituição, quanto à sucessão, quanto à personalidade jurídica, quanto à administração e quanto à possibilidade de existência de participações sociais.

<sup>154</sup> Note-se que mesmo as fundações nos merecem objecções, uma vez que, se pensarmos nas fundações de família, não só os interesses são privados, como o próprio objecto não é aquele a que tipicamente associamos o de uma fundação.

domínio societário<sup>155</sup>. Aliás, quanto aos *Anstalten*, LOFTUS (*apud* SELIG, 1999: 381)<sup>156</sup> refere expressamente o seguinte:

*Pursuant to the law of Liechtenstein an Establishment [Anstalt] is a legally independent enterprise and consequently has juridical personality of its own, in the same way as a company limited by shares or other forms of legal persons. An establishment is also similar to a trust or family foundation in that the assets held may be corporeal or incorporeal and in that it may serve a permanent, specific and non-public purpose. The confusion that can occur as to the nature of the equity and its ownership accounts for the common suggestion that an Establishment is a mixture between a corporation and a trust, but **its real nature is more complex** then [sic] this suggestion would indicate. **Generally, an Establishment is treated as a corporation without shares**, all the rights of which belong to the founder or his assignee, with the certificate evidencing the founder's rights transferable in blank in a form equivalent to a bearer share certificate for all the shares in a company. The current holder of the founder's rights has power to amend the articles and to appoint beneficiaries and determine their rights, giving the Establishment some of the characteristics of a trust.*

(destaques nossos)

Julgamos que esta intersecção de interesses torna difícil uma abordagem isenta de críticas ao regime definido pelo principado. Por um lado, as estruturas permitidas pelo Liechtenstein são híbridas, pois admitem as vantagens do regime fundacional, sem adoptarem algumas das suas restrições – desde logo pela própria concepção quanto aos

---

<sup>155</sup> Não parece ser esta exactamente a posição de FRANCESCO SCHURR (2011: 160) que refere que o Liechtenstein procurou adaptar-se a um mundo globalizado, também no campo da filantropia, tendo a reforma de 2011 o objectivo de dar mais segurança jurídica ao regime fundacional.

<sup>156</sup> Também PETER CLYNE (*apud* SELIG, 1999: 381) partilha da opinião que o *Anstalt* não é nem uma sociedade, nem um *trust*.

elementos essenciais e à vontade do instituidor que deveria permanecer “cristalizada”<sup>157</sup> – e, por outro lado, pelas diferenças relativas às sociedades comerciais típicas<sup>158</sup>.

No entanto, as críticas não se ficam unicamente pela criação de figuras híbridas, já a ciência jurídica cria algumas com bons resultados para as partes (pense-se, por exemplo, na criação de contratos no Direito Civil, ramo que obedece ao princípio da autonomia das partes). O problema neste âmbito reside no facto de existirem interesses públicos que merecem ser salvaguardados e que são simplesmente ignorados com a presente concepção. Evidentemente que, em matéria fiscal, sempre se poderá argumentar que no Liechtenstein, muito provavelmente não existiriam tantas fundações e, conseqüentemente o valor anual a ser entregue ao Estado por ano não seria aquele que é<sup>159</sup>, todavia, ao nível internacional, uma preocupação que existe prende-se com a possibilidade de este mecanismo ser facilitador de situações de fraude e de evasão fiscal<sup>160</sup>, na medida em que permite subtrair, de forma anónima, rendimento de um Estado e de uma pessoa concreta (seja física, seja colectiva, como uma empresa) e colocá-lo noutra Estado e noutra pessoa. Um outro problema deste mecanismo, além dos evidentes problemas de índole fiscal, tem que ver com a diminuição da garantia geral dos credores da 1.ª pessoa: os credores podem não ver os seus créditos satisfeitos, atendendo a que existe uma diminuição do património do devedor.

---

<sup>157</sup> Apesar de ser válida a presente observação, devemos referir que a *cristalização* é agora menos frágil do que foi anteriormente. ZWIEFELHOFER (2009: 378) diz-nos que actualmente já não é possível mudar os beneficiários destes entes, por imposição dos seus órgãos. Ainda assim, nos termos do art. 552 § 30 PGR, o fundador – desde que não se trate de uma empresa – poderá promover actos de alteração e de revogação de certos elementos fundacionais, se tiver salvaguardado este expediente no acto de constituição. Este direito não pode, contudo, ser transmitido.

<sup>158</sup> A este propósito, GLOS (1984: 953) refere que uma sociedade pressupõe uma associação de pessoas e que o seu objectivo resulta da junção de recursos que permitirão, além da capacidade individual de cada membro, fazer aumentar a capacidade de investimento, produção e negócio. Inversamente, segundo o mesmo autor, através de um *Anstalt* permite-se ao instituidor obter estas vantagens apenas para si, através do anonimato e gozando das vantagens do regime fundacional. Por esse motivo, GLOS (1984: 954) considera que o *Anstalt* pode ser considerado como contrário à ordem pública.

<sup>159</sup> Não dispomos de dados concretos que nos permitam referir qual é o valor exacto, mas atendendo à exposição que fizemos, sempre podemos tirar a conclusão que o imposto a pagar por estas entidades, se forem consideradas PVS, será de 1 200,00 CHF por ano e, se não forem consideradas PVS, será de 12,5% do seu rendimento por ano. Se todas as entidades fossem PVS, atendendo a que existem cerca de 40 000 fundações no Liechtenstein, o valor a entregar ao Estado seria 48 000 000,00 CHF.

<sup>160</sup> Citando GLOS (1984: 955), “The Liechtenstein Anstalt has become an institution known to tax lawyers all over the world. A better understanding of its legal properties and tax evasion capabilities is useful for confronting problems it may pose in the future.”. Também SELIG (1999: 378) se refere aos problemas fiscais que este instituto apresenta: “It should be mentioned at the outset that the anonymity of the ‘true’ founder/controller of the Anstalt is generally safeguarded, which represents a serious problem for tax administrators and other regulators worldwide. Consequently the transfer of funds etc. into and the subsequent use of the Anstalt may well constitute tax evasion or ‘avoidance’.”.

Convém, a este propósito, sublinhar que nem sempre se colocarão problemas de fraude ou de evasão fiscal, mas poderão colocar-se questões de *planeamento fiscal*, o qual, muito embora se possa circunscrever dentro dos limites legais admissíveis, merece a nossa atenção.

Atentemos, para o efeito, no relatório recentemente publicado pelo Grupo dos Verdes/EFA no Parlamento Europeu. Este relatório foi elaborado por MARC AUERBACH e pretendeu demonstrar, com base nos dados vindos a público através do escândalo *Luxembourg Leaks*, alguns rumores que já circulavam na imprensa há alguns anos e que davam conta de que a maior fundação mundial seria uma fundação que geriria activos no valor de 36 mil milhões de dólares. Ora, o relatório apresentado analisou vários documentos que permitiram concluir que um grupo empresarial, através da utilização de estruturas na Holanda, na Bélgica, no Luxemburgo e no Liechtenstein conseguiu pagar menos impostos nos Estados onde desenvolve a sua actividade (concretamente, o relatório aponta para uma poupança de mil milhões de euros) (AUERBACH, 2016: 5). Não nos debruçaremos excessivamente na análise do referido relatório e, para o que nos interessa neste momento, remeteremos apenas para as conclusões do mesmo no que se refere ao ordenamento jurídico liechtensteinense. Segundo o relatório (AUERBACH, 2016: 12), terá sido através de uma investigação jornalística sueca se pôde concluir que tal empresa. (com sede no Luxemburgo) era detida por fundação, instituída no Liechtenstein, no ano de 1989, pela família detentora da empresa. Os beneficiários desta fundação permanecem confidenciais. Devemos esclarecer que, conforme referido no relatório, embora a família alegue que não beneficia directamente a partir desta fundação e que, além disso, não a controla, tal não será absolutamente correcto. Atentemos no relatório (AUERBACH, 2016: 13):

*However, the fact is that the (...) family exercises a high degree of control over (...) [the company] Foundation through their guaranteed minority representation on the Supervisory Council and, indirectly, through long-time close associates who serve as members of the Foundation Council and Supervisory Council.*

Além disso, o relatório também é claro ao afirmar que um dos motivos que terá levado o fundador a instituir uma fundação no Liechtenstein se prendeu com os elevados impostos na Suécia (AUERBACH, 2016: 14):

*Further, (...) [he] has acknowledged that one of the reasons he split up (...) [the company] and placed its two halves under the legal ownership of foundations in the Netherlands (for the (...) [company] group) and Liechtenstein (for the [other company] group) was to avoid high inheritance taxes in Sweden (which has since eliminated inheritance tax). The Big Four accountancy firm Deloitte points out that Liechtenstein has no inheritance tax and that a private Liechtenstein foundation can serve as a tax-efficient vehicle for transferring assets to heirs.*

Em suma, pelos motivos acima expostos e concretizados com o exemplo desta empresa e desta fundação, consideramos que o regime acabado de analisar, com os interesses que manifesta, merece reparos, não sendo aconselhável a criação de legislação em Portugal, inspirada nestes mecanismos. Apesar disso, registamos que, dadas as implicações do problema ao nível europeu, os Estados deverão tomar em devida conta esta forma de *planeamento fiscal* para determinarem se será ou não do seu interesse atribuir maiores competências à União Europeia nestas matérias.

## **2. França**

### **2.1. Regime civil e administrativo**

Em França, o legislador decidiu regulamentar as fundações de empresa (*fondation d'entreprise*), num diploma autónomo: a Lei n.º 90-559, de 4 de Julho de 1990<sup>161</sup>. A sua criação deveu-se, essencialmente, “à exigência e rigidez dos processos de reconhecimento [de fundações reconhecidas de utilidade pública<sup>162</sup>] (...) naquele país” (RIBEIRO, 2006:

---

<sup>161</sup> Em rigor, foi com esta lei que pela primeira vez o legislador francês se referiu às fundações de empresa, no entanto a mesma consubstancia uma alteração à Lei n.º 87-571. A versão consolidada pode ser consultada online: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069014>> [Última consulta: 11-07-2016].

<sup>162</sup> Como ficará patente, há diferenças a assinalar entre os regimes de *fondation reconnu d'utilité publique* e de *fondation d'entreprise*. Sobre a rigidez das primeiras, podemos apontar, v.g., o “procedimento administrativo com dupla função: (...) reconhecimento de personalidade jurídica e da utilidade pública”, a presença do poder



259)<sup>163</sup>.

No dizer de CHARLES DEBBASCH (1990: 270), “La fondation d'entreprise est une personne morale à but non lucratif, créée en vue de la réalisation d'un œuvre d'intérêt générale. On sait que cette dernière condition est remplie si l'activité n'est pas lucrative, si la gestion est désintéressée, et si aucun avantage n'est procuré à ses membres”. Ou seja, se à partida a fundação e a empresa não parecem *compatíveis*<sup>164</sup>, é necessário pensar nas condições em que o interesse geral é assegurado. Entende a lei francesa que a fundação não deverá ter actividades ou fins lucrativos, deverá ser promovida uma gestão desinteressada e não deverão ser distribuídos benefícios aos seus membros<sup>165</sup>.

Ao mesmo tempo, estabelecem-se várias diferenças ao nível do regime jurídico, sobretudo para facilitar a criação deste tipo de fundações. A título exemplificativo, refiram-se a não representação do Estado nos órgãos de administração, ou a não existência de estatutos-tipo, propostos pelo *Conseil d'État* (FARINHO, 2014: 166).

Vejamos, agora, algumas características deste tipo fundacional francês, seguindo de perto BARON/DELSOL (1992: 167 ss.).

---

público na organização da fundação e ainda o exercício do poder de tutela e de fiscalização que o Estado pode exercer (FARINHO, 2014: 159-163). Além disso, as *fondations d'entreprise*, apresentam uma menor dotação exigida, uma menor complexidade do procedimento e ainda uma instituição temporalmente delimitada (ANDREA ZOPPINI, 1991: 575). Nas palavras expressivas de STREIFF (*apud* ANDREA ZOPPINI, 1991: 584), “tra la fondazione riconosciuta di utilità pubblica e la fondazione d'impresa c'è la stessa differenza che passa tra un riccato vino d'annata e un vino novello: insomma ontologicamente uguali, ma nel loro genere diversissimi”. Ainda assim, dizem-nos BARON/DELSOL (1992: 167 § 2003) que “La fondation d'entreprise est donc original. Toutefois, son régime juridique s'inspire de celui de la fondation reconnue d'utilité publique. Ces deux institutions sont de même nature et se caractérisent par les mêmes éléments: une mission d'intérêt générale, sans but lucratif; l'affectation irrévocable d'une masse des biens; une capacité juridique subordonnée à un acte administratif.”

<sup>163</sup> No mesmo sentido, CHARLES DEBBASCH (1990: 271) refere que o procedimento de criação de fundações e reconhecimento de utilidade pública em França não era encorajador para os gestores das empresas: “La procédure de demande d'utilité publique, qui prend souvent plusieurs années, était apparue trop lourde et décourageante pour les chefs d'entreprises. C'est-pourquoi la loi actuelle a prévu un mécanisme beaucoup plus souple et beaucoup plus rapide.”. Também MENEZES CORDEIRO (2013: 719) se refere a estes entes como uma fundação “a criar pelas empresas[...] através de destaque de bens, ela pode auxiliar os trabalhadores, pode atuar no campo da promoção cultural e pode tomar posições na própria empresa-mãe, refinando-a.”

<sup>164</sup> A expressão é de SERRANO CHAMORRO (2000: 236) que justifica: “... la primera [fundación] persigue un fin altruista que supone un beneficio para el conjunto de la sociedad, la segunda [empresa] atiende un fin egoísta que deriva en un beneficio para unas personas en concreto.”

<sup>165</sup> De resto, a Lei n.º 90-559, de 4 de Julho de 1990, no seu art. 4 (que altera o art. 19 da Lei n.º 87-571, de 23 de Julho de 1987) define este tipo de fundação: “Les sociétés civiles ou commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les coopératives ou les mutuelles peuvent créer, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général, une personne morale, à but non lucratif, dénommée fondation d'entreprise.”

### **i. Duração determinada prorrogável**

A *fondation d'entreprise* é constituída por tempo determinado, nunca inferior a 5 anos<sup>166</sup> (art. 19-2). É possível prorrogar a duração da fundação, pelo menos durante mais 5 anos, sendo necessário, para o efeito, uma autorização. BARON/DELSOL (1992: 169 § 2012) aconselham, no entanto, a previsão estatutária de prorrogação, para prevenir a hipótese de conflitos quanto à utilização do nome dos fundadores.

Uma última nota, para referir que, no caso de prorrogação, deve ser elaborado um novo programa de acção plurianual.

### **ii. A afectação de uma dotação inicial e o programa de acção plurianual**

A dotação inicial é um ponto comum entre os dois tipos fundacionais em França (BARON/DELSOL, 1992: 170 § 2015). Tem de existir uma dotação inicial mínima (que, no caso da *fondation d'entreprise*, varia consoante o número de anos que durar o programa plurianual<sup>167</sup>). Em caso de extinção da fundação (e desde já adiantamos que no modelo francês um dos modos de extinção prende-se, precisamente, com o decurso do prazo) não haverá um retorno do património remanescente para os fundadores ou para uma outra fundação de empresa. Na verdade, o remanescente do património reverterá em favor de *établissements publiques* ou de *fondations reconnus d'utilité publique* com finalidades semelhantes.

Devemos, ainda, referir que nestas fundações existe um *sistema dual*, no sentido em que se deve distinguir o financiamento de interesse geral (dotação irrevogável alocada ao

---

<sup>166</sup> A este propósito, CHARLES DEBBASCH (1990: 272) chama-nos a atenção para algumas diferenças existentes entre o regime geral e este tipo de fundação, relacionando a criação das fundações com uma estratégia das próprias empresas: “L'intention, en effet, n'est pas la même selon qu'il s'agit ou non d'une fondation d'entreprise. Celui qui crée une fondation reconnue d'utilité publique dispose au départ d'une somme importante qu'il désire affecter irrévocablement à une œuvre dont la perpétuité est ainsi assurée. Il n'es as de même pour ne entreprise; cell-ci, le plus souvent, souhaite se lancer dans des actions de mécénat beaucoup plus pour des raisons diverses tenant à la stratégie de l'entreprise que pour rechercher la survie de ce soutien à tel o tel projet qui peut d'ailleurs se situer à plus ou moins long terme.”

<sup>167</sup> Em todo o caso, nos termos do art. 19-7 da Lei n.º 87-571 e do artigo 7 do Decreto n.º 91-1005, de 30 de Setembro de 1991 (com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto n.º 2002-998, de 11 de Julho de 2002), o valor mínimo do programa de acção plurianual não pode ser inferior a EUR 150 000,00, os quais poderão ser deduzidos nos impostos sobre o rendimento das sociedades (ARCHAMBAULT, 2003: 74). O Decreto encontra-se disponível *online*: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000344374>> [Última consulta: 11-07-2016]. É interessante verificar que “Para las fundaciones reconocidas de utilidad pública, en cambio, no existe un mínimo dotacional fijado monetariamente por la ley. Con todo, la práctica del *Conseil d'Etat* y la generalidad de la doctrina coinciden en que respecto de esta clase de fundaciones debe mantenerse el criterio clásico de la fundación basada en una dotación suficiente para generar un financiamiento seguro de sus actividades normales.” (VARAS BRAUN, 2002: 98).

objecto da fundação) do financiamento das acções de interesse geral realizadas para a empresa (programa de acção plurianual). Este programa deverá reflectir a “ambição” dos fundadores, dotando a fundação de empresa dos fundos necessários para prosseguir a finalidade a que esta se propõe (BARON/DELSOL, 1992: 171 § 2020). O montante da contribuição não terá de ser idêntico para todos os fundadores, devendo os estatutos regular esta matéria.

### **iii. Uma missão de interesse geral sem fim lucrativo**

A missão de interesse geral implica que exista uma vocação de mecenato que possa incidir, *v.g.*, sobre um fim humanitário, científico ou cultural (BARON/DELSOL, 1992: 172 §§ 2030-2032).

É, no entanto, certo que o objecto da *fondation d’entreprise* não se confunde com o objecto social da empresa que a institui, sendo a sua identidade motivo de recusa da autorização de instituição (BARON/DELSOL, 1992: 172 § 2034)<sup>168</sup>, uma vez que o propósito da fundação de empresa não é beneficiar financeira e directamente a empresa-mãe (BARON/DELSOL, 1992: 173 §2038). Relativamente a este ponto, S. PIQUET (*apud* BARON/DELSOL, 1992: 174 § 2042) também avança que as empresas não desejarão uma sinonímia entre o objecto fundacional e o objecto social, já que tal poderia retirar *credibilidade* à fundação, levando o público desconfiar da “generosidade disfarçada” da empresa instituidora.

Por fim, cumpre, ainda, referir que a Administração entende ser possível que a fundação de empresa tenha uma multiplicidade de objectos, desde que não sejam lucrativos<sup>169</sup>.

### **iv. Uma “grande capacidade reduzida”**

Tendo em conta a análise já efectuada até ao momento, podemos concluir que a capacidade jurídica destas fundações é reduzida. Quer isto dizer, *v.g.*, que a fundação de

---

<sup>168</sup> Os mesmos autores (1992: 173 § 2036) apontam como exemplo de recusa de autorização a vontade de um laboratório farmacêutico instituir uma fundação que se dedique a favorecer a investigação ou a comunicação própria dos tipos de produtos que o mesmo laboratório comercializa.

<sup>169</sup> Importa esclarecer que é pelo facto de o objecto não ser lucrativo que as fundações não estão sujeitas ao pagamento de imposto sobre o rendimento. Todavia, para o caso de as fundações prosseguirem regulamente actividades lucrativas, terão de o prever nos estatutos. Além disso, esta prossecução terá de ser um meio necessário à realização do objecto fundacional (BARON/DELSOL, 1992: 176 §§ 2055-2056).

empresa apenas pode ser titular do direito de propriedade de imóveis para prosseguir a actividade e já não para investimento (ARCHAMBAULT, 2003: 73), nem fazer apelo à “generosidade pública”<sup>170-171</sup> (BARON/DELSOL, 1992: 176 §§ 2061, 2063). Também não podem estas fundações exercer direitos de voto se forem detentoras de participações sociais das sociedades que as tenham instituído ou de outras por aquelas controladas (BARON/DELSOL, 1992: 176 § 2066).

#### v. O vocábulo “*fondation d’entreprise*”

Esta é uma exigência da lei, de forma a permitir distinguir este tipo fundacional dos demais e, concretamente, das *fondations reconnu d'utilité publique*.

Analisadas as características, podemos concluir que, sendo estas fundações constituídas por tempo determinado, um dos modos de extinção alcançar-se-á pelo decurso do prazo determinado para a duração da fundação, não havendo vontade de prorrogar a vida da fundação. Além deste modo, também podem os fundadores acordar amigavelmente extinguir a fundação, desde que tenham transferido os montantes a que se comprometeram, e ainda pode a Administração retirar a autorização que havia concedido (art. 19-11). O art. 19-12, como vimos *supra*, impede que os bens doados pelos fundadores à fundação de empresa regressem à sua esfera jurídica, com a extinção da fundação. Assim, os bens<sup>172</sup> deverão ser deixados, por exemplo a *fondations reconnu d'utilité publique* que prossigam fins idênticos.

Quanto à orgânica da fundação de empresa, devemos tecer breves comentários acerca do órgão de administração. A lei francesa não impõe um número de administradores, nem sequer impõe a existência de administradores públicos que possam controlar a actividade da

---

<sup>170</sup> BARON/DELSOL (1992, 177 § 2065) referem que terá sido este o motivo pelo qual um grupo bancário decidiu criar uma associação, em vez de manter uma fundação de empresa.

<sup>171</sup> Apenas constituem receitas das fundações de empresa as dotações, os pagamentos dos fundadores, as subvenções do Estado e ainda as “receitas diversas”, não sendo permitidos quaisquer tipo de donativos, onde se incluem donativos dos fundadores (BARON/DELSOL, 1992: 188-189 §§ 2150-2151). Quanto às subvenções, ARCHAMBAULT (2003: 79) recolhe informação dos apoios públicos para as *fondations d’entreprise* no ano de 1998. As 16 fundações que receberam mais donativos (das quase 50 então existentes) receberam um total de 167,1 milhões de euros.

<sup>172</sup> O art. 19-8 §§ 1-4 indica-nos os bens que fazem parte da *fondation d’entreprise*: “Les versements des fondateurs à l’exception de la dotation initiale; Les subventions de l’Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics; Le produit des rétributions pour services rendus; Les revenus de la dotation initiale et des ressources ...”.

fundação<sup>173</sup>. Nas suas competências enquadram-se, nomeadamente, representar a fundação em juízo e aprovar o orçamento.

## **2.2. Regime fiscal**

Quanto ao regime fiscal, será conveniente distinguir o regime fiscal de que goza a fundação de empresa, daquele que é aplicável aos fundadores, pelos valores que entregam à fundação. Convém, no entanto, esclarecer que não pretendemos ser exaustivos na descrição do regime fiscal francês, pelo que não faremos uma análise detalhada de todos os impostos, cingindo-nos aos impostos sobre o rendimento.

### **2.2.1. Os impostos sobre o rendimento das *fondations d'entreprise* (referência à isenção do imposto sobre as pessoas colectivas)**

De acordo com LAMARQUE/NÉGRIN/AYRAULT (2011: 601), existe um “regime de favor” na tributação dos organismos sem fim lucrativo, pertencentes ao terceiro sector. Embora compreendendo o regime, os autores (2011: 602), não deixam de chamar a atenção para o facto de ser necessário analisar com rigor a utilidade social, para que não existam “sociedades disfarçadas” que actuem no mercado com um regime fiscal mais favorável. Como normas fundamentais para o regime (e, concretamente, relativamente aos impostos sobre o rendimento das pessoas colectivas) apontamos, sobretudo, os artigos 206 e 261 CGI.

De acordo com a regulamentação prevista no CGI, as entidades não lucrativas, onde expressamente se incluem as *fondations d'entreprise*, ficam isentas do pagamento de impostos sobre o rendimento nas seguintes condições (LAMARQUE/NÉGRIN/AYRAULT, 2011: 602):

- a) Se tiverem um carácter desinteressado na sua gestão<sup>174</sup>;

---

<sup>173</sup> Dizer que não existem administradores públicos que controlem a administração da fundação não é o mesmo que dizer que a Administração Pública não tem quaisquer poderes sobre estas fundações. Basta recordar que é necessária uma *autorização* para que estas possam ser criadas ou a sua duração prorrogada para nos apercebermos que a Administração exerce poderes de controlo (“*pouvoir de surveillance*”) sobre estes entes (BARON/DELSOL, 1992: 187 § 2142) que têm, naturalmente, deveres de informação para com a mesma Administração.

<sup>174</sup> Segundo o art. 261, n.º 7 § 1, alínea d) CGI, a gestão é desinteressada, quando não exista um interesse directo ou indirecto nos resultados da operação: “L'organisme doit, en principe, être géré et administré à titre bénévole par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect

- b) Se existir uma preponderância de actividades não lucrativas;
- c) Se o montante das actividades lucrativas for inferior a EUR 60 000,00<sup>175</sup>.

Percebe-se, pois, que o respeito destes critérios permitirá que estes entes (e não apenas as fundações de empresa) fiquem isentos do pagamento de tributação. O critério existente para a “gestão desinteressada” é particularmente exigente pelo facto de, idealmente, não ser permitida a remuneração dos administradores das entidades do terceiro sector.

### **2.2.2. O regime fiscal aplicável aos fundadores pelas suas “transferências” (*versements*)<sup>176</sup>**

A lei francesa distingue duas situações diversas no que se refere às *transferências* entre as empresas instituidoras e as fundações de empresa: aquelas que respeitam à dotação inicial e as que se referem aos programas plurianuais para os quais é necessário financiamento.

Começaremos por nos referirmos ao segundo tipo de transferência elencado para, posteriormente, ser mais perceptível a solução quanto ao primeiro.

O art. 238 *bis* CGI é aplicável para o caso de empresas *transferirem* quantias para as fundações no âmbito de programas plurianuais. De acordo com este artigo, apenas será possível às empresas deduzirem no imposto a pagar ao Estado (i) até 60% dos montantes transferidos para a fundação, desde que (ii) tal valor a deduzir não ultrapasse o montante de 5/1000 do volume de negócios da empresa.

Os benefícios fiscais oferecidos revelam-se, pois, pouco atractivos<sup>177</sup>, face, por

---

dans les résultats de l'exploitation.”. LAMARQUE/NEGRIN/AYRAULT (2011: 603) acrescentam, no entanto, que o cargo pode ser remunerado: “Rien n'exclut toutefois une rémunération des dirigeants lorsqu'elle est justifiée. Le nombre des dirigeants susceptibles de percevoir une rémunération est cependant limité.”. Anotam ainda o seguinte, a propósito da previsão do art. 261-7: “Parmi les autres particularités figurants toujours dans l'article 261-7, signalons également que ne sont pas imposées, ni prises en compte dans les seuils, les recettes de six manifestations de bienfaisance ou de soutien par an. Ne sont pas non plus imposés les services rendus par les organismes à but non lucratif à leurs membres lorsque les prix pratiqués ont été homologués par l'autorité publique ou lorsque l'activité répond à un besoin non couvert par une entreprise.”.

<sup>175</sup> A existência de actividades lucrativas deve ser residual, no entanto existem actividades (previstas no art. 206, n.º 5 CGI) cujo desenvolvimento não é permitido. É o caso das actividades financeiras lucrativas (LAMARQUE/NEGRIN/AYRAULT, 2011: 602).

<sup>176</sup> Poderíamos referir-nos aos “pagamentos”, “doações” ou até “dotações” que os fundadores atribuem à fundação de empresa. Não iremos, todavia, debruçar-nos sobre a questão da natureza jurídica destas “transferências”, preferindo referir-nos a elas no original francês, como o fazem BARON/DELSOL (1992: 202).

<sup>177</sup> Por esse motivo, BARON/DELSOL (1992: 203 § 2817) consideram que, atendendo ao custo fiscal destas fundações, é-lhes retirado todo o interesse.

exemplo, aos do ordenamento jurídico português onde, aliás, é possível, mediante o cumprimento de certos requisitos, a existência de uma majoração do montante entregue à fundação<sup>178</sup>.

Convém sublinhar, no entanto, que a lei francesa refere expressamente que este benefício se aplica às fundações de empresa, ainda que estas detenham o nome do seu fundador ou da empresa que a instituiu e que as transferências ocorram destes para aquelas.

Quanto à dotação inicial, o legislador francês optou por não considerar qualquer tipo de benefício fiscal e considerar, antes, um direito de recebimento do resultado da liquidação da fundação. Assim, apenas quando o património resultante da liquidação for afecto a outras entidades que prossigam fim idêntico ao da fundação de empresa liquidada é que os primitivos fundadores usufruirão do benefício fiscal previsto no artigo 238 *bis*. Segundo BARON/DELSOL (1992: 205), a Administração Fiscal considera, nesse momento, que, do ponto de vista fiscal estão cumpridas as condições para se usufruir do benefício, o que nos leva a crer que o momento para o qual se deve atender no momento da concessão de tal benefício será o da afectação.

### **2.3. Conclusões sobre o regime fundacional em França**

Após a densificação do regime jurídico francês, é tempo de nos debruçarmos e comentarmos algumas das opções do legislador francês. Antes de mais, cumpre referir que o desenho das *fondations d'entreprise* que foi recortado se apresenta já suficientemente estabilizado, uma vez que não apresenta modificações desde que foi criado. Houve, naturalmente, algumas modificações no regime fiscal, todavia provocadas por mudanças no próprio CGI e não na lei que densificou as previsões normativas destes entes.

Esta estabilidade – que, de resto, se aplaude<sup>179</sup> – permite, aqui chegados, questionarmo-nos acerca do regime fiscal francês. Tendo em conta que a lei francesa entende que o “mecenato como fim” e a “fundação como forma jurídica idónea” a prosseguir tal fim

---

<sup>178</sup> Sendo que, para o ordenamento jurídico português, não estão previstas as fundações de empresa, sendo, portanto, aplicável a estes casos o regime geral, em função, *v.g.*, do fim do ente.

<sup>179</sup> As mudanças legislativas, principalmente as que contendem com normas fiscais, devem ser parcimoniosas, para que o legislador tenha tempo de reflectir sobre o caminho, valorativamente unívoco, que pretende seguir. Ao mesmo tempo, o legislador deve ter o cuidado de criar um “sistema fiscal” que não se mostre “retalhado a golpes”, de modo a garantir a sua acessibilidade e inteligibilidade aos contribuintes (NABAIS, 2015: 204).

são compatíveis, podemos perguntar-nos se estas previsões “se inserem num procedimento de natureza essencialmente fiscal” (ANDREA ZOPPINI, 1991: 574), ou, por outras palavras, se serão os benefícios fiscais a conceder (com a consequente *poupança fiscal*) determinantes para a constituição de fundações por parte de empresas. ANDREA ZOPPINI (1991: 575), recorrendo a dados concretos da tributação americana, conclui que “o mecenato insere-se numa estratégia empresarial mais articulada, em que as deduções fiscais são variáveis a ter em conta, mas não as únicas” (tradução nossa). A conclusão parece ser que se a obtenção de benefícios fiscais não é a única causa para a constituição destes entes, nem por isso deixa de se mostrar um aspecto importante a considerar. Parece-nos, no entanto, que os Estados deverão atender a este ponto, incentivando fundações que permitam, *v.g.*, assegurar o “delicado compromisso entre a economia e a cultura” (ANDREA ZOPPINI, 1991: 575), com um efectivo benefício para a Comunidade (ao qual poderá, evidentemente, ser somado um benefício empresarial). O benefício empresarial a ser somado terá de ser igualmente devidamente analisado, uma vez que os grupos empresariais, através das fundações facilmente podem desenvolver um programa de responsabilidade social (PETIT, 2014) e, dessa forma, obter uma grande visibilidade mediática, com os benefícios associados.

Importa, no entanto, esclarecer que comparativamente com o regime liechtensteinense, o regime francês não se mostra fiscalmente tão atraente, nem concede sequer os *benefícios* que o regime do principado atribui, nomeadamente ao nível da confidencialidade de certos elementos e ao nível global de tributação. Poder-se-á, aliás, dizer que, para as empresas o regime poderá não oferecer tantas vantagens como as desejadas, motivo pelo qual – a somar os conhecidos condicionalismos históricos<sup>180</sup> – o número de *fondations d'entreprise* se reconduzia a 44, no ano 2000 (ARCHAMBAULT, 2003: 78).

Por outro lado, devemos ter em conta a relação que existe entre o “*intérêt générale*” a que a lei francesa alude e a finalidade da empresa que é, necessariamente, a obtenção de lucro (e, numa óptica puramente capitalista, a do *máximo lucro*)<sup>181</sup> (ANDREA ZOPPINI, 1991:

---

<sup>180</sup> Sobre estes condicionalismos, cf. *supra*, pp. 19 ss..

<sup>181</sup> A questão reside, portanto, no modo como se compaginam interesses que, à primeira vista, parecem distintos (FARINHO, 2012: 811 ss.) e ainda como se garante a *autonomia* da administração da fundação em face da administração da empresa que instituiu a referida fundação. Sobre este problema no nosso país, cf. Processo n.º 03139/09, do Tribunal Central Administrativo do Sul, cujo acórdão data de 29-01-2013 e onde se pode ler: “Olhando para os Estatutos da Autora é patente que a entidade instituidora pretendeu manter na sua esfera de influência e de domínio a fundação, não obstante lhe outorgar o gozo de autonomia financeira (cláusula 5.ª); fê-lo através da cláusula que estabelece que o seu Conselho de Administração é designado pelo próprio Conselho de Administração da EDP, consagrando, assim, o domínio (indirecto) desta sobre aquela.”. Para mais



577). Existe o perigo de a fundação não ser verdadeiramente *autónoma*, prosseguindo a estratégia da empresa, ou de realizar os interesses “egoaltruísticos” da mesma, podendo, ademais, verificar-se a ingerência do fundador na gestão da fundação, descortinável, por exemplo, pelas previsões estatutárias (ANDREA ZOPPINI, 1991: 584-585). Note-se que não nos referimos apenas às questões de tributação que se colocam (e, onde, à partida, o problema poderá ser diminuído pela definição de “gestão desinteressada” que preside à lógica da tributação do rendimento destes entes), mas à própria questão da criação de entes fundacionais que poderão ser instituídos e viver instrumentalizados pelos instituidores. Por este motivo, ANDREA ZOPPINI (1991: 577) avança que se deverá garantir que o único momento em que se verifica uma influência da empresa instituidora na fundação é precisamente aquele que resulta na instituição deste ente (com a determinação do seu fim). Nesse contexto – e para evitar influências posteriores –, não deverá a empresa imiscuir-se na administração da fundação, excluindo-se a relação de correspondência entre a actividade da fundação e o retorno aos financiadores.

### 3. Itália

O último dos ordenamentos jurídicos comparados no qual focaremos a nossa atenção é o ordenamento italiano. A abordagem que adoptaremos será a mesma que se seguiu até este momento, isto é, não teceremos considerações sobre todo o regime fundacional, mas apenas sobre uma parte dele, chamando a atenção para as diferenças face ao regime geral, sempre que se justifique. Neste contexto, apenas nos referiremos às fundações bancárias (“*fondazioni bancarie*”), criadas no país, procurando perceber o intuito que presidiu à sua criação, a regulamentação a que se encontram sujeitas e a sua natureza jurídica, bem como o regime fiscal a que obedecem. Por fim, num estudo de caso, atentaremos na *Fondazione Monte dei Paschi di Siena*, que está relacionada com aquele que é tido como o Banco mais antigo do Mundo, a *Banca Monte dei Paschi di Siena*.

---

considerações, cf. *infra*, pp. 111 ss.. Acórdão disponível *online* em: <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/bc054e9482134b9580257b09003d88a2?OpenDocument>> [Última consulta: 01-12-2015].

### **3.1. Antecedentes: os *Monti*, as *Casse di Risparmio* e os *Istituti di Credito di Diritto Pubblico***

Quando se fala no sector bancário e na sua configuração, falamos num sector com antecedentes marcados e com instituições que passaram por diferentes configurações jurídicas. Desde logo, a primeira nota que convém dar prende-se com os primórdios do processo de privatização do sistema bancário italiano e com o advento das fundações bancárias. O sector, tal como hoje se encontra estabelecido, teve origem em três tipos de instituições: os *Monti di Credito su Pegno*, as *Casse di Risparmio* e os *Istituti di Credito di Diritto Pubblico* (PASCALE, 2013/2014: 8).

Quanto aos primeiros, podemos referir que, quando surgem na península itálica, por volta do século XV, os então *Monti di Pietà* tinham uma índole sobretudo caritativa, apoiada nos valores da solidariedade cristã, uma vez que estas instituições se destinavam a garantir crédito às famílias mais humildes, cobrando, além do montante emprestado, o custo do serviço, embora não existisse cobrança de juros (GUGNONI, 2010: 11). O elemento caracterizador de tais entes tinha que ver com um escopo de solidariedade social e não lucrativo, prosseguido graças à utilização de um fundo ou depósito constituído, nomeadamente, através de doações dos fiéis (PASCALE, 2013/2014: 8). Foram regulados, pela primeira vez, através da emissão de uma Bula Pontifícia, em 1515. A sua evolução variada, em função dos diferentes contextos e da acção da Igreja, determinou uma forte expansão, com a assunção de actividades de índole bancária, como a instituição do que hoje designamos de “depósitos”. No final do século XIX, surgiu uma lei (Lei n.º 169, de 04 de Maio de 1898) que impunha um duplo objectivo caritativo e de crédito aos *Monti*, que se entretanto se começavam a fundir uns com os outros ou com as *Casse di Risparmio*.

As *Casse di Risparmio* remontam ao século XVIII e nasceram da emancipação dos *Monti di Pietà*, servindo de intermediárias entre o Estado e os cidadãos, promovendo, dessa forma, o sentido de previdência e de poupança. Para tanto, verificou-se uma influência por parte da classe aristocrata, iluminada pela prossecução da filantropia por parte de alguns intelectuais e atenta ao perigo que representava a pobreza, que se decidiu a auxiliar os artesãos contra o risco da indigência e do sofrimento.

Estas Caixas recolhiam pequenas poupanças (“*risparmio*”) dos artesãos e dos agricultores, o que nos permite concluir que o seu início está, pois, relacionado com a

elevação de valores morais e cívicos (GUGNONI, 2010: 55). Se inicialmente foram instituições que surgiram por influência privada dos cidadãos, das autoridades municipais ou mesmo das autoridades eclesiásticas<sup>182</sup> (PASCALE, 2013/2014: 10), mais tarde passaram a ter uma conotação bancária. Com efeito - e apesar de terem sido inicialmente constituídas para ajudar pessoas com menos posses -, podemos referir que o âmbito subjectivo de acção das *Casse* se alargou, com a possibilidade de outras pessoas, que não apenas aquelas com menos posses, a elas poderem aceder. É, assim, na sequência da *Legge Crispi* (Lei n.º 5546, de 15 de Julho de 1888) que as actividades de beneficência das *Casse* se transformaram numa “recordação longínqua” (PASCALE, 2013/2014: 11). Essas actividades, efectivamente, secundarizaram-se face à actividade bancária. Nesta lei, assim se definiam estas instituições:

*Istituzioni che propongono di raccogliere i depositi a titolo di risparmio e di trovare ad essi conveniente collocamento.*

Entretanto, após ataques à autonomia das *Casse*<sup>183</sup>, opera-se uma reabilitação no pós 2.ª Guerra Mundial, pela ajuda à reconstrução italiana.

Por último, e quanto aos *Istituti di Credito di Diritto Pubblico*, será importante referir que estes entes foram criados com autorização do Estado e visavam a constituição de fundos privados e públicos. Tais fundos deveriam satisfazer igualmente necessidades públicas, todavia mediante o recurso ao crédito e a operações que implicavam a existência de juros que deviam ser cobrados. Actuavam sobretudo no sector imobiliário, agrário, mobiliário e industrial, tendo um relevo interno na economia italiana bastante assinalável (PASCALE, 2013/2014: 11).

A partir dos anos 80, surgiu, sobretudo por influência europeia<sup>184</sup>, uma ideia de

---

<sup>182</sup> PASCALE (2013/2014: 10) chama-nos a atenção para o facto de as *Casse di Risparmio* estarem organizadas de acordo com a forma associativa ou fundacional. No primeiro caso, emergiam, sobretudo, da iniciativa privada, por parte dos cidadãos com menos posses, mas animados por um espírito de solidariedade. Existia uma quota livre de participação e os associados participavam activamente na administração do ente. Já no caso das estruturas baseadas na figura fundacional, nasciam directamente da parte de um ente público que constituía inicialmente um fundo de dotação inicial que depois era administrado.

<sup>183</sup> A título exemplificativo, podemos referir que o Governo de Mussolini tinha poder para nomear as direcções das *Casse*. Além disso, para funcionarem necessitavam de ver ser-lhes dada uma autorização por parte do Governo e os seus estatutos podiam igualmente ser modificados por indicação governamental. É, neste sentido, que é alterada a sua natureza jurídica que, de entes privados passam a públicos (PASCALE, 2013/2014: 11).

<sup>184</sup> É exactamente esse o ponto de vista de PASCALE (2013/2014: 16) que nos refere o seguinte: “... il legislatore italiano, traendo origine dai principi affermati dalla Comunità Economica Europea di piena concorrenzialità

reforma do sector bancário. Surgiu, assim, a *Legge Amato* (Lei n.º 218/1990). Como consequência, contam-se hoje entre 80 a 90 fundações bancárias em Itália (GUZZI, 2007: 42; CATARGIU, 2012: 52).

### 3.2. Motivos que levaram à criação destes entes fundacionais, plasmados na *Legge Amato*

Vimos que as estruturas bancárias italianas comportavam um objectivo duplo, desde a sua criação: (i) a concessão de crédito e (ii) a prossecução de objectivos caritativos. Ora, sobretudo por influência das Comunidades Europeias, chegou-se à conclusão que seria necessário reformular o sistema bancário italiano. É neste contexto que a *Legge Amato* se impõe, promovendo a cisão entre a actividade comercial e a actividade beneficente dos bancos. De acordo com as previsões da *Legge Amato*, a actividade beneficente dos bancos deveria dar origem a *fundações bancárias*<sup>185</sup> que actuariam, sobretudo, na região onde o banco se encontrava implementado (por exemplo, a *Banca Monte dei Paschi di Siena* tem a sua sede na cidade de Siena, capital da região da Toscana, aquela em que a fundação bancária com o mesmo nome actua<sup>186</sup>).

As principais leis que regulam as fundações bancárias em Itália são, além da *Legge Amato* (Lei n.º 218/1990) e do D. Legs. n.º 356/1990, a *Legge Ciampi* (D. Legs. n.º 153/1999, a *Legge Tremonti* (Lei n.º 448/2001) e ainda a Lei n.º 112/2002<sup>187</sup>.

De acordo com MAURIZIO TANZI (2013: 266), houve essencialmente dois factores que justificaram a concretização da Reforma *Amato*: por um lado, desejava-se garantir uma

---

tra le imprese bancarie, di liberalizzazione e di privatizzazione, ha cercato di adeguare il sistema bancario italiano alla sfida della concorrenza europea.”

<sup>185</sup> Convém, desde já, esclarecer que inicialmente a legislação italiana não se referia às *fondazioni bancarie* nesses termos, mas como *enti conferenti*, sendo os bancos propriamente ditos *società conferitarie*. Apenas com a Reforma *Ciampi* é que a terminologia mudou para “fundação”. Cf *infra*, pp. 84 ss. para maiores desenvolvimentos.

<sup>186</sup> Assim se pode ler nos estatutos da referida entidade. No artigo 3.º refere-se expressamente que a *Fondazione Monte dei Paschi di Siena* pretende manter um vínculo com a cidade de Siena e a região onde a mesma se encontra inserida, podendo promover actividades dos órgãos municipais e regionais: “...La Fondazione Monte dei Paschi di Siena, nella sua capacità di diritto privato (...), mantenendo e rafforzando i particolari legami con Siena, il suo territorio e le sue istituzioni (...), anche con interventi a sostegno dei programmi e dei progetti del Comune e della Provincia di Siena...” (ESTATUTOS DA FONDAZIONE MONTE DEI PASCHI DI SIENA, art. 3, n.º 1).

<sup>187</sup> Para um elenco sobre a evolução de todas as disposições legais e administrativas que regularam esta matéria desde os anos 90, cf. GUGNONI, 2010: 70-71, nota 120.

reestruturação do sector, face às novas exigências do mercado e, por outro lado, pretendia-se impulsionar o terceiro sector. Este duplo objectivo, apesar de poder ser considerado contraditório<sup>188</sup>, foi posto em prática. Ao mesmo tempo, o legislador permitiu que certas regras gerais pudessem não ser observadas para estes casos. Com efeito, atendendo a que as fundações bancárias teriam uma participação nos bancos permitiu-se, v.g., que a diversificação de investimentos por parte das fundações não fosse tão exigente e que algumas regras de bom governo (“*buon governo*”) não fossem respeitadas (TANZI, 2013: 266-268), chegando alguns autores a considerar que estas fundações poderiam ser consideradas como *holdings*<sup>189</sup> (PORZIO, NAPOILITANO e MINERVINI *apud* TANZI 2013: 273, nota 51). Em suma, pode afirmar-se que, com o D. Legs. n.º 356/1990, o legislador esclareceu que se devia prosseguir o objectivo da reestruturação do sistema bancário público, separando as actividades comerciais e beneficentes<sup>190</sup>. Vamos, de seguida, verificar como ocorreu esta evolução posterior, para melhor percebermos o funcionamento destes entes.

### 3.3. Evolução legislativa na disciplina das fundações bancárias

Acabámos de perceber que a banca italiana tinha evoluído historicamente no sentido de comportar uma actividade comercial bancária e uma actividade beneficente. Em parte por influência europeia, os agentes políticos decidiram promover uma cisão entre estas actividades, na sequência da *Legge Amato*. As operações que se determinaram – e, para tanto, seguimos de perto PASCALE (2013/2014: 16 ss.) – podiam consubstanciar-se na mudança da qualificação e da natureza jurídica dos *Monti*, das *Casse* e dos *Istituti*, mas também na promoção da fusão de alguns entes (art. 1.º e art. 7.º, para as disposições fiscais relacionadas

---

<sup>188</sup> Não só o objectivo tinha algo de contraditório, como também as normas dos diplomas que o procuravam concretizar podiam parecer incoerentes. Nestes termos, se diz que “il legislatore sembra aver peccato di incoerenza” (TANZI, 2013: 273). MAURIZIO TANZI (2013:273, nota 49) exemplifica com normas em que ora se parece acentuar um objectivo, ora outro, ora se fala em controlo directo dos bancos pelas fundações bancárias. Ainda assim, pode entender-se que, mais tarde, o legislador consagrou como principal o primeiro objectivo. De acordo com VECCHIO (1999: 25), “Con la normativa dell’inizio degli anni ’90, il legislatore ha ritenuto che, nel bilanciamento tra i valori costituzionalmente garantiti della tutela del credito e del risparmio e della libertà di perseguimento di fini associativi mediante gestione di imprese strumentali potesse attribuirsi prevalenza alla tutela del credito e del risparmio...”.

<sup>189</sup> Sobre a natureza jurídica das fundações bancárias, cf. *infra*, pp. 89 ss..

<sup>190</sup> Lendo MAURIZIO TANZI (2013: 274) fica clara esta ideia: “Con il decreto delegato (d.lgs. 356/1990) il legislatore aggiustò il tiro per chiarire che l’obiettivo perseguito era quello di creare le condizioni per un processo di ristrutturazione del sistema bancario pubblico e di separare la sfera di operatività degli enti conferenti da quella delle società derivate.”.

com a fusão). Previam-se, ainda, no art. 2.º, as modalidades de actuação para se conseguir alcançar o objectivo previsto no artigo anterior (nomeadamente, a mudança da natureza jurídica destes entes). Eram, por fim, reguladas questões relacionadas com os trabalhadores e com a recapitalização das instituições<sup>191</sup>.

Depois da *Legge Amato*, houve outros diplomas que continuaram a regular e aprofundaram a concretização dos entes que viriam a ser designados por “fondazione bancaria”. O primeiro que merece destaque foi o que alterou a terminologia e estabilizou o termo. Trata-se da Reforma *Ciampi*, correspondente ao D. Legs. n.º 153/1999. Nesse diploma, logo no art. 2.º merece destaque a definição que o legislador dá de fundação<sup>192</sup>:

*Le fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale. Perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti.*

Percebe-se, portanto, que uma mudança que se operou com esta reforma teve que ver com a qualificação jurídica destas instituições, favorecendo uma “privatização material” das mesmas (GUGNONI, 2010: 76). Além disso, manifestaram-se ainda mudanças quanto à definição das relações recíprocas entre os órgãos, quanto à transformação dos sujeitos preexistentes e, por fim, quanto à gestão do património e das actividades da fundação (VECCHIO, 1999: 14). Atente-se no exemplo de GUGNONI (2010: 77) que nos refere que se passou a impedir o exercício por parte destes entes de actividades creditórias, excluindo-se qualquer tipo de financiamento ou de subvenção, directa ou indirecta, a entidades com um

---

<sup>191</sup> Esta lei que veio alterar profundamente o sistema bancário italiano tinha apenas 7 artigos. Talvez por esse motivo tenha sido considerada lacunosa: “... la Legge non era stata molto chiara, anzi si può affermare di essere stata abbastanza lacunosa e confusionaria. Il legislatore aveva apportato parecchia ambiguità all’interno del panorama italiano. La maggior parte degli enti conferenti era nata su iniziativa di privati ed operava grazie a mezzi finanziari privati, tuttavia la loro autonomia nell’operare (e non solo) fu ridotta bruscamente a causa dell’intervento pubblico.” (PASCALE, 2013/2014: 17).

<sup>192</sup> Definição, de resto, em parte criticada pela doutrina, não só porque se pode entender que é a este extracto do sistema jurídico e à jurisprudência que caberia a densificação de definições, como também pela escolha legislativa que implica a mudança (não unicamente terminológica) de “enti conferenti” para “fondazioni”: “La moda, che si va diffondendo anche presso di noi, di premettere al testo legislativo un elenco di «definizioni», non sollecita commenti distinti dal testo se le definizioni corrispondono alla realtà delle fattispecie e dei dati della normativa. Un commento si rende invece opportuno quando la definizione segnala o anticipa una nuova scelta normativa. È quanto si verifica...” (OPPO, 1999: 1).

ânimo lucrativo, exceptuando as empresas instrumentais aos próprios fins destes entes. A consequência prática traduziu-se numa impossibilidade de aquisição ou manutenção, por parte das fundações bancárias, de participações de controlo nas sociedades bancárias. Estabeleceu-se um período transitório de 4 anos, até que as fundações bancárias deixassem de ser titulares das participações de controlo. Em suma, o objectivo fundamental desta reforma acabou por se concretizar na (art. 4, n.º 1, alínea g) e n.º 3) “destinazione delle sue attività a scopi esclusivi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, con la totale separazione funzionale dall'attività creditizia, e al divieto di partecipazioni di controllo nel capitale di società esercenti l'attività bancaria” (GUGNONI, 2010: 78), embora também estivesse em causa uma determinação de colocação destes fundos (vindos de bancos públicos) à disposição da colectividade.

Segundo CAVALLO (2002: 610) esta foi a última reestruturação global do sector na sua vertente civilística, tendo-se promovido, se atentarmos exclusivamente nas palavras da lei<sup>193</sup>, a qualificação das fundações como pessoas colectivas privadas sem fim de lucro, a sua autonomia estatutária e ao nível da gestão e ainda a definição dos fins de acordo com os tradicionais objectivos de utilidade social e de promoção do desenvolvimento económico.

Quanto à mudança na terminologia, a nota que importa deixar prende-se com a redução jurídica que se concretizou. Desde a Lei *Amato* que havia referência aos “enti conferenti”, podendo estes consubstanciar-se, por exemplo, numa associação<sup>194</sup> ou fundação. Ora, a Reforma *Ciampi* vem impor que estes entes sejam necessariamente fundações. Atentemos nas palavras de VECCHIO (1999: 16) a este propósito: “... si afferma una presunta preferenza del legislatore per gli enti di natura fondazionale e si perviene ad una ipotesi di favore per la trasformazione coattiva degli enti associativi in fondazioni e, comunque, si formula un indirizzo favorevole alla cancellazione del ruolo degli organi associativi.”<sup>195</sup>. CAVALLO (2002: 608) diz-nos que foi sobretudo por influência da Associação de Fundações e *Casse di Risparmio* que se verificou esta alteração legislativa<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Com efeito, a lei refere-se à *autonomia estatutária* e à *de gestão*, mas CAVALLO (2002: 611) pensa que, na prática, tal acaba por não se verificar. Refere-se a actos por parte da Administração que fazem com que os estatutos das fundações sejam idênticos entre si e, quanto à capacidade de gestão, aponta a actividade da Administração na *vigilância/supervisão* das contas das contas e do património destes entes.

<sup>194</sup> Como vimos *supra*, historicamente, as *Casse* podiam assumir uma natureza associativa ou fundacional.

<sup>195</sup> De seguida, o autor (1999: 17) questiona-se acerca da conformidade constitucional da exclusão das associações e ainda da transformação coactiva destas pessoas em fundações para obedecerem a esta reforma, chegando mesmo a considerar que esta reforma colocou em causa a lógica da solidariedade (1999: 26).

<sup>196</sup> O autor é, com efeito, bastante crítico ao pretender referir-se a certas pressões com carácter duvidoso: “In

As mudanças provocadas pela Reforma *Ciampi* não se ficaram apenas pela mudança terminológica operada nestes entes, provocando-se, com efeito, uma clarificação, v.g., em matéria fiscal, como veremos *infra*. Nas palavras de FILIPPI (1999: 184), esta mudança operou uma profunda mudança do sistema bancário italiano, afirmando a separação definitiva entre as fundações bancárias e a actividade bancária, redefinindo a natureza jurídica, o objectivo e o âmbito da actividade<sup>197</sup>.

Em 2001, no art. 11.º da Lei n.º 448/2001 introduziram-se novas alterações na matéria fundacional. Com efeito, se com a reforma *Ciampi*, as fundações deviam prosseguir o seu escopo social e filantrópico em pelo menos um sector relevante, por si definidas, com a reforma de *Tremonti*, passou a densificar-se claramente *sector autorizzato* (“*settore ammesso*”) nos seguintes termos (art. 11.º):

*Settori ammessi: 1) famiglia e valori connessi; crescita e formazione giovanile; educazione, istruzione e formazione, incluso l'acquisto di prodotti editoriali per la scuola; volontariato, filantropia e beneficenza; religione e sviluppo spirituale; assistenza agli anziani; diritti civili; 2) prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica; sicurezza alimentare e agricoltura di qualità; sviluppo locale ed edilizia popolare locale; protezione dei consumatori; protezione civile; salute pubblica, medicina preventiva e riabilitativa; attività sportiva prevenzione e recupero delle tossicodipendenze; patologia e disturbi psichici e mentali; 3) ricerca scientifica e tecnologica; protezione e qualità ambientale; 4) arte, attività e beni culturali. I settori indicati possono essere modificati con regolamento dell'Autorità' di vigilanza da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400;*

Para tornar claro o alcance desta intervenção legislativa, convém sublinhar que o

---

questo contesto, assai confusionale, decisiva è stata l'azione dell'associazione di categoria (Acri), che quale *lobby* di pressione ..., ha puntato ad ottenere il riconoscimento per tutti gli enti conferenti (sai quelli a base associativa che istituzionale) della natura fondazionale...”.

<sup>197</sup> A propósito destas mudanças – que vinham já desde a *Legge Amato* –, foi recuperada a expressão de “fazer mover e modernizar a «floresta petrificada» do mundo bancário” (nossa tradução) (MONTEDORO, 1999: 212).



legislador italiano pretendeu que as fundações escolhessem, dentro dos sectores autorizados, os sectores relevantes<sup>198</sup> para prosseguirem a sua finalidade. Isso mesmo resulta claro da análise jurídica que a Comissão teve de levar em conta na DECISÃO n.º 2003/146:

*As fundações bancárias só são autorizadas a operar nos designados «sectores autorizados». A lista dos sectores autorizados está incluída no n.º 1, alínea cA), do artigo 1.º do Decreto n.º 153/99, tal como alterado pela Lei n.º 448 de 28 de Dezembro de 2001 (a seguir designada «Lei n.º 448/01») (9). Estes sectores dividem-se em quatro grandes áreas: 1. apoio e desenvolvimento das pessoas; 2. segurança social; 3. investigação científica e tecnológica e protecção do ambiente; 4. arte, protecção do património cultural e promoção das actividades culturais (10). Todavia, as fundações bancárias são obrigadas a concentrar a sua actividade nos designados «sectores relevantes». Por «sectores relevantes» entendem-se os «sectores autorizados» em que cada fundação opta concretamente por operar. As fundações devem escolher até três sectores relevantes cada três anos. Os sectores relevantes constituem o campo privilegiado de actividade das fundações bancárias, que devem destinar a estes sectores pelo menos 50% do seu rendimento líquido anual.*

PASCALE (2013/2014: 24) entende que esta reforma contribuiu para desviar o legislador do caminho trilhado com a reforma precedente, despromovendo-se, assim, o princípio da autonomia e da independência das fundações. Ao mesmo tempo, pretendeu-se que o Estado tivesse influência nas fundações bancárias. PASCALE (2013/2014: 24) é peremptório ao afirmar que tal postura provoca uma “tensão no panorama sócio-económico italiano” (tradução nossa).

Podemos concluir que, desde os anos 90 até ao início dos anos 2000, houve alterações

---

<sup>198</sup> O art. 2.º, n.º 1, alínea d) da Lei n.º 461/1998 identifica os sectores relevantes. São eles a investigação científica, a educação, a arte, a conservação e valorização dos bens culturais e ambientais, a saúde e a assistência social aos desfavorecidos.

de fundo que se manifestaram no sistema bancário italiano. Mesmo após esta década, por vezes, existiram algumas alterações normativas e divergências acerca da qualificação jurídica destes entes. É precisamente sobre este aspecto que nos referiremos brevemente, de seguida.

### 3.4. A natureza jurídica das fundações bancárias – Referência à decisão da *Corte Costituzionale* n.º 300/2003<sup>199</sup>

Pela evolução acabada de traçar, torna-se claro que o sector bancário no geral e as fundações bancárias em particular ficaram sujeitas a várias divergências quanto à sua natureza jurídica<sup>200</sup>. Na verdade, se é um facto que se pretendeu *privatizar* o sistema bancário (pela diminuição do peso do sector público no sector bancário), também não nos devemos esquecer que o mesmo sector público pretendeu exercer poder sobre as fundações, o que poderia colocar em causa a sua autonomia (embora esta estivesse firmada na lei). Sobre estes problemas acaba por se referir também uma decisão da *Corte Costituzionale*<sup>201</sup> que

---

<sup>199</sup> Decisão disponível *online* em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0300s-03.html>> [Última consulta: 11-06-2016].

<sup>200</sup> Como vimos *supra*, na p. 84, PORZIO, NAPOILITANO e MINERVINI *apud* TANZI (2013: 273, nota 51) atentam nestes entes sobretudo como *holdings* dos bancos. Já, por exemplo, CAVALLO (2002: 607) entende que pese embora seja de considerar a sua natureza como *holding*, não se deverá excluir a natureza pública: “Ma in tema di altri ambiguità strutturali, la natura giuridica (sicuramente pubblica) dell’ente conferente oscila tra la figura della *holding* (com la titolarità di almeno 51% del capitale azionario nella società conferitaria) e le finalità proprie dell’ente di beneficenza ...”. Acrescenta ainda o autor (2002: 610) que o legislador pode pretender *escrever* na lei se um ente tem natureza pública, ou privada, no entanto, será da análise dos seus poderes e competências e daqueles a que está sujeito que se poderá, com rigor, tomar uma posição sobre este assunto. Desta forma, conclui CAVALLO que existem vários poderes públicos que podem ser exercidos sobre as fundações bancárias e, como tal, apesar de eufemisticamente a lei se referir a eles como *supervisão* (“vigilanza”), eles devem ser considerados como poderes de *indirizzo*. CAPRIGLIONE (1999: 88) refere que estes poderes se devem cingir à gestão sã e prudente da fundação, observados os fins estabelecidos nos seus estatutos e não a critérios de rentabilidade do património. Sobre os poderes de *vigilância/supervisão* que a Administração (e, em concreto, o Ministério do Tesouro) pode exercer perante as fundações bancárias (e, concretamente a *vigilância informativa* e a *vigilância inspectiva*, cf. AMOROSINO, 1999: 161 ss.. Uma última nota para referir que o acórdão do Tribunal de Justiça de 10-01-2006, relativo ao processo n.º C-222/04 refere-se a estes poderes no §13 como sendo de “supervisão”.

Ainda no sentido de a fundação bancária não ser um ente privado temos a posição de MERUSI (*apud* CAVALLO, 2002: 611-612) que julga que “la fondazione bancaria, così «privatizzata», da ente pubblico almeno autonomo nei confronti dello Stato persona, è divenuto ente «privato», ma totalmente strumentale della pubblica amministrazione, esponente dell’ordinamento sezionale, cioè il Tesoro quale autorità non solo di mera vigilanza.”.

<sup>201</sup> Na base desta decisão reside um problema de repartição de competências entre as regiões italianas (concretamente, as regiões de Marcas, Emília-Romanha, Toscana e Umbria) e o Estado, a propósito dos entes fundacionais. Para resolver a questão, o tribunal acaba por também se referir à questão da natureza jurídica dos *enti conferenti* – leia-se “fundações bancárias”. Para desenvolvimento da questão concreta em causa, sugere-se a leitura de GUGNONI, 2010: 84 ss..

contextualiza o desenvolvimento legislativo do seguinte modo:

*La legge 30 luglio 1990, n. 218 (Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico), e il successivo decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356 (Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio), hanno dato avvio a una profonda trasformazione e riorganizzazione del settore bancario, anche attraverso la trasformazione delle banche pubbliche in società per azioni. Nelle sue linee generali, il procedimento giuridico previsto si è basato (a) sul cosiddetto «scorporo» della azienda bancaria dagli originari enti creditizi; (b) sulla scissione di questi ultimi in due soggetti: gli «enti conferenti» e le «società per azioni conferitarie» e (c) sul «conferimento» dell'azienda bancaria alla società per azioni conferitaria da parte dell'ente conferente. A quest'ultimo, una volta operato il conferimento, era affidata (1) la gestione del pacchetto azionario, da esso detenuto nella società conferitaria, oltre (2) all'azione – tradizionale per le Casse di risparmio – nel campo della promozione dello sviluppo sociale, culturale ed economico.*

Atendendo à evolução normativa existente, o Tribunal sublinha que entende que se operou uma transformação na natureza jurídica dos *enti conferenti*. Estes tornaram-se fundações privadas, que prosseguem exclusivamente os fins de utilidade social e de promoção do desenvolvimento económico, de acordo com o previsto nos seus estatutos:

*... la trasformazione della natura giuridica degli originari enti conferenti può dirsi normativamente realizzata. Essi – quali enti pubblici gestori della partecipazione al capitale delle società conferitarie – cessano di esistere come tali, dal momento dell'approvazione, entro centoottanta giorni dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 153 [art. 2, comma 1, lettera l), della legge n. 461],*

*delle modifiche statutarie rese necessarie per l'adeguamento alle nuove disposizioni e vengono trasformati in «fondazioni», «persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale» che «perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico» secondo quanto previsto dai rispettivi statuti» (art 2 del d. lgs. n. 153 del 1999). Il patrimonio delle fondazioni è espressamente vincolato agli scopi statutari (art. 5, comma 1, dello stesso decreto).*

(destaque nosso)

Mais adiante, a decisão do tribunal constitucional italiano é clara ao referir que se as fundações se assumiram como entes privados:

*... in origine legava l'ente pubblico conferente e la società bancaria, e ha trasformato la natura giuridica del primo in quella di persona giuridica privata senza fine di lucro...*

Concluindo que não será admissível a tese contrária:

*Questo modo di ragionare presuppone che le fondazioni di origine bancaria e le loro attività rientrino in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione insenso soggettivo e oggettivo. Dopo il d. lgs. n. 153, questo presupposto non è più sostenibile.*

Em suma – e quanto à natureza jurídica das fundações bancárias –, podemos referir que se continuam a existir dúvidas acerca da natureza pública ou privada (FARINHO, 2014: 180), o Tribunal procurou esclarecê-las. Com esta decisão – e pese embora a existência de poderes públicos a que estas fundações estão sujeitas –, o Tribunal considerou que estes entes eram privados.

### 3.5. Elementos fundacionais – especial referência aos órgãos e ao património

Quantos aos elementos fundacionais, ficou claro, pela exposição que temos vindo a concretizar, que as fundações bancárias deverão definir o seu objecto e actuar tendo em conta um fim de utilidade social que territorialmente se circunscreva na região onde a fundação tem a sua sede. Importa-nos, neste momento, indagar acerca das disposições que os estatutos devem conter, concretamente no que diz respeito aos órgãos. GENTILI (1999: 66) chama-nos a atenção para o facto de a lei impor um órgão de orientação (“*indirizzo*”), de administração (“*amministrazione*”) e ainda de fiscalização (“*controllo*”). A cada um destes órgãos, a lei impõe certas funções, conforme previsto no art. 4.º, n.º 1 do D. Legs. n.º 153/1999.

Assim, para o caso do órgão de orientação, está em causa a atribuição de competências para definir o programa, as prioridades e os objectivos, em matéria de (i) aprovação e modificações do estatuto e dos regulamentos internos; (ii) nomeação e demissão dos titulares dos órgãos de administração e de fiscalização; (iii) exercício de acções de responsabilidade relacionadas com os titulares dos órgãos de administração e de fiscalização; (iv) aprovação das contas; (v) definição das linhas gerais da gestão patrimonial e da política de investimentos; e ainda (vi) deliberação sobre transformações e fusões. Quanto à sua composição, os titulares deste órgão deverão ser escolhidos, atendendo a uma representação adequada do território, com particular ênfase nos entes locais, garantindo uma eficaz prossecução dos objectivos estatutários. De acordo com os poderes em causa, podemos, numa primeira análise, identificar o órgão de orientação com uma Assembleia Geral<sup>202</sup>, embora os seus poderes extravasem aqueles que são típicos dos de uma assembleia numa associação ou sociedade.

Para a sua composição, devemos referir que os entes locais nomeiam a maioria dos seus membros, em conformidade com o previsto no art. 4.º, n.º 1, alínea c).

Quanto ao órgão de administração, é importante realçar que, nos termos da alínea e) do mesmo artigo, compete-lhe concretizar a actividade da fundação no âmbito dos

---

<sup>202</sup> A identificação, tendo em conta algumas das funções do órgão de orientação, pertence a GENTILI (1999: 67) que, no entanto chama a atenção para o facto de a comparação não poder ser encarado de modo tão sério, após uma análise cuidada: “Del resto, l’identificazione dell’organo di indirizzo con l’Assemblea della s.p.a. [sociedade por acções] nonostante talune analogie qualificante (valgano per tutte le competenze relative all’approvazione del bilancio) è più aparente che reale...”. No ordenamento jurídico português, não é comum as fundações consagrarem nos estatutos uma Assembleia Geral, todavia um “Conselho de Curadores” pode ter atribuições que se identificam com as de uma Assembleia Geral de uma associação, por exemplo.

programas, das prioridades e dos objectivos estabelecidos pelo órgão de orientação. GENTILI (1999: 76) esclarece-nos dos poderes efectivos que este órgão detém. Assim, se é ao órgão de orientação que cabe a definição dos objectivos, é ao órgão de administração que compete, em concreto, a escolha dos projectos que devem ser seguidos e as iniciativas que devem ser financiadas.

É também ao órgão de administração que compete o exercício directo da empresa instrumental<sup>203</sup> à fundação e, bem assim, a diversificação de investimentos, salvaguardando o património fundacional. Convém, no entanto, não esquecer que os poderes que este órgão está habilitado a exercer compreendem apenas a administração ordinária (GENTILI, 1999: 76).

Quanto à composição do órgão de administração, o legislador optou por deixar liberdade aos entes para definirem quer o número de titulares<sup>204</sup>, quer o processo de nomeação, sendo certo que existem certas incompatibilidades<sup>205</sup>.

No que concerne ao órgão de controlo, apenas se esclarece, quanto à composição, no n.º 4, que poderão fazer parte deste órgão as pessoas “que tenham os requisitos profissionais para o exercício do controlo legal das contas”. Os titulares do órgão têm o dever, de acordo com o art. 10.º, n.º 3, de informar a autoridade responsável pela *vigilância/supervisão*<sup>206</sup> das fundações bancárias de quaisquer irregularidades que detectem.

Existem outros órgãos que podem fazer parte da fundação bancária. GENTILI (1999: 81) exemplifica com órgãos consultivos ou auxiliares que podem ser criados e regulados pelos estatutos.

---

<sup>203</sup> Sobre a definição de empresa instrumental (“*impresa strumentale*”), veja-se o art. 1.º, n.º 1, alínea h) do D. Legs. n.º 153/1999: “*impresa esercitata dalla fondazione o da una società di cui la fondazione detiene il controllo, operante in via esclusiva per la diretta realizzazione degli scopi statutari perseguiti dalla Fondazione nei settori rilevanti*”.

<sup>204</sup> A este propósito, importa esclarecer que a doutrina entende que será admissível a nomeação de um Administrador único (GENTILI, 1999: 77).

<sup>205</sup> Por exemplo, não poderá ser administrador da fundação alguém que pertença ao conselho de administração da sociedade bancária detida pela fundação. Também não poderá ser alguém que seja titular do órgão de orientação da fundação, embora este último órgão possa ter competência para nomear os membros do órgão de administração (GENTILI, 1999: 78-79).

<sup>206</sup> Como vimos *supra*, na nota 200, há autores criticam o legislador por utilizar um vocábulo exterior à doutrina jus-administrativista para designar um poder de “vigilância”. É certo que este instituto ainda está “em vias de configuração”, no entanto, podemos indicar alguns destes poderes por parte da Autoridade: aprovação das modificações estatutárias, parecer sobre as operações que tenham por objecto as participações detidas pela fundação na sociedade bancária, autorização preventiva às operações de transformação e de fusão, etc. Existem também funções instrumentais ao exercício do poder de *vigilância*, como poderes informativos, inspectivos e correctivos. Em certas circunstâncias, há lugar a poderes extraordinários. Para maiores desenvolvimentos, cf. AMOROSINO, 1999: 163 ss..

Quanto ao património, devemos começar por esclarecer que o legislador italiano não fornece uma noção deste elemento, todavia quer doutrina, quer jurisprudência dedicaram-se ao tema (ALPA, 1999: 39). Em termos sintéticos – e, sem prejuízo de remetermos para o que dissemos *supra*, na análise geral dos elementos fundacionais –, podemos afirmar, com ALPA (1999: 41) que o “património é unitário e deve ser destinado à realização dos objectivos fundacionais, que devem coincidir com os objectivos definidos pelo legislador” (tradução nossa). As disposições fundamentais encontram-se nos art. 5.º a 8.º do D. Legs. n.º 153/1999. Imediatamente no primeiro artigo, o legislador faz referência à observação de um critério prudente de risco para a fundação gerir o seu património. Ao mesmo tempo, deverá existir uma “diversificação do património” (art. 7.º). Destes dois artigos, segundo ALPA (1999: 53) pode-se concluir que o património deverá obedecer às seguintes características:

- a) Estar vinculado a um objectivo de utilidade social e de promoção do desenvolvimento económico;
- b) Promover um adequado rendimento;
- c) Ser composto por instrumentos de investimento diversificados;
- d) Ser gerido de acordo com princípios de economicidade;
- e) Ser prosseguido com recurso a modalidades idóneas a garantir a transparência, a gratuidade e a equidade;
- f) Ser conservado no seu valor.

No que concerne à composição do património, interessam-nos sobretudo os artigos 6.º, 7.º, 18.º e 19.º. Assim, importa esclarecer que o legislador optou por distinguir entre a composição do património da fundação que não seria admissível e aquela que é admissível. Na primeira categoria encontram-se, *v.g.*, a aquisição de participações de controlo em sociedades com objecto diverso do de uma empresa instrumental (art. 6.º, n.º 1)<sup>207</sup>. Neste

---

<sup>207</sup> Existem regras para considerar se esta participação de controlo continua a existir ou não. Vejamos o enquadramento jurídico que a Comissão atribuiu a estes casos, através da DECISÃO n.º 2003/146, § 36:

*As participações de controlo noutras empresas devem ser cedidas ou desagregadas. O artigo 6.º do Decreto n.º 153/99 estabelece que o controlo subsiste nos casos previstos pelos n.ºs 1 e 2 do artigo 2359.º do código civil. Por conseguinte, o controlo subsiste quando uma fundação:*

*a) Com base em acordos celebrados com outros sócios, independentemente da forma que assumam, tem o direito de nomear a maioria dos administradores ou dispõe da maioria dos votos válidos na assembleia ordinária;*

*b) Tem o poder, com base em acordos celebrados com outros sócios e independentemente da forma que*

contexto, CAPRIGLIONE (1999: 99-100) é claro ao referir que o texto normativo exclui a detenção de uma participação bancária que permita a possibilidade de exercitar uma influência dominante, na medida em que esta se mostre contrária aos fins estatutários. Dito de outro modo, poderemos concluir que será possível manter participações sempre que as mesmas não digam respeito a uma situação de controlo, limitando-se a fundação a receber os dividendos e renunciando ao poder de gestão que tais participações eventualmente lhe confeririam.

Quanto à segunda categoria – aquela em que a lei atribui indicações no sentido positivo, permitindo, portanto, a sua inserção no património fundacional –, importa destacar, sem prejuízo de outros elementos, os seguintes:

- a) Empresas instrumentais, exercidas directamente pela fundação (art. 1.º, alínea h)) ou participações sociais de sociedades que exercem a empresa instrumental daquela que a fundação detenha controlo (art. 1.º, alínea h) e art 6.º, n.º 1)<sup>208</sup>;
- b) Reservas obrigatórias e facultativas (art. 7.º);
- c) Quotas em fundos imobiliários (art. 18.º, n.º 1 e 19.º, n.º 1).

Por último, devemos esclarecer que o património se não é imutável, também deve ser administrado com parcimónia (ALPA, 1999: 56). Com efeito, ele deverá ser gerido com eficiência, mas, da sua gestão, não deverá decorrer uma diminuição de activos.

---

*assumam, de subordinar o próprio consentimento à nomeação ou exoneração da maioria dos administradores; c) Tem capacidade para exercer os direitos ou os poderes previstos nas alíneas a) e b), devido a relações de carácter financeiro e de organização.*

CAPRIGLIONE (1999: 100 ss.) tece algumas considerações acerca deste controlo e da noção de controlo prevista no Texto Único Bancário. Quanto às razões pelas quais não são admissíveis participações de controlo, CAPRIGLIONE (1999: 104) entende que, em certos casos, o legislador poderá estar a demonstrar uma posição de “intransigência”, aponta sobretudo “motivos políticos” para a decisão, já que entende que não existem motivos técnicos que possam justificar a decisão. PREDIERI (1999: 124 ss.) é igualmente muito crítico desta solução e identifica similitudes com a expropriação, embora conclua que neste caso são se tomam as mesmas precauções.

<sup>208</sup> A Comissão é clara na sua análise ao ordenamento jurídico ao referir, no § 35 da DECISÃO n.º 2003/146 que as fundações apenas podem deter participações de controlo em empresas (i) que sejam instrumentais dos fins estatutários; e (ii) apenas dentro dos sectores relevantes. Apesar disso, no § 51, refere a Comissão que, de acordo com a informação fornecida pelas autoridades italianas, à data da decisão nenhuma fundação tinha ainda usufruído desta possibilidade de exercer directamente uma actividade nos sectores relevantes.



### 3.6. O regime tributário e fiscal das fundações bancárias

Para abordarmos o regime fiscal das fundações bancárias, devemos ter presente, por um lado, o desenvolvimento histórico que se operou no sector e, por outro lado, a natureza jurídica destes entes. Com efeito, sendo certo que tratamos de *fundações bancárias privadas*, que prosseguem finalidades de *utilidade social*, especialmente na região onde se situa a sua sede, não estranharíamos que estivesse consagrado um regime fiscal mais favorável do que aquele que é aplicável às sociedades comerciais. A primeira questão que colocamos é, por isso, se estes entes são entes comerciais ou entes não-comerciais. A resposta a esta questão não é totalmente unânime. O acórdão do TJUE relativo ao Processo n.º C-222/04 refere no seu § 50<sup>209</sup>:

*Existem divergências até no órgão jurisdicional de reenvio. Certas decisões admitiram a **natureza não comercial das fundações bancárias**, com o fundamento de que a gestão das participações em empresas bancárias, bem como das participações detidas em empresas diferentes da sociedade bancária, mais não são do que um instrumento de obtenção dos meios financeiros indispensáveis para a prossecução dos fins sociais e culturais atribuídos ao organismo. Outras decisões pronunciaram-se em sentido contrário, considerando irrelevantes, para efeitos do regime fiscal privilegiado, dos fins sociais e culturais, visto que as entidades em questão podiam exercer a sua actividade no mercado bancário e*

---

<sup>209</sup> Neste caso, o juiz italiano formulou um pedido de interpretação de certas regras europeias aos juizes do TJUE, através de um processo de reenvio prejudicial. O problema que se colocava tinha que ver com o facto de certa fundação bancária funcionalmente assumir a gestão e a propriedade de uma sociedade bancária, pelo exercício de poderes de controlo, podendo, v.g., nomear e demitir os membros dos diversos órgãos. As dúvidas do juiz italiano e a sua decisão final teriam de se focar, nomeadamente, na determinação de sujeição ou de não sujeição destes entes às regras de concorrência, sobre se o regime fiscal mais favorável de que gozavam estes entes poderia ser considerado um auxílio de Estado, de acordo com a legislação comunitária e, por fim, se estaria em causa alguma violação da liberdade de estabelecimento. Tendo em conta a natureza de um processo de reenvio prejudicial, o TJUE afirmou que a mera titularidade de participações sociais de uma sociedade bancária por parte de uma fundação bancária não bastaria para que se considerasse esta última como uma empresa. Assim, o juiz italiano deveria avaliar se a fundação controlava directa ou indirectamente a gestão de modo que pudesse ser considerada “empresa” na acepção do então art. 87.º TCE (hoje, art. 107.º TFUE). Para uma análise de decisões jurisprudenciais italianas e europeias sobre a temática das fundações bancárias e as ajudas de Estado, cf. LABATE, 2010: 37 ss..

noutros mercados em concorrência com as outras empresas.

(destaques nossos)

Também a Comissão Europeia na DECISÃO N.º 146/2003 concluiu, no § 59, que estes entes não deveriam ser considerados empresas:

*A Comissão considera que a actividade de gestão do próprio património e de utilização do rendimento dele decorrente para a concessão de subvenções a entidades sem fins lucrativos que operam com objectivos de utilidade social não é uma actividade económica, não classificando portanto as fundações como empresas na acepção do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE [hoje, art. 107.º TFUE].*

Por outro lado, como bem recorda VITALIANO MERCURIO (1999: 1220), o art. 12.º do D. Legs. n.º 153/1999 atribui a estes entes a natureza de não-comerciais. Apoiando-se na lei e em decisões judiciais, também GUGNONI (2010: 193-194) entende que, em regra as fundações bancárias deverão ser qualificadas como “entes não-comerciais”, acrescentando que o facto de estas deterem participações nos bancos não será suficiente para lhes retirar o escopo não lucrativo. Essa circunstância apenas ocorrerá em certos casos, previstos no art. 12.º do D. Legs. n.º 153/1999 e que FILIPPI (1999: 178 ss.) e MONTEDORO (1999: 195) clarificam:

- a) Se as fundações bancárias não adequarem os seus estatutos às disposições civilísticas, previstas no Título I do D. Legs. n.º 153/1999;
- b) Se não tiver prosseguido ou se não prosseguir o fim de utilidade social previsto;
- c) Se não operar num sector relevante, conforme definido *supra*;
- d) Se, após 31 de Dezembro de 2005, ainda detiver participações sociais de controlo na sociedade bancária;
- e) E, por fim, se, após 31 de Dezembro de 2005, for titular de bens imóveis não instrumentais.

Quanto à alínea d) impõe-se uma explicação adicional. Como FILIPPI (1999: 179)

recorda, a legislação fiscal italiana previa um incentivo fiscal para a alienação das participações de controlo. O objectivo do legislador acaba por garantir que as fundações, ainda que sejam titulares de participações sociais em sociedades bancárias, não as possam controlar. Por esse motivo, podia a autoridade responsável pela supervisão (“*vigilanza*”), determinar a alienação coactiva das participações sociais (FILIPPI, 1999: 180). Importa, no entanto, esclarecer que o legislador procurou incentivar esta alienação e, neste contexto, criou uma isenção na tributação das mais-valias resultantes da alienação destas participações sociais (art. 4.º da Lei n.º 461/1998 e art. 13.º do D. Legs. 153/1999).

Em suma, quanto ao primeiro problema que colocámos, isto é, o problema de saber se estes entes seriam entes comerciais ou não-comerciais, podemos dizer, com MISCALI (1995: 1065):

*Dal quadro di riferimento complessivo emerge evidente la natura non commerciale dell’attività svolta dalle fondazioni bancarie.*

(destaques nossos)

Devemos, agora, questionar-nos sobre qual deverá ser a taxa a ser aplicada a estes entes. Ou, dito de outro modo, atendendo a que estes entes se podem qualificar como não-comerciais (partindo do princípio que se obedecem aos requisitos que apontámos *supra* e que, portanto, não exercem uma actividade comercial a título principal), deverá a taxa aplicável aos impostos sobre o rendimento ser inferior àquela que é aplicável às sociedades comerciais?

Até 2004, entendia-se que seria ser aplicável uma taxa correspondente a metade da taxa a ser aplicável às pessoas jurídicas. Na verdade, de acordo com o então art. 12.º, n.º 2 do D. Legs. n.º 153/1999, deveria ser aplicável a estes casos o art. 6.º do dPR n.º 601/1973<sup>210</sup>. Desta forma, sempre que as fundações não tivessem carácter comercial (e já podemos concluir que a maior parte da doutrina acolhe este entendimento), prosseguissem um interesse público e de utilidade social<sup>211</sup>, operando nos sectores da assistência social, da arte,

---

<sup>210</sup> Sobre os argumentos avançados pela doutrina para se concretizar a remissão para o art. 6.º do dPR n.º 601/1973, cf. MISCALI: 1995, 1060.

<sup>211</sup> A este propósito, MARIO MISCALI (1995: 1066) refere que a aplicação do art. 6.º do dPR n.º 601/1973 apenas seria possível após análise dos fins primários e os fins acessórios ou instrumentais da fundação (o que, naturalmente, permitiria comprovar a característica da não comercialidade da fundação).

da cultura e da investigação científica e ainda se operassem nos sectores relevantes, conforme definidos *supra*, deveria ser aplicado esta taxa reduzida<sup>212</sup> (PIERA, 1999: 180). Importante seria, ainda, como alerta MONTEDORO (1999: 194), que as fundações adequassem os seus estatutos de acordo com as previsões do título I do D. Legs. n.º 153/1999, concretamente no que diz respeito às participações de controlo (*v.g.*, art. 6.º)<sup>213</sup>.

Em 2004, com a aprovação do D. Legge. n.º 168/2004, foi revogado o art. 12.º, n.º 2 do D. Legs. n.º 153/1999. Consequentemente, deixou de ser possível a aplicação da taxa da metade do IRPEG (art. 12.º, n.º 4 do D. Legs. n.º 153/1999). Ficou, pois, definida para o ano em curso a aplicação de uma taxa de 25% (art. 2.º, n.º 5).

Actualmente – e após a reforma que introduziu o IRES –, devemos atentar no TUIR. O art. 73.º, n.º 1, alínea c) refere expressamente que este diploma se aplica aos entes públicos e privados, distintos das sociedades e aos *trusts* que não tenham por objecto exclusivo ou principal o exercício de actividades comerciais e ainda aos organismos de investimento colectivo de poupança, com sede em Itália. A taxa a ser aplicada agora é 24% (art. 77.º TUIR), não havendo distinção nas taxas a aplicar entre sociedades e entes comerciais, entes não-comerciais e fundações bancárias (LABATE, 2010: 47), embora o cálculo do rendimento seja operado de modo diverso em cada situação (art. 81.º TUIR para o caso das sociedades e art. 143.º e 144.º TUIR para o caso dos entes não-comerciais e das fundações bancárias<sup>214</sup>) (LABATE, 2010: 48).

### **3.7. O caso da *Fondazione Monte dei Paschi di Siena***

Nos pontos *supra*, analisámos os motivos do legislador para reformar o sistema bancário italiano, verificámos a evolução legislativa operada no sector, debruçamo-nos sobre os elementos que o regime legal impõe a estes entes e concluímos com o regime fiscal a que os mesmos estão sujeitos.

---

<sup>212</sup> Conforme é evidenciado no § 52 do acórdão do TJUE relativo ao Processo n.º C-222/04, o então art. 12.º, n.º 2 do D. Legs. n.º 153/1999 tinha carácter interpretativo, ou seja a taxa reduzida deveria ser aplicada a exercícios anteriores aos da entrada em vigor desta legislação.

<sup>213</sup> Neste contexto, MONTEDORO (1999: 197-198) lembra, ainda, que, com o objectivo de favorecer a reestruturação bancária, não haveria tributação (“*tassatività*”) das mais-valias (“*plusvalenze*”) no caso de as fundações procederem à alienação das suas participações.

<sup>214</sup> Assim, por exemplo, nos termos do art. 144.º, não se consideram como rendimentos sujeitos a tributação os resultantes de actividades de recolha de fundos para a prossecução dos objectivos fundacionais, nem aqueles que são transmitidos pela Administração Pública com os mesmos fins.

Atentaremos, agora, num exemplo concreto de uma fundação bancária que actua na zona da Toscana: a *Fondazione Monte dei Paschi di Siena* (adiante “Fundação MPS”)<sup>215</sup>.

Esta fundação debruça-se, nos termos do art. 3.º dos Estatutos, sobre fins de utilidade social nos sectores da investigação científica, da educação, da arte, da saúde e da assistência às classes sociais mais frágeis e ainda sobre a valorização da dos bens e das actividades culturais e ambientais, especialmente numa relação com a cidade e com a Província de Siena. Por estes motivos, pode-se caracterizar a Fundação MPS como uma instituição sem fim lucrativo e com o objectivo de promover o bem-estar social (PASCALE, 2013/2014: 59), algo, de resto, comum às demais fundações bancárias<sup>216</sup>.

Apesar disso, pela análise das *subvenções atribuídas pela fundação em anos anteriores* (“Contributi Assegnati Anni Precedenti”), concluímos que a fundação alterou drasticamente o montante atribuído (relativamente a projectos de terceiros, passou de um contributo de mais de EUR 74.000.000,00 em 2010 para EUR 0,00 em 2015. O apoio a projectos próprios também sofreu uma diminuição de cerca de EUR 26.000.000,00 para pouco mais de EUR 2.000.000,00 em 2015. Os motivos têm que ver com a deterioração das condições financeiras da fundação<sup>217</sup> que levaram à diminuição da participação da Fundação MPS no Banco de 51% para 3,1% em 2014 (PASCALE, 2013/2014: 63).

O património da Fundação MPS aparece regulado no art. 4.º dos Estatutos. Aí se dispõe que inicialmente o património compreendia a participação no Banco. Refere-se, igualmente, que o património é totalmente vinculado à prossecução dos fins estatutários, devendo a sua gestão ter lugar de acordo com critérios prudenciais de risco e de economicidade, de modo a conservar o valor do património e obter um rendimento adequado.

PASCALE (2013/2014: 60) chama-nos, ainda, a atenção para o facto de, à data do seu estudo, a Fundação deter participações em empresas instrumentais, a saber, a Siena Biotech, s.p.a. e a Vernice Progetti Culturali, s.p.a. (as quais detém a 100%) e ainda a Biofund, s.p.a. (que detém a 79,5%).

---

<sup>215</sup> Para um desenvolvimento histórico desta fundação, cf. PASCALE (2013/2014: 53 ss.).

<sup>216</sup> Para uma análise detalhada das actividades apoiadas pela Fundação MPS em 2015 sugerimos a leitura do respectivo balanço, pp. 26 ss., disponível *online*: <[http://www.fondazionemps.it/ita/wp-content/uploads/2016/05/FMPS\\_BILANCIO\\_2015.pdf](http://www.fondazionemps.it/ita/wp-content/uploads/2016/05/FMPS_BILANCIO_2015.pdf)> [Última consulta: 11-07-2016].

<sup>217</sup> A deterioração da situação financeira da Fundação MPS teve que ver com a crise que se experienciou globalmente a partir de 2008, somada a más opções ao nível de gestão da *Banca Monte dei Paschi di Siena*, concretamente a compra da *Banca Antonveneta* ao grupo Santander e a concretização de operações extraordinárias de derivados (PASCALE, 2013/2014: 63 ss.).

Os órgãos da Fundação MPS aparecem enumerados no art. 6.º dos Estatutos. Aí se refere que existe um órgão de direcção (“*indirizzo*”), a *Deputazione Generale*; um órgão de gestão (“*amministrazione*”), a *Deputazione Amministrative*; um Presidente; um órgão de fiscalização (“*controllo*”), o *Collegio dei Sindaci*; e ainda um Provedor/Secretário-Geral (“*Provveditore*”), o *Direttore Generale*. Não iremos desenvolver excessivamente as atribuições de cada um destes órgãos, mas existem certos aspectos que merecem a nossa atenção. Assim – e em primeiro lugar –, importa referir que, nos termos do art. 6.º, n.º 4 dos Estatutos, nenhum dos titulares de qualquer órgão de direcção, gestão ou controlo da Fundação MPS poderá ser igualmente titular de qualquer um dos órgãos de sociedades concorrentes da Banca Monte dei Paschi di Siena. Julgamos que tal medida deveria ir um pouco mais longe, para ser garante de uma verdadeira independência entre a entidade que maioritariamente financia a fundação e a Fundação MPS. Com efeito, pensamos que, para se garantir total independência, não deveria ser possível o cúmulo de cargos no Banco e na Fundação MPS. Por outro lado, se atentarmos no art. 7.º dos Estatutos, verificaremos que na organização e gestão da Fundação MPS se verifica uma influência de entidades locais. Com efeito, analisado o art. 7.º, constatamos que dos 14 membros que devem compor a *Deputazione Generale*, 11 serão designados por entidades locais, a saber: a Câmara Municipal de Siena (“*Comune*”) e a Província de Siena (“*Provincia*”), a Região da Toscana (“*Regione*”), as Universidades de Siena (“*Università degli Studi di Siena*” e “*Università per Stranieri di Siena*”), a Arquidiocese (“*Arquidiocesi*”) e ainda a Câmara de Comércio, Indústria, Artesanato e Agricultura (“*Camera di Commercio, Artigianato e Agricoltura*”). Percebemos, pois, que a nomeação dos membros prima, de acordo com os estatutos da Fundação MPS, por um critério assente na escolha por parte das instituições *supra* referidas atendendo a certos aspectos, como o facto de serem residentes naquela região e de possuírem qualidades profissionais e culturais que permitam desempenhar o cargo (art. 7.º, n.º 5 e 6). Ao mesmo tempo, deverão os membros deste órgão observar uma autonomia e independência no exercício do seu cargo, atendendo ao interesse da fundação (art. 7.º, n.º 4). Aquilo que nos interrogamos, neste momento, tem que ver com a relação entre a *independência* face às instituições locais que nomeiam e a possibilidade de (re) nomeação. Com efeito, nos termos do art. 12.º, n.º 2, os membros dos órgãos de *Deputazioni* podem ocupar os cargos em dois mandatos sucessivos. Ora, se tais interesses não forem coincidentes, perguntamos: tendo agido um membro de forma a defender os interesses da

Fundação MPS, ao invés de prosseguir os interesses da entidade que o nomeou, como se garante esta *independência*? Importa esclarecer que o órgão de que cuidamos apresenta uma vasta lista de competências (art. 8.º) onde se incluem, além da possibilidade de rever os estatutos; a definição e programação da actividade da fundação e seus objectivos; a definição das linhas gerais dos investimentos a serem efectuados; etc.

Por fim – e quanto à extinção da fundação –, será importante referir que existe uma impossibilidade de o património fundacional regressar à esfera do instituidor. Neste contexto, definir-se-á a fundação que receberá os bens da Fundação MPS, assegurando que o património fundacional continua ao serviço da região. Importa, a este propósito esclarecer que é este o regime que resulta do art. 11.º, n.º 7 do D. Legs. n.º 153/1999.

### **3.8. Conclusões sobre o regime fundacional em Itália**

Aqui chegados, importa, antes de mais, esclarecer que as fundações bancárias em Itália não são fundações criadas por empresas. Na verdade, historicamente, percebemos que o desenvolvimento do escopo não lucrativo de ajuda à Comunidade, vem de há muito, associado ao espírito caritativo dos primitivos *Monti*. Além disso, foi devido às reformas sucessivas de que o sector bancário foi alvo que se permitiu a cisão nesta actividade. Numa primeira fase, foram as fundações bancárias que dominaram as participações nos bancos, fazendo com que estas se pudessem qualificar como “fundações-empresa”. Numa segunda fase, as participações de controlo foram sendo reduzidas, apesar de ser possível (como acontece com a Fundação MPS) à fundação deter outras sociedades. Desta forma, a própria fundação consegue prosseguir o seu escopo não lucrativo.

Percebemos, desta forma, que a construção deste instituto em Itália oferece condicionalismos históricos a ter em conta e que, quanto ao regime fiscal não se verifica um regime de favor como aqueles que existiam nos exemplos anteriores. Ainda assim, há aspectos ao nível da organização das fundações que deveriam ser limados, garantindo-se uma verdadeira autonomia face a entes estranhos à fundação e, a nível patrimonial, permitindo o desenvolvimento contínuo de projectos, para que a actividade da fundação não sofra quedas abruptas entre os diversos anos, fruto de conjunturas internas ou internacionais desfavoráveis. Assim, com PASCALE (2013/2014: 78), dizemos que:

*In tale contesto, le fondazioni potrebbero ben svolgere un ruolo risolutivo di controversie facendo da “tramite” tra il Pubblico e il Libero Mercato, di modo da evitare disallineamenti di intenti tra i due ambiti.*

Para tanto – e, como prossegue o autor –, apenas será necessário garantir uma *autonomia* em face dos entes públicos e um distanciamento face ao banco que dá nome à fundação.



## V. As fundações de empresa em Portugal

### 1. Ausência de previsão na LQF; aplicação do regime geral

Em Portugal não existe um corpo legislativo que congregue toda a matéria relativa às fundações no âmbito fiscal. Com efeito, como pudemos verificar *supra*, nas páginas 30-31, ainda existe um corpo legislativo considerável no que às fundações diz respeito. A LQF teve o mérito de agrupar grande parte das disposições relativas à *vida* das fundações, no entanto não as disciplinou no plano fiscal<sup>218</sup>. Por esse motivo, seguimos as regras gerais, ao nível do IRC, previstas neste código na secção III (relativa às pessoas colectivas e outras entidades residentes que não exerçam, a título principal, actividade comercial, industrial ou agrícola).

No entanto, no âmbito fiscal – e porque o nosso objecto de estudo versa sobre as *fundações criadas por empresas* –, teremos, ainda, oportunidade de analisar uma questão relativa à tributação das próprias sociedades comerciais que instituem estes entes. Referimo-nos à questão da aplicação do art. 92.º CIRC.

#### 1.1. Regime fiscal das fundações privadas

Aqui chegados, somos capazes de compreender que em Portugal não existe um regime administrativo que regule especificamente a realidade das *fundações criadas por empresas*. A mesma afirmação é válida quanto ao regime fiscal destas entidades, apesar da existência de um *regime do mecenato* mas que não observa certas especificidades que entendemos que deveria incluir<sup>219</sup>. Para analisarmos o regime fiscal das fundações privadas, propomo-nos a atentar especialmente nas regras gerais de tributação das pessoas colectivas e outras entidades residentes que não exerçam, a título principal, actividade comercial, industrial ou

---

<sup>218</sup> Note-se que, no que ao domínio fiscal diz respeito, não poderemos dizer que fosse imprescindível que a legislação fiscal relativa às fundações se encontrasse regulada num único diploma. Com efeito, e na sequência do que se referiu *supra*, na nota 179, podemos, com CASALTA NABAIS (2015: 204) apontar que «...se a cada tipo de contribuintes fosse contemplado com o seu estatuto fiscal, com o seu “código” fiscal, então estaríamos caídos na dissolução dos códigos fiscais, para não dizer na total anarquia e num regresso à Idade Média, com a agravante de não estarmos mais na Idade Média.” No entanto, fazemos notar que também no que às fundações diz respeito, temos vários diplomas a regular aspectos de tributação.

<sup>219</sup> Dito de outro modo, é um regime que se mobiliza independentemente de os donativos ocorrerem das sociedades para uma fundação que seja afectada ao mesmo grupo empresarial ou para outra qualquer entidade, desde que os requisitos para que o benefício fiscal seja reconhecido estejam reunidos.

agrícola (secção III do CIRC). A análise ao regime fiscal não será, pois, exaustiva, bastando-nos pela análise deste imposto e pelos benefícios fiscais correspondentes<sup>220</sup>. Por outro lado, convirá ter presente que “a generalidade das regras fiscais mais favoráveis apenas são aplicáveis às fundações na medida em que estas hajam sido reconhecidas como pessoas colectivas de utilidade pública, *lato sensu*.”<sup>221</sup> (DUARTE, 2008: 57).

Em termos de organização sistemática, temos presente que no IRC importam, ao nível da tributação, (i) os exercícios a seguir à criação da fundação (aquele que começamos por analisar); (ii) o momento anterior a estes, que é o da instituição da fundação (que será analisado após o estudo da definição e funcionamento do IRC, uma vez que sistematicamente o inserimos numa parte relativa às isenções) e ainda (iii) a questão da tributação das empresas pelos donativos (sendo que, neste caso, são as empresas e não as fundações os sujeitos passivos).

### **1.1.1. IRC**

Não é esta, naturalmente, a sede própria para desenvolvermos as principais questões acerca da tributação em sede de IRC, no entanto tratando-se de uma problemática importante no que diz respeito ao *terceiro sector* e às fundações não nos inibiremos de explicitar algumas das disposições relativas a este imposto, sendo certo que dispensaremos o aprofundamento de matérias que não se enquadram no nosso objecto de estudo.

#### **a) Definição e incidência**

O IRC é um imposto que incide sobre o rendimento das pessoas colectivas. Tem sido muito estudado a nível internacional, no entanto, começa a ser questionado, ora por razões

---

<sup>220</sup> Como lembra GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS (2015: 149), os benefícios fiscais de que as fundações de utilidade pública podem gozar encontram-se dispersos. FELICIANO BARREIRAS DUARTE (2008: 26 ss.) refere exaustivamente os diplomas fundamentais em matéria fiscal das fundações, a saber, os relativos ao IVA, IRC, EBF, Restituição do IVA à Igreja Católica e às IPSS (DL n.º 20/90), IS, IMI, IMT e IUC. RENAN NASCIMENTO DE OLIVEIRA (2015: 178 ss.) aborda algumas especificidades do regime tributário de alguns destes impostos.

<sup>221</sup> Sobre as pessoas colectivas de utilidade pública, cf. *supra*, pp. 47 ss..

relativas à concepção do imposto<sup>222</sup>, ora por motivos de praticabilidade<sup>223</sup>.

Quanto à incidência do IRC, distinguimos a incidência pessoal<sup>224</sup> da incidência real ou objectiva. Nos termos do art. 2.º, n.º 1, alínea a) CIRC, estão sujeitos a IRC “As sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, as cooperativas, as empresas públicas e as demais pessoas colectivas de direito público ou privado, com sede ou direcção efectiva em território português<sup>225</sup>” (nosso sublinhado). O artigo seguinte esclarece qual é a incidência real ou objectiva do imposto. Ora, no caso das fundações e, uma vez que, em princípio<sup>226</sup>, estas não prosseguem o lucro, nem são cooperativas, verifica-se uma sujeição à tributação *rendimento global*<sup>227-228</sup>. De acordo com a explicação de JOSÉ CAMPOS AMORIM (TEIXEIRA/AZEVEDO,

---

<sup>222</sup> Concretizando, diremos que, apelando ao princípio base do Direito Fiscal (o da capacidade contributiva), será discutível se e em que medida as pessoas colectivas devem estar sujeitas ao pagamento de imposto. Apesar das dúvidas teóricas, para já, não se considera, “seriamente, a eliminação deste tipo de imposto. Até porque ele é bem aceite pela generalidade dos cidadãos” (MORAIS, 2007: 6-7). No caso especial das fundações, as dúvidas surgem, uma vez que estas são entidades sem ânimo de lucro ou sem finalidade lucrativa que “ao dar satisfação a esses interesses sociais, mobilizando para tal os correspondentes recursos, fazem despesas que, a não se assim, teriam de ser custeadas com receitas públicas, ou seja com impostos” (NABAIS, 2005: 252).

<sup>223</sup> GLÓRIA TEIXEIRA (2010: 74) dá conta que este imposto pode oferecer custos elevados para a sua implementação.

<sup>224</sup> Para a incidência pessoal, procuramos responder à questão “Quem está sujeito a imposto?”. Na anotação de MIGUEL CAMELO ao art. 2.º CIRC (TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 426), o autor refere que se entende “por sujeito passivo de IRC a pessoa ou entidade sobre quem é susceptível de recair o dever de cumprir uma obrigação de natureza tributária imposta pelo presente Código, designadamente a obrigação principal – a obrigação de imposto”.

<sup>225</sup> É com base nesta parte do artigo que inserimos as fundações na obrigação de pagamento do imposto. Expressamente MIGUEL CAMELO (TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 427) refere que se inserem neste n.º 1 “Pessoas colectivas de tipo fundacional ou institucional”.

<sup>226</sup> Um esclarecimento se impõem a este propósito. Dizemos que “em princípio” as fundações não prosseguem o lucro, mas não queremos, está bem de ver, com isto significar que poderão ser aceitáveis fundações cujo escopo seja a prossecução do lucro. Já sabemos que, se for esse o caso (ou, na explicação mais rigorosa de CASALTA NABAIS (2005: 255), se a finalidade for a “obtenção de lucros para os distribuir pelos respectivos membros”), o ente a ser constituído deverá ser uma sociedade. Assim, a questão que se coloca tem que ver com as circunstâncias em que as fundações poderão desenvolver actividades lucrativas. Estas actividades não poderão corresponder à actividade principal das fundações. No dizer de SALDANHA SANCHES (2007: 359) “nas entidades sem fins lucrativos começam por ser determinados os seus rendimentos tributados para efeitos de IRS e sobre estes se faz incidir o IRC, procedendo-se a uma distinção entre rendimentos associativos (que podem ser, por exemplo, quotas de uma associação) e rendimentos comerciais (que podem ser constituídos pela venda de certos serviços a sócios ou a terceiros). São tributados apenas os rendimentos comerciais que eventualmente originem”.

<sup>227</sup> A Informação Vinculativa n.º 325/05, de 14 de Novembro de 2005 (com despacho concordante da Directora de Serviços do IRC) refere expressamente o seguinte: “As pessoas colectivas de direito privado, com sede e direcção efectiva em território português, que não exerçam, a título principal, uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, sujeitos passivos de IRC, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art.º 2.º do respectivo Código, são tributadas neste imposto pelo seu rendimento global, correspondente à soma algébrica dos rendimentos líquidos das diversas categorias consideradas para efeitos de IRS e, bem assim, dos incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito, conforme a alínea b) do n.º 1 do art.º 3.º do Código do IRC.” (nosso sublinhado).

<sup>228</sup> O que não significa, de resto, que deixem estas entidades de estar sujeitas ao CIRC. No dizer de ABÍLIO RODRIGUES (TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015:717), “o legislador determina, em função das entidades sujeitas a

2015: 432), os sujeitos passivos “que não exercem a título principal uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, estão sujeitos a IRC pelo seu rendimento global, correspondente à soma algébrica dos rendimentos das diversas categorias consideradas para efeitos de IRS<sup>229</sup> e, bem assim, dos incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito” (art. 3.º, n.º 1, alínea b) CIRC). Será, então, legítima a questão de saber se será possível – e em que circunstâncias – incluir rendimentos empresariais (correspondentes, portanto, à categoria B do IRS – art. 3.º CIRS. Para responder a esta questão, temos a ajuda de SUZANA TAVARES DA SILVA/CLÁUDIA DIAS SOARES (2015: 90) que nos dizem que devem ser observadas duas regras nestes casos. A primeira regra identificada pelas autoras aponta para que o rendimento líquido da actividade possa vir a processar-se de acordo com as regras do CIRC, se essas entidades dispuserem de contabilidade organizada. Já a segunda chamada de atenção prende-se com a *(in)comunicabilidade* dos rendimentos das diversas categorias. Para analisarmos melhor esta segunda chamada de atenção (presente no art. 53.º, n.º 2, alínea a) CIRC), devemos tecer algumas considerações acerca do artigo em causa. Importa, antes de mais, esclarecer que esta disposição se encontra na secção III do capítulo II do CIRC (ou seja, a propósito da matéria colectável das pessoas colectivas e entidades residentes que não exerçam, a título principal, actividade comercial, industrial ou agrícola). O n.º 1 dispõe do seguinte modo:

*O rendimento global sujeito a imposto das pessoas colectivas e entidades mencionadas na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º é formado pela soma algébrica dos rendimentos líquidos das várias categorias determinados nos termos do IRS, incluindo os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito, aplicando-se à determinação do lucro tributável as disposições deste Código.*

---

tributação, com implicações diretas na quantificação do imposto a suportar, bem como no conjunto de obrigações impostas às mesmas. Na verdade, tanto as entidades que exercem a título principal uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, como aquelas que não exercem as referidas actividades, pelo menos a título principal, estão sujeitas a IRC.”

<sup>229</sup> Se pode parecer estranha a tributação de pessoas colectivas (como as entidades sem fins lucrativos, onde se incluem as fundações) com recurso ao IRS, SALDANHA SANCHES (2007: 359) dá-nos uma explicação: “vale o princípio segundo o qual é da natureza dos rendimentos que decorre a sua tributação ou não tributação, com sede da decisão situada no IRS”.

No dizer de JOSÉ CAMPOS AMORIM (TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 715) será necessário distinguir entre (i) os rendimentos provenientes do exercício de uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola que não seja a actividade principal (categoria B do IRS), os rendimentos de aplicação de capitais (categoria E do IRS), os rendimentos prediais (categoria F do IRS), os ganhos de mais-valias resultantes da alienação de quaisquer direitos ou bens (categoria B do IRS); e (ii) os rendimentos derivados do exercício de actividades culturais, recreativas e desportivas. Se no 1.º caso se aplicam as regras definidas para efeitos do rendimento líquido de cada categoria do IRS, no 2.º está em causa uma isenção.

A *incomunicabilidade* dos prejuízos de uma categoria para a outra encontra-se prevista a partir do n.º 2. O que se permite é uma *dedutibilidade* de prejuízos fiscais (alínea a) do n.º 2) e de menos-valias (alínea b) do n.º 2) aos rendimentos da mesma categoria num ou em mais dos cinco períodos de tributação posteriores<sup>230</sup>, até um limite de 70% do lucro tributável.

Uma última nota para dar conta que o n.º 3 deste artigo permite *uma dedução correspondente a 50% dos rendimentos incluídos na base tributável correspondentes a lucros distribuídos por entidades residentes em território português, sujeitas e não isentas de IRC, bem como relativamente aos rendimentos que, na qualidade de associado, auferam da associação em participação, tendo aqueles rendimentos sido efectivamente tributados.*

## **b) Matéria colectável**

No apuramento da matéria colectável devemos ter em atenção as diferentes situações que podem ocorrer, concretamente a possibilidade de a fundação não ter ou ter levado a cabo a prossecução de uma actividade de natureza lucrativa.

Quando a fundação não desenvolve essas actividades, procede-se à soma do rendimento líquido obtido em cada categoria do IRS (art. 15.º, n.º 1, alínea b) e art. 53.º e 54.º CIRC). Vejamos esquematicamente os passos que devem ser seguidos:

---

<sup>230</sup> Chamamos a atenção para o facto de se ter alterado pela Lei n.º 82-C/2014, de 31 de Dezembro o período em que se admite esta dedutibilidade de prejuízos fiscais de 5 para 12 períodos de tributação. Segundo ABÍLIO RODRIGUES (TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 718) a alteração surgiu “no sentido de fazer corresponder os prazos previstos pelas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 53.º do CIRC com o prazo para dedução de prejuízos fiscais previsto no artigo 52.º”. Todavia, mais recentemente, pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março (que aprova o Orçamento do Estado para 2016), este artigo sofreu uma nova alteração, voltando a consagrar um prazo de dedutibilidade de prejuízos fiscais de 5 anos.

- 1) **Identificação e cálculo dos benefícios fiscais que consistam em deduções ao rendimento;**
  
- 2) **Identificação e cálculo dos gastos comuns e outros imputáveis, comprovadamente imputáveis à obtenção dos rendimentos (art. 23.º CIRC):** PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO (TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 537 ss.) diz-nos que a noção de “gastos”<sup>231</sup> foi sendo paulatinamente desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência com base nas situações práticas que se iam colocando. O que estava em causa era, sobretudo, a necessidade de densificar esta noção, de modo a «justificar/documentar a sua [dos gastos] indispensabilidade para obtenção de “proveitos” (na terminologia mais recente, “rendimentos”)» (TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 537)<sup>232</sup>. Todavia, pela Lei n.º 2/2014, o n.º 1 do art. 23.º foi alterado, definido agora gastos como sendo “suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC”. Desta forma, “tal definição é feita consagrando o critério geral de que são considerados gastos e perdas todos os que forem incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a imposto (ao invés da formulação anterior que assentava na comprovada indispensabilidade para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora)” (SANDRA VIDEIRA e VICTOR DUARTE *in* TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 542). De acordo com os mesmos autores, “o grau de incerteza associado à interpretação do conceito de indispensabilidade e o volume de litigância dele resultante determinaram a segunda modificação normativa, tendo em vista a clarificação do regime de dedutibilidade de gastos para efeitos

---

<sup>231</sup> Apenas com o DL n.º 159/2009 se alterou a epígrafe e o texto deste artigo de “custos ou perdas” para “gastos”.

<sup>232</sup> Para uma selecção de jurisprudência relacionada com esta problemática, cf. TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 539 ss..

fiscais” (TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 543). O n.º 2 oferece alguns exemplos de gastos que poderão ser aceites e o n.º 4 refere-se a elementos que devem constar necessariamente da documentação para que esta seja aceite como “gasto”. Segundo CASALTA NABAIS (2015: 516) esta mudança no n.º 1 é que foi determinante para as “exigências relativas à comprovação documental dos gastos”.

A propósito dos gastos será ainda necessário abordar o art. 54.º CIRC. De acordo com esta disposição, “Os gastos comprovadamente indispensáveis à obtenção dos rendimentos (...) e que não estejam especificamente ligados à obtenção dos rendimentos não sujeitos ou isentos de IRC são deduzidos, no todo ou em parte, a esse rendimento global, para efeitos de determinação da matéria colectável...”. JOSÉ CAMPOS AMORIM (TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 727) começa por chamar a atenção para o facto de não estarem aqui em causa gastos específicos de cada um dos rendimentos, mas antes de gastos que são comuns à obtenção dos rendimentos e que não foram considerados na determinação do rendimento global, mas que foram necessários para a obtenção do rendimento global, no todo ou em parte. Por outro lado, o legislador também distingue neste âmbito duas situações: aquela em que os gastos estão ligados à obtenção de rendimentos sujeitos e não isentos (e que são deduzidos na totalidade), daquela em que os rendimentos estão ligados à obtenção de rendimentos sujeitos e não isentos e de rendimentos não sujeitos e isentos<sup>233</sup>. ABÍLIO RODRIGUES (TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 729) refere que “só os gastos que estejam diretamente associados à obtenção de rendimentos sujeitos e não isentos de IRC poderão ser deduzidos”, concluindo que “a principal dificuldade dá-se nos casos em que os gastos não são totalmente identificáveis com um destes tipos de rendimento, podendo estar na

---

<sup>233</sup> Para esclarecimento, a lei refere no n.º 3 o que se considera serem rendimentos não sujeitos a IRC (“as quotas pagas pelos associados em conformidade com os estatutos, bem como os subsídios destinados a financiar a realização dos fins estatutários”) e isentos (“os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito destinados à directa e imediata realização dos fins estatutários”).

origem dos dois tipos de rendimento”. É estas situações da alínea b) que o n.º 2 tenta esclarecer: “a parte dos gastos comuns a imputar é determinada através da repartição proporcional daqueles ao total dos rendimentos brutos sujeitos e não isentos e dos rendimentos não sujeitos ou isentos, ou de acordo com outro critério considerado mais adequado aceite pela Autoridade Tributária e Aduaneira”.

Chegamos, assim, ao momento em que se obtém “a *matéria colectável*, à qual se aplicará a respectiva taxa, apurando-se, deste modo a correspondente *colecta*” (itálicos no original) (Nabais, 2015: 527).

A taxa de tributação é de 21%, nos termos do art. 87.º, n.º 5 CIRC.

**3) Deduções, sempre que aplicável, do montante correspondente à dupla tributação internacional, do valor dos benefícios fiscais que tenham essa modalidade e do valor das retenções na fonte não susceptíveis de compensação ou reembolso (art. 90.º, n.º 2 CIRC). Temos, pois, o valor do imposto a pagar.**

**4) Tributações autónomas:** No caso das fundações, esta tributação é especialmente agravada, de acordo com o disciplinado no art. 88.º CIRC.

### **c) Isenções**

Analisámos já a tributação no caso em que as fundações aparecem como entidades que estão sujeitas ao pagamento do imposto, independentemente de prosseguirem certas actividades de carácter comercial, industrial ou agrícola ou não. Resta-nos, agora, abordar as isenções. No dizer de RUI DUARTE MORAIS (2007: 53) “Estamos perante uma *isenção* quando a lei subtrai à tributação, através da previsão normativa de um facto impeditivo, situações e sujeitos que, de outro modo, estariam abrangidos pelo âmbito da norma de incidência do imposto” (itálico no original).

Existem isenções de concessão automática e isenções dependentes de



reconhecimento<sup>234</sup>. Porque, no caso das fundações privadas<sup>235</sup>, lidamos sobretudo com isenções que se encontram sujeitas a reconhecimento, não nos referiremos às demais<sup>236</sup>. Vamos, pois, atentar, sobretudo, no art. 10.º, n.º 1, alínea c) CIRC<sup>237</sup>. De acordo com esta previsão, as pessoas colectivas de mera utilidade pública<sup>238</sup> que prossigam, exclusiva ou predominantemente, fins científicos ou culturais, de caridade, assistência de beneficência, solidariedade social ou de defesa do meio ambiente estão isentas de IRC. Nos termos do n.º 2, tal isenção “carece de reconhecimento pelo Ministro das Finanças, (...), que define a respectiva amplitude”<sup>239</sup>.

Foi neste contexto que teve oportunidade de se pronunciar o Tribunal Central Administrativo do Sul.

---

<sup>234</sup> CASALTA NABAIS (2015: 503-505) refere-se a esta distinção e exemplifica com as isenções que cabem numa e noutra categoria.

<sup>235</sup> Não vamos desenvolver a questão da tributação dos institutos públicos, dizendo apenas que nesse caso, verifica-se uma isenção de tributação, nos termos do art. 9.º CIRC. De acordo com RUI DUARTE MORAIS (2007: 54), “pouco sentido parece fazer que o Estado, como regra, se tribute a si próprio. Isto sem ignorar a personalidade jurídica própria das várias pessoas colectivas de direito público e a transferência de recursos que o imposto origina”.

<sup>236</sup> Apenas deixamos a nota que o art. 11.º CIRC refere no n.º 1 que “Estão isentos de IRC os rendimentos directamente derivados do exercício de actividades culturais, recreativas e desportivas”, no entanto, no n.º 2 refere-se apenas a “associações”, o que faz supor que o legislador apenas terá querido abarcar estes entes da economia social na sua previsão, deixando uma isenção por reconhecimento às fundações. Para maiores desenvolvimentos sobre a realidade pratica desta isenção para as associações, cf. SILVA/SOARES, 2015: 102-103.

<sup>237</sup> Se olharmos para as primeiras duas alíneas, concluiremos que as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa e as IPSS e entidades equiparadas não estão sujeitas a um regime de reconhecimento de utilidade pública (diferente será a questão do reconhecimento para a sua constituição como pessoas colectivas, ou do reconhecimento de benefícios fiscais). Veja-se, v.g., o que refere o Ofício Circulado n.º 20140/2009, de 04 de Agosto de 2009: “Considerando que a isenção das Pessoas Colectivas de Utilidade Pública Administrativa e das Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS) e entidades anexas, bem como das pessoas colectivas legalmente equiparadas às IPSS (alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 10.º do CIRC), opera actualmente de forma automática e com efeitos retroactivos à data da verificação dos respectivos pressupostos, devem os Serviços de Finanças esclarecer os sujeitos passivos requerentes que se encontrem abrangidos por tal regime, da desnecessidade do seu pedido a fim de evitar a instauração de processos inconsequentes, ...”. Sobre as alterações, relativamente às exigências de pedido de reconhecimento de benefício fiscal por parte da Administração, cf. SILVA/SOARES, 2015: 97-98.

<sup>238</sup> Remetemos para o que se disse *supra* (pp. 47 ss.) acerca do regime das fundações de utilidade pública.

<sup>239</sup> A Informação Vinculativa n.º 3504/05, com despacho da Directora de Serviços em 15-02-2006 densifica o regime legal: “Nestes termos, as entidades que possuam o estatuto de pessoa colectiva de utilidade pública, de acordo com o Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, e que pretendam usufruir da isenção de IRC prevista no artigo 10.º do CIRC devem solicitá-la, mediante requerimento dirigido ao Ministro das Finanças, sendo o respectivo processo administrativo de reconhecimento concluído pelo despacho ministerial a publicar no Diário da República, no qual se definirá a respectiva amplitude, de harmonia com os fins prosseguidos e as actividades desenvolvidas para a sua realização, pelas entidades em causa e as informações dos serviços competentes da Direcção-Geral dos Impostos e outras julgadas necessárias.”. A doutrina tem questionado até que ponto se pode considerar esta uma “concessão” uma vez verificados os requisitos legais (MORAIS, 2007: 55). Para maiores desenvolvimentos acerca da *discricionariedade* ou *vinculação* da Administração e os eventuais problemas que a este propósito se podem colocar, cf. OLIVEIRA, 2015: 182 ss..

A questão que se colocava tinha que ver com um benefício fiscal que a EDP, S.A. tinha solicitado e que lhe foi negado pela Autoridade Tributária. Concretamente, a EDP, S.A. transmitiu, como dotação inicial da Fundação EDP, prédios no valor de EUR 22 351 847,00 e pretendia ver esse valor reconhecido como custos ou perdas do exercício.

Ora, a atribuição do benefício fiscal resultante da criação de uma fundação e da composição da sua dotação inicial está dependente de despacho conjunto do Ministério das Finanças e do Ministério da tutela (no caso e à época, o Ministério da Cultura)<sup>240</sup>. Para tal, a Fundação EDP deveria prosseguir maioritariamente fins culturais e, em caso de extinção da fundação, os bens deveriam reverter em favor do Estado ou em favor de uma das entidades previstas no artigo 10.º CIRC. No entanto, no caso concreto, colocava-se, por um lado, uma questão de aplicação da lei fiscal no tempo e, por outro lado, outras questões relativas aos requisitos para a satisfação dos benefícios fiscais, a saber:

A) A falta de previsão expressa nos estatutos da reversão dos bens a favor do Estado ou de uma das entidades previstas no art. 10.º CIRC impede o reconhecimento dos benefícios fiscais?

B) Exigindo a lei um despacho conjunto, existe uma incompetência material se o despacho for efectuado unicamente por um dos Ministérios?

Quanto à 1.ª questão, importa esclarecer que os estatutos da Fundação EDP<sup>241</sup> não prevêm uma reversão dos bens nem para a EDP, S.A., nem para o Estado ou qualquer uma

---

<sup>240</sup> De acordo com o art. 62.º, n.º 1, alínea d), n.º 2 e n.º 9 EBF e art. 10.º CIRC, os donativos que concorram para a dotação inicial de uma fundação que prossiga fins de natureza predominantemente social ou cultural, serão considerados como custos ou perdas do exercício em valor correspondente a 140%, 130%, ou 120% do respectivo total, consoante a fundação se destine exclusivamente à prossecução de fins de carácter social; sejam atribuídos ao abrigo de contratos plurianuais, celebrados para fins específicos, que fixem objectivos a prosseguir pelas entidades beneficiárias, e os montantes a atingir pelo sujeito passivo; ou se destinem exclusivamente a fins de carácter ambiental, desportivo e educacional, respectivamente. Para tal, deverá haver um reconhecimento por parte dos Ministros das Finanças e da tutela, através de despacho, desde que: (i) se verifique a prossecução dos fins predominantemente sociais e, à época, culturais; e (ii) os estatutos prevejam que em caso de extinção os bens revertem em favor do Estado ou de pessoas colectivas de utilidade pública ou de instituições particulares de solidariedade social (e entidades anexas, bem como aquelas que a elas se equiparem legalmente) ou ainda de pessoas colectivas de mera utilidade pública que prossigam predominantemente fins científicos ou culturais, de caridade, de assistência, de beneficência, solidariedade social e defesa do meio ambiente (art. 10.º CIRC).

<sup>241</sup> Entretanto, os estatutos da Fundação EDP sofreram alterações. Hoje, é o artigo 23.º que trata da extinção da fundação. De qualquer forma, continuam os estatutos a não prever o destino dos bens da fundação, em caso de extinção, sendo certo que agora a mesma não se poderá dar sem parecer prévio favorável do instituidor: “O Conselho de Administração pode aprovar, com voto favorável de um mínimo de dois terços dos respectivos

das entidades referidas no art. 10.º CIRC. O exacto teor do preceito nos estatutos constava do artigo 19.º:

*A modificação dos estatutos, assim como a transformação ou extinção da Fundação e destino dos respectivos bens, dependem de autorização prévia da autoridade competente para o reconhecimento, dada sob proposta do conselho de administração, deliberada com o voto favorável de um mínimo de dois terços dos respectivos membros em reunião expressamente convocada para o efeito.*

Quanto ao Conselho de Administração, previa-se nos estatutos (artigo 9.º) que o mesmo seria nomeado trienalmente pelo Conselho de Administração da EDP.

O Tribunal evocou a teoria de Manuel de Andrade<sup>242</sup>, sobre a interpretação e integração dos negócios jurídicos, para concluir que não se verificou uma vontade do instituidor da Fundação EDP (a EDP, S.A.), de fazer reverter os bens da fundação para o Estado ou uma das entidades do art. 10.º CIRC. Ademais, tendo a empresa mantido parte do controlo sobre o Conselho de Administração da Fundação EDP, percebe-se que indirectamente existia uma influência da empresa sobre a fundação que a mesma criou

---

membros, em reunião expressamente convocada para o efeito, com parecer prévio favorável do Conselho de Curadores e do Conselho de Administração Executivo da fundadora EDP, proposta de declaração ou decisão de extinção a submeter à autoridade competente para o reconhecimento.”. Ainda assim, desde 2012, a LQF parece resolver o problema do destino dos bens em caso de extinção da fundação, ao referir no seu art. 12.º que quando o instituidor não o refere expressamente, no acto de instituição, o remanescente após a liquidação é entregue a uma associação ou fundação de fins análogos. Devem os órgãos da fundação que está a ser extinta pronunciar-se acerca do critério de escolha da associação ou fundação. Se tal não ocorrer, o critério será determinado pela entidade responsável pelo reconhecimento das fundações.

<sup>242</sup> Quanto à interpretação dos negócios jurídicos, diz-nos MANUEL DE ANDRADE (1974: 311-326): “Segundo nos parece, o declaratório deve naturalmente perguntar-se, quando se trata de fixar o sentido da respectiva declaração negocial, o que quis dizer o declarante. Mas para obter a resposta não deve ser obrigado a empenhar toda a diligência e inteligência possível, mas só a de uma pessoa razoável – isto é, mediana, normal –, que estivesse na posição concreta em que ele próprio está.”. Todavia, neste ponto devemos preocupar-nos sobretudo com a integração, já que não existe um artigo claro nos Estatutos da Fundação EDP sobre o destino dos bens. Apesar de interpretação e integração dos negócios jurídicos ter “pontos de contacto”, a “diferença conceitual [entre a interpretação e a integração] é evidente.”. Assim, no que diz respeito à integração de lacunas, diz-nos MANUEL DE ANDRADE que caso não exista norma supletiva a ser aplicada (ainda que por analogia) e caso seja necessário resolver a omissão (como resulta do caso que analisamos), deve atentar-se na “vontade hipotética ou conjectural das partes”. Nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, “Trata-se da *vontade que presumivelmente elas teriam tido se tivessem previsto o ponto omissivo*; do modo como elas o teriam regulado se o ponto não tivesse ficado estranho às suas previsões.”. Itálicos no original.

(respeitando, obviamente, os limite impostos pela vontade do instituidor). À mesma conclusão chegou o acórdão, ao referir:

*Olhando para Estatutos da Autora é patente que a entidade instituidora pretendeu manter na sua esfera de influência e de domínio a fundação, não obstante lhe outorgar o gozo de autonomia financeira (cláusula 5.<sup>a</sup>); fê-lo através da cláusula que estabelece que o seu Conselho de Administração é designado pelo próprio Conselho de Administração da EDP, consagrando assim o domínio (indirecto) desta sobre aquela. Neste contexto, não é aceitável que se veja na cláusula 19.<sup>a</sup> a consagração da reversão dos bens da Fundação a favor do Estado, porque em tal caso prevalecerão, necessariamente, os interesses da entidade instituidora.*

Quanto à 2.<sup>a</sup> questão, importava saber se existia uma incompetência material do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. O acórdão refere que quando se exige um despacho conjunto uma de três situações pode ocorrer: (i) ou os órgãos acordam em promover o despacho, (ii) ou o recusam, (ii) ou têm entendimentos diversos. Foi este o caso. Nestas circunstâncias, cada órgão poderá colher para si as consequências do seu acto, não sendo legítimo que as imponha ao outro órgão. Tal não significa que o acto emitido não tenha validade, ou que o seu autor seja incompetente para a sua emissão.

Por todos estes motivos, a acção foi julgada improcedente e o benefício fiscal não foi concedido à EDP.

Por fim, referiremos esquematicamente os benefícios fiscais (resultantes do EBF) a que existentes, quando uma empresa (instituidora ou não) efectua donativos<sup>243</sup> para uma fundação já instituída:

---

<sup>243</sup> O EBF prevê no seu artigo 61.º a noção de donativo, identificando algumas características, como sejam 1) a entrega em dinheiro ou em espécie, 2) sem contrapartidas que configurem obrigações de carácter pecuniário ou comercial, 3) a certas entidades públicas ou privadas, 4) cuja actividade esteja relacionada com iniciativas na área social, cultural, ambiental, desportiva ou educacional.

- **Art. 62.º, n.º 3 EBF** – são considerados como custos ou perdas do exercício, até um limite de 8/1000 do volume de vendas ou de serviços os donativos prestados a certas entidades ou fundações de carácter beneficente, de assistência e de solidariedade social, etc. Estes custos podem ainda ser elevados a 130% do respectivo total ou 140% nos casos do n.º 4 ou a 150% nos casos do n.º 5.
- **Art. 62.º, n.º 6 EBF** – são considerados como custas ou perdas do exercício, até um limite de 6/1000 do volume de vendas ou de serviços os donativos atribuídos a várias entidades (onde se incluem fundações) que se dediquem à investigação, excepto científica, de defesa do património histórico-cultural e do ambiente. Uma vez mais, estes custos podem ser elevados a 120%, 130% ou 140% do respectivo total nas situações previstas no n.º 7. Em qualquer caso, deverão as fundações obter junto do membro do Governo da tutela a declaração do seu enquadramento neste regime e do interesse ambiental, ambiental, desportivo ou educacional (n.º 10).
- **Art. 62.º-A EBF** – as fundações privadas são, a par de outras entidades, destinatárias do regime do mecenato científico (n.º 1 e 3). Neste caso, serão considerados como gastos ou perdas do exercício, até ao limite de 8/1000 do volume de vendas ou de serviços prestados, em valor correspondente a 130% para efeitos do IRC ou da categoria B do IRS, os donativos atribuídos a tais fundações. Poderá ser majorado tal valor para 140% em caso de existência de contratos plurianuais, fixando objectivos e montantes a atribuir pelos sujeitos passivos (n.º 4).
- **Art. 62.º-B EBF** – as fundações privadas são, a par de outras entidades, destinatárias do regime do mecenato cultural (n.º 1-5). Neste caso, serão considerados como gastos ou perdas do exercício, até ao limite de 8/1000 do volume de vendas ou de serviços prestados, em valor correspondente a 130% para efeitos do IRC ou da categoria B do IRS, os donativos atribuídos a tais fundações. Poderá ser majorado tal valor para 140% em caso de existência de

contratos plurianuais, fixando objectivos e montantes a atribuir pelos sujeitos passivos (n.º 4).

### **1.1.2. A tributação das sociedades comerciais que instituem fundações de empresa. A questão das transferências ao abrigo do artigo 92.º CIRC**

Após a análise do regime fiscal e da tributação das fundações privadas, é tempo de nos debruçarmos sobre a problemática do IRC das sociedades comerciais. Não vamos alongar-nos em explicações gerais sobre o regime, mas atentaremos, apenas, num aspecto relacionado com o resultado da liquidação (art. 92.º CIRC), a propósito da imposição de um limite no valor a deduzir como benefícios fiscais.

De acordo com o art. 92.º CIRC, existe um limite à dedução de benefícios fiscais, “prevendo[-se] no n.º 1 que o imposto liquidado não possa ser inferior a 90% do montante que seria apurado se o sujeito passivo não usufrísse de benefícios fiscais” (JOSÉ CAMPOS AMORIM *in* TEIXEIRA/AZEVEDO, 2015: 944). Isto significa que, com excepção dos casos previstos no n.º 2, “as empresas ficam limitadas na possibilidade de deduzir benefícios fiscais ao IRC no valor de 10%” (*Ibidem*). Quer isto dizer que sempre que estejamos a considerar os benefícios fiscais, *v.g.*, a propósito do regime do mecenato, devemos ter em conta que existem dois limites a serem respeitados: por um lado, o limite da norma que densifica o próprio limite fiscal e, por outro lado, o limite que o art. 92.º CIRC impõe.

## **1.2. Propostas**

A propósito da tributação das fundações, bem lembra CASALTA NABAIS (2005: 270) que tal enquadramento deverá ter em conta todo o terceiro sector, dependendo da integração europeia e da globalização. Por outras palavras, afirma o autor que a tributação dependerá do “funcionamento da sociedade contemporânea”, sendo certo que a prossecução por parte destas ou de outras entidades de actividades que fariam parte do escopo do Estado (atendendo às exigências da Comunidade) não provocará no mesmo Estado a oportunidade de “aligeirar as suas responsabilidades” (NABAIS, 2005: 270).

Nesta sede, seria conveniente, do ponto de vista formal, agrupar toda a legislação fiscal (algo que, de resto, se havia procurado fazer quando o legislador emanou o EFB), ao invés

de a mesma estar espalhada por diversos diplomas e legislação extravagante.

Quanto à legislação relativa às fundações criadas por empresas, convém referir que CASALTA NABAIS (2005: 272-273) entende que seria caso de uma “discriminação inaceitável” a dotação por terceiros, em caso de *fundações empresariais*, gozar de isenção de imposto sobre o rendimento junto do doador e aquela que é *interna*, ou seja, provem de lucros gerados pelo grupo, não. Apesar disso, como teremos oportunidade de desenvolver, entendemos que existem especificidades quer no regime, quer na concepção do modelo que podem justificar diferenças a nível da tributação.

### 1.3. Conclusões

Podemos concluir, com RENAN NASCIMENTO DE OLIVEIRA (2015: 201), que em Portugal não existe um regime fiscal unificado, estando o concreto regime fiscal de cada imposto e os respectivos benefícios fiscais previstos no código de cada imposto ou no EBF. Por outro lado, o regime fiscal está mais dependente do reconhecimento do estatuto de utilidade pública e não das características dos entes (*v.g.* de ser uma associação ou fundação ou ainda das concretas características de cada um destes entes, em função das tipologias que assumem). Este regime significa, em primeiro lugar, que não há diferenças ao nível da tributação entre fundações constituídas por empresas e fundações que não são constituídas por empresas. O regime fiscal será, no entanto, mais favorável caso as fundações detenham o estatuto de utilidade pública. Neste caso, os benefícios aplicar-se-ão a donativos efectuados, independentemente da qualidade do doador, ainda que este seja o instituidor e, de certa forma, tenha um interesse, mesmo que meramente *reputacional*, na doação. Neste contexto, as empresas têm vantagens na criação de fundações ou na concessão de donativos a essas entidades.

De qualquer forma, os principais benefícios fiscais a que assistimos nesta sede prendem-se, por um lado com a instituição da fundação e, por outro lado, com as transferências (subvenções) que vão sendo realizadas ao longo da vida desta instituição.

Começando por aqueles que dizem respeito à instituição da fundação, estes dizem respeito a uma isenção relativa ao montante que fará parte do património a dotar a fundação. Para tanto, o Estado pretendeu assegurar-se, correctamente do nosso ponto de vista, que as fundações deveriam garantir que, em caso de extinção, a massa patrimonial de bens

continuará afectada à prossecução do interesse que havia presidido à criação da fundação, v. g., pela atribuição de tal massa de bens a fundações que prosseguissem escopo idêntico.

Ao longo da vida da fundação outros benefícios podem existir quer para a fundação, quer para as empresas que a podem ir dotando de meios para a prossecução do seu interesse. Concluimos, neste âmbito, que existem *regimes de favor*, mas que obedecem a um duplo limite. Por um lado, os artigos correspondentes ao EBF consagram expressamente um limite de 6/1000 ou de 8/1000 a ser deduzido, consoante os casos, relativo aos gastos ou despesas. Ainda assim, é possível que, em certas circunstâncias, existam majorações de alguns gastos, o que significa que será possível, com base em previsões económicas de um ano, determinar a quantidade de donativos que deverão ser efectuados, de modo a garantir um pagamento de impostos mais baixo. Note-se que este procedimento, em si mesmo, não contém nada de errado ou juridicamente censurável. Tal apenas poderia ocorrer, do nosso ponto de vista, se a fundação fosse criada como sendo um *veículo* próprio para garantir uma tributação mais *eficiente*.

Por outro lado, a norma do art. 92.º CIRC consagra o segundo limite ao dispor, como verificámos *supra*, que “empresas ficam limitadas na possibilidade de deduzir benefícios fiscais ao IRC no valor de 10%”.

A solução para estes problemas, parece-nos, passaria por garantir um regime fiscal fundacional agrupado e coerente, distinguindo diferentes situações que se poderão colocar, como proporemos de seguida.



## VI. Considerações finais

Ao longo da presente dissertação pudemos observar, num primeiro momento, a evolução histórica do sector fundacional e debruçámo-nos sobre o modo de intervenção destes entes na Comunidade, caracterizando-os como entes de um *terceiro sector*, que não o sector público ou o sector privado. De seguida, procurámos caracterizar os elementos essenciais que fazem parte das fundações e, ainda, atendendo ao direito comparado, narrámos as principais diferenças que existem em diferentes abordagens da relação entre empresas e fundações. Por fim, procurámos caracterizar a realidade fundacional portuguesa, com diversas relações existentes entre as empresas e as fundações.

Inicialmente, apercebemo-nos que a predisposição do ser humano para afectar parte do seu património para a concretização de certo escopo é já antiga. Nesse contexto, surgiram num primeiro momento afectações patrimoniais que procuravam, por exemplo, apoiar os mais débeis da Comunidade, ou prosseguir um outro interesse que diríamos egoístico. Foi o caso de afectações patrimoniais com escopo festivo e lúdico e, mais tarde, de fundações que procuravam garantir uma preservação da *memória individual* e a celebração de cultos *por alma* dos instituidores. A evolução que se operou no sector – com as particularidades estudadas entre o regime francês e o alemão e com outras que não foram tão aprofundadas, como o regime anglo-saxónico – permitiu, no geral, a consagração de objectos fundacionais que não fossem, pelo menos maioritariamente egoísticos. A afectação patrimonial, como requisito, naturalmente manteve-se, uma vez que é ela que permite que o tal escopo seja prosseguido. Desenvolveu-se a existência de uma organização que, através dos estatutos, definia regras, permitindo a estes entes afirmar-se como autónomos e capazes de actuar no tráfico jurídico, após o reconhecimento que lhe era prestado pelo Estado.

A propósito das fundações criadas por empresas, convém esclarecer, como refere FERRER CORREIA (1970: 109) que nada impede a criação de uma fundação cuja sobrevivência dependa unicamente de doações anuais que uma empresa poderosa promova.<sup>244</sup> Devemos, todavia, a este propósito deixar claro que em sede do ordenamento jurídico português não é possível instituir fundações unicamente com interesse empresarial. Na verdade, como

---

<sup>244</sup> No original, em francês, diz-nos o autor: “Rien n'empêcherait la constitution d'une fondation dont la survie serait uniquement assurée par les subventions annuelles qu'une entreprise économique puissante se serait engagée à lui verser.”.

lembra CASALTA NABAIS (2005: 255-256), podem ser admissíveis fundações em que este interesse também esteja presente. Simplesmente não se poderá admitir situações em que esse é o único interesse a dever ser respeitado.

Apesar destes traços gerais, foram surgindo *nuances* em vários ordenamentos jurídicos. Algumas destas diferenças encontram-se historicamente motivadas, como aquelas que resultam do ordenamento jurídico francês. Pense-se no peso da *mão morta* em França que levou a que, após a abolição das fundações na sequência da Revolução de 1789, a palavra “*fondation*” demorasse décadas a reentrar no vocabulário jurídico.

Outras diferenças surgiram num contexto diferente. Podemos enquadrar neste caso as que resultam dos diversos institutos fundacionais do Liechtenstein. Na verdade, este micro-Estado oferece um catálogo fundacional *apetecível* para certos *investidores*, o que nos levará a pensar se serão motivos essencialmente fiscais (quer de um lado, quer do outro) aqueles que presidem ao desenvolvimento fundacional neste território. Atente-se nalgumas características dos institutos em causa que podem levar a uma baixa tributação dos mesmos, cujos beneficiários não raras se desconhecem. Verificamos, assim – como, de resto, já o havíamos indicado *supra* –, que a realidade fundacional no Liechtenstein obedece a lógicas empresariais e fundacionais, tendo em conta as características que apresenta. Não será sem motivo que várias fundações decidem indicar o território para a prossecução do objectivo fundacional. De facto, agrada quer ao Estado (que assim consegue encontrar formas interessantes de financiamento e de desenvolvimento da sua economia), quer aos agentes económicos estabelecer as suas fundações no país. Por outro lado, a garantia do anonimato permite-lhes intervir desta forma, sem o necessário escrutínio das autoridades fiscais e das opiniões públicas.

No caso francês, o legislador optou por encarar o problema de um modo distinto. Após décadas de ausência de qualquer referência a “*fondations*”, o Estado francês reintroduziu a palavra no léxico jurídico e o legislador foi suficientemente criativo para incluir disposições que tratassem especificamente das fundações criadas por empresas. Com efeito, percebeu o legislador francês que a lógica fundacional integrada num grupo económico é uma lógica distinta da lógica clássica de um fundador (sobretudo uma pessoa singular) que, em vida ou após a morte, decidia-se pela instituição de uma nova pessoa colectiva para desenvolver um objecto caritativo. Não poderemos deixar de considerar que, em termos comunicacionais, as diversas entidades de um grupo económico, aparecem aos olhos dos consumidores como

uma única entidade. Desta forma, quando se associa(m) a(s) empresa(s) ou marca(s) a uma certa fundação que se diria que faz parte do mesmo grupo, apercebemo-nos que, do ponto de vista da comunicação empresarial, tratamos de realidades não muito diferentes. Existe, naturalmente, um ganho reputacional de todo o grupo, afecto, inclusive, à sua responsabilidade social. Por estes motivos, o legislador francês optou por tratar diferentemente a realidade fundacional francesa, agrupando as fundações em *fundações reconhecidas de utilidade pública* e *fundações de empresa*. Embora nos pareça que as exigências que o Conselho de Estado faz às primeiras sejam de mais, compreendemos a necessidade do legislador em tratar de um modo diferente o que é diferente, ao estabelecer regras diferentes, na medida dessa diferença. A este propósito, se um grupo empresarial entender que a melhor forma de prosseguir um certo objectivo é através da criação de um ente fundacional, aplaudimos a ideia de tal criação estar sujeita a autorização e à indicação de projectos concretos. Poder-se-ia argumentar que esta é uma forma de não permitir um livre desenvolvimento dos entes, sujeitando-os a condições exageradas quer para o seu nascimento, quer para o seu desenvolvimento. Cremos, todavia, que o que se trata é de não nos desviarmos excessiva e despropositadamente do âmago fundacional desde os seus primórdios. Podemos aceitar, mediante certas condições, que as fundações objectivamente tragam benefícios para os seus instituidores. Simplesmente, nunca nos deveremos esquecer que os benefícios devem sobretudo fazer sentir-se para a Comunidade no geral que, portanto, não poderá ser instrumentalizada.

O caso italiano é, a este propósito, deveras interessante. As relações entre as fundações e as empresas parece que se revelaram de um lado oposto às preocupações que ora desenvolvemos. Parece, pois, que em Itália estariam em causa *fundações-empresa*, isto é fundações que detêm empresas para, dessa forma, conseguirem obter recursos suficientes para prosseguirem o seu objecto fundacional. Ora, com uma evolução legislativa carregada de diferenças e de preocupações com o sector bancário, apercebemo-nos que as características históricas destes entes são, com efeito, marcantes. Se, numa primeira fase, se pretendeu cindir os sectores comercial e caritativo, mais tarde, aprecia-se a criação de legislação tendente ao não controlo nem do banco pela fundação, nem da fundação pelo banco. Além disso, ambas as estruturas apresentam nomes idênticos e intervêm na Comunidade onde se inserem. A este propósito, ao nível da autonomia aplaude-se a decisão do legislador italiano de procurar fazer com que as fundações não prosseguissem finalidades

do Banco. Ainda assim, apercebemo-nos que as entidades locais têm um peso considerável em algumas fundações de que é exemplo a *Fondazione Monte dei Paschi di Siena*. Ao nível dos gastos fundacionais – e, como havíamos referido *supra* –, entendemos que seria desejável garantir uma estabilidade patrimonial (tendo em conta que estamos perante *fundações-subvenção*), de forma a garantir uma previsibilidade nas entidades e nos projectos apoiados.

Quanto ao regime fiscal destas entidades, podemos referir, de um modo geral, com FELICIANO BARREIRAS DUARTE (2008: 57), que faz sentido as fundações disporem em princípio de um regime fiscal favorável. Na verdade, estes são entes cujo escopo não é o lucro, procurando intervir activamente na Comunidade onde se inserem. Por este motivo, como concluímos *supra*, são entes cuja área de actuação se situa num *terceiro sector*, procurando, não raras vezes, prosseguir algumas tarefas que o Estado também se propõe prosseguir<sup>245</sup>, o que promoverá a descentralização de certas actividades (NASCIMENTO, 2015: 174). Neste contexto, prosseguem finalidades que revestem, no entender do Estado, actividades de interesse social ou de interesse público, desonerando o Estado, pelo que “se o Estado deixa de assumir uma despesa em razão dessa atividade [das fundações], é razoável também que não queira exigir uma receita (tributária) dessa mesma atividade.” (NASCIMENTO, 2015: 174).

Além disso, a prossecução de tais finalidades através de uma *organização* apenas ocorre se o Estado aceitar<sup>246</sup>, já que as fundações estão sujeitas a um reconhecimento por concessão, o que significa que, muito embora o Estado, pelos benefícios que constitui, promova a criação destes entes, reserva para si a análise dos elementos que eles agregam.

Ponto é – para o que nos interessa – que tais entidades que são instituídas não pretendam assumir unicamente vantagens patrimoniais para o seu *grupo*, mas intervenham activamente na Comunidade. Cremos que é para garantir que tal acontecerá que se justificará a instituição de um regime diferenciado para estes entes, como de resto aconteceu em França.

---

<sup>245</sup> FELICIANO BARREIRAS DUARTE (2008: 57) exemplifica com a beneficência social, o apoio social ou a investigação científica.

<sup>246</sup> Convém lembrar que o Estado concede benefícios fiscais, mediante a consagração do estatuto de utilidade pública a estes entes. Todavia, como refere RENAN NASCIMENTO DE OLIVEIRA (2015: 201), tal concessão não é discricionária. Citando o Autor, “A decisão [de atribuição do estatuto de utilidade pública] cabe ao administrador público, mas detém mera natureza declaratória. Isto porque a lei atribui ao administrador mera competência, não concedendo, em momento algum, qualquer discricionariedade a respeito para efetuar juízo de conveniência e oportunidade.”.

Claro que os motivos que levaram o legislador francês a instituir tal regime não são necessariamente os mesmos que poderiam justificar uma intervenção do legislador português. Na verdade – diríamos –, não seria fruto da excessiva regulamentação ou dificuldade em instituir uma fundação que o legislador português deveria intervir (recordemos, nesta sede, a necessidade de aprovação por parte do *Conseil d'État* dos Estatutos das fundações de utilidade pública), mas antes em obediência aos diferentes interesses em causa. Recordemos que, em nome da *autonomia* da fundação e da *prosecução de um interesse social* se deve garantir que as intervenções existentes não tornarão os instituidores indiferentes à Comunidade<sup>247</sup>. Assim, podemos, com PETROVITS (2006: 337-338), referir que as empresas obtêm vantagens com a instituição de fundações (nomeadamente, ao nível da sua responsabilidade social). Desde logo, tal instituição permite às empresas maximizar resultados, promover o reconhecimento e a reputação junto dos consumidores (porque se verifica uma associação positiva entre a publicidade e a responsabilidade social das empresas) e também “apaziguar” grupos de interesses e reguladores, além dos benefícios fiscais a que as mesmas estão sujeitas. Do lado das fundações pode apontar-se a redução da possibilidade de os administradores das empresas decidirem os beneficiários dos donativos<sup>248</sup>, o que dificultará o benefício privado destes donativos e a estabilidade das fontes de rendimento para as fundações.

Em suma, pelo exposto, julgamos que poderia ser conveniente o legislador agrupar regras fiscais a propósito das fundações, categorizando as fundações de empresa e criando regras específicas para esta realidade. Com efeito, vamos assistindo a uma progressiva instituição deste tipo fundacional que não aparece regulado, quer em Portugal, quer noutros Estados. A regulamentação deveria ir no sentido de garantir a autonomia dos entes face aos seus instituidores, em prol da Comunidade (que deve ser beneficiada, tal como beneficia

---

<sup>247</sup> Tenham-se em atenção as palavras de FERRER CORREIA (1970, 104): “Cependant, si rien ne s'oppose à ce que l'intéressé choisisse la première solution mentionnée, il n'en reste pas moins vrai que d'après les usages linguistiques et les conceptions courantes dans presque tous les pays une fondation est quelque chose d'autonome: un organisme social doué d'une vie propre, voué à l'accomplissement d'une tâche d'intérêt général, ou du moins une tâche dont les bénéficiaires lui demeurent étrangers - un établissement, un œuvre créée en vue d'une finalité altruiste déterminée, possédant les moyens nécessaires à la poursuite des buts qui lui aient été fixés et disposant d'un conseil d'administration propre”.

<sup>248</sup> Este argumento acaba por não se verificar em todas as situações. Na verdade, aqui a autonomia desempenha aqui um papel muito importante. O risco que se deve evitar, cremos, é que os administradores das empresas assumam um papel determinante na orientação da fundação. De acordo com RALPH LOWELL NELSON (1970: 76) “The foundations' policies are controlled by boards of trustees, who are usually officers and directors of the sponsoring corporations.”

estes entes, através da concessão de benefícios fiscais<sup>249</sup>), *pela efectiva prossecução de um interesse social* que, apesar de ter de obedecer aos requisitos legais, seria, em todo o caso, naturalmente, escolhido pelo instituidor. Além disso – e tendo em conta que as empresas têm, pelo menos, ganhos reputacionais –, seria conveniente que se garantisse que a actividade das fundações não se consubstanciasse em mera actividade *publicitária*, desprestigiando, dessa forma, toda a instituição fundacional (como, de resto, historicamente aconteceu quando os interesses prosseguidos foram maioritariamente egoísticos). Nesse contexto, não nos oporíamos à instituição de um regime fiscal de donativos *diferenciado* quando uma empresa doasse bens à fundação por esta instituída. Temos consciência que tal poderia, em certas circunstâncias levar as empresas a instituir menos fundações, ou, até, a excluir algumas. Todavia, devemos ter presente que as fundações apresentam uma carga histórica motivada e elementos estruturais que devem ser respeitados. Por outro lado, não nos devemos esquecer que, para a prossecução de actividades meramente egoísticas, deverá ser privilegiada a instituição de sociedades comerciais. Não nos podemos, pois, compadecer com o recrudescimento de uma visão atentatória das virtudes destes entes do terceiro sector, que poderia, em última análise, a terminar com todo e qualquer benefício fiscal de que qualquer um destes entes poderia gozar.

Terminamos, pois, exortando para a criação de um regime jurídico que cuide destes entes, observadas as suas especificidades e respeitados os elementos imprescindíveis das fundações e o interesse da Comunidade. Temos, ainda assim, presente que poderia ser conveniente garantir a consagração de um regime uniforme na União Europeia.

---

<sup>249</sup> Ou seja, a tónica deverá sempre residir no benefício que a Comunidade acaba por gozar. No fundo como refere RUI DE ALARCÃO (2002: 507), devemos estar atentos à “grande diversidade de interesses, em alguns casos bem poderosos, e nem sempre legítimos, interesses muitas vezes difíceis de avaliar, desde logo em ordem ao reconhecimento das respectivas fundações.”.

Por opção do autor, a presente dissertação encontra-se redigida atendendo às regras ortográficas estipuladas pelo Antigo Acordo Ortográfico, respeitando-se, todavia, a grafia original de textos legislativos ou doutrinários que obedeçam à grafia definida pelo Acordo Ortográfico de 1990.

## **Bibliografia:**

ALARCÃO, Rui de. 2002. Tomo LI. “Fundações: que reforma?” in *SCIENTIA IVRIDICA*. Universidade do Minho

ALPA, Guido. 1999. “Il patrimonio delle fondazioni bancarie” in AMOROSINO, Sandro; CAPRIGLIONE, Francesco (coord.) *Le “fondazioni” bancarie*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani

AMARAL, Diogo Freitas do. 2006. Volume I. 3.<sup>a</sup> Edição. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina

AMOROSINO, Sandro. 1999. “I poteri di vigilanza sulle fondazioni bancarie” in AMOROSINO, Sandro; CAPRIGLIONE, Francesco (coord.) *Le “fondazioni” bancarie*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 1974. Volume I. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina

ANTUNES, Henrique Sousa. 2014. *Comentário aos artigos 185.º a 194.º do Código Civil: Fundações*. Lisboa: Universidade Católica Editora

ARCHAMBAULT, Edith. 2003. N.º 287. “Pourquoi la France a-t-elle si peu de fondations?” in *Revue Internationale de l'Économie Sociale: Recma*

ARCHIBUGI, Franco; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. 1998. *L'arte dell'associazione: saggio su una prospettiva sindacale per il terzo settore*. Edizioni Lavoro

AUERBACH, Marc. 2016. *IKEA: Flat pack tax avoidance – TAAKS AVOYD* [um estudo do Grupo dos Verdes/EFA no Parlamento Europeu, disponível *online* em <[http://www.greens-efa.eu/fileadmin/dam/Documents/TAXE\\_committee/Report\\_IKEA\\_tax\\_avoidance\\_Feb20](http://www.greens-efa.eu/fileadmin/dam/Documents/TAXE_committee/Report_IKEA_tax_avoidance_Feb20)



16.pdf> (Última consulta: 07-03-2016)]

BAPTISTA, Cristina Paula Casal. 2006. *As Fundações no Direito Português*. Coimbra: Almedina

BAPTISTA, Cristina Paula Casal. 2016. 2.<sup>a</sup> Edição. *As Fundações no Direito Português*. Coimbra: Almedina

BARBETTA, Gian Paolo; MAGGIO, Francesco. 2008. *Nonprofit – Il nuovo volto della società civile*. Bologna: Il Mulino

BARON, Eric; DELSOL, Xavier. 1992. *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise – Régime juridique et fiscal*. Editions Juris Service

BÜCHEL, B.. 2014. "Liechtenstein Corporate Taxation" in *European Tax Handbook 2014*. Global Tax Series

CAETANO, Marcello. 1962. *Das Fundações- Subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*. Lisboa: Edições Ática

CAMPO, José António del. 2000. *La fiscalidad de las fundaciones y el mecenazgo*. Valencia: Tirant lo Blanch

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. 2014. Volume I. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora

CAPRIGLIONE, Francesco. 1999. "Operatività delle fondazioni bancarie" in AMOROSINO, Sandro; CAPRIGLIONE, Francesco (coord.) *Le "fondazioni" bancarie*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani

CATARGIU, Magdalena. 2012. Volume 2. Issue 2. "Bank foundation – a symbiotic legal institution at the crossroad of banking system and non-profit sector" in *Juridical*

*Tribune*. Departamentul de Drept al Academiei de Studii Economice din Bucuresti

CAUPERS, João. 2008. “Tipos de Fundações” in MACHETE, Rui Chancerelle de; ANTUNES, Henrique Sousa, *As Fundações na Europa – Aspectos Jurídicos*. Lisboa: Fundação Luso-Americana

CAVALLO, Bruno. 2002. “La natura giuridica delle fondazioni bancarie” in *Contratto e impresa*. Padova: Cedam

CORDEIRO, António Menezes. 2011. 3.<sup>a</sup> Edição. Tomo IV. *Tratado de Direito Civil – Parte Geral, Pessoas*. Coimbra: Almedina

CORDEIRO, António Menezes. 2013. Ano V. N.º 4. “O regime das fundações” in *Revista de Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina

CORREIA, Ferrer. 1957. N.º 67. “Anteprojecto de um Capítulo do Novo Código Civil” in *Boletim do Ministério da Justiça*.

CORREIA, Ferrer. 1970. Volume XLVI. “Le Regime Juridique des Fondations Privées Culturelles et Scientifiques en Droit Portugais” in *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora

CORREIA, Ferrer; SÁ, Almeno de. 1989. Ano XV. “Algumas notas sobre as Fundações” in *Revista de Direito e de Economia*. Almedina

CORREIA, José Manuel Sérvulo; MEDEIROS, Rui. Abril de 2002. Ano 62. Volume II. “Restrições aos Poderes do Governo em Matéria de Reconhecimento e de Alteração dos Estatutos das Fundações de Direito Privado” in *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa

DEBBASCH, Charles. 1990. “Le nouveau statut juridique des fondations: Fondations d'entreprise et fondations classiques”, in *Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence*

*et de Législation*

DUARTE, Feliciano Barreiras. 2008. *Regime Jurídico e Fiscal das Fundações*. Lisboa: Âncora Editora

FARINHO, Domingos Soares. 2012. Ano IV. N.º 4. “Empresa e fundações: uma união mais forte?” in *Revista de Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina

FARINHO, Domingos Soares. 2014. *Fundações e Interesse Público*. Coimbra: Almedina

FILIPPI, Piera. 1999. “Bevi considerazioni sulle disposizioni di natura tributaria” in AMOROSINO, Sandro; CAPRIGLIONE, Francesco (coord.) *Le “fondazioni” bancarie*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani

GENTILI, Aurelio. 1999. “La Riforma delle Fondazioni Bancarie: Gli Organi” in AMOROSINO, Sandro; CAPRIGLIONE, Francesco (coord.) *Le “fondazioni” bancarie*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani

GLOS, George E.. 1984. Volume 18. N.º 4. “The Analysis of a Tax Heaven: The Liechtenstein Anstalt” in *The International Lawyer*. American Bar Association

GUGNONI, Gabriele. 2010. *Dai Monti di Pietà e le Casse di Risparmio alle Fondazioni Bancarie: evoluzione e profile di riforma*. Bologna

GUZZI, Davide. 2007. 5.<sup>a</sup> Edição. *Le fondazioni*. Edizioni FAG Milano.

JUSTO, A. Santos. 2008. Volume I. *Direito Privado Romano*. Coimbra: Coimbra Editora

LABATE, Giuseppe. 2010. *Fondazioni bancarie ed enti non commerciali nel diritto interno e nel diritto comunitario: profili di diritto tributário*. Luiss Guido Carlo – Libera

Università Internazionale degli Studi Sociali

LAMARQUE, Jean; NÉGRIN, Olivier; AYRAULT, Ludovic. 2011. 2.<sup>a</sup> Edição. *Droit fiscal général*. Paris: LexisNexis

LINHARES, José Manuel Aroso. 2009. *Introdução ao Direito – Sumários Desenvolvidos* [polic.]

LOPES, Licínio. 2009. *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*. Coimbra: Almedina

MACEDO, Manuel Vilar de. 2008. *Regime Civil das Pessoas Colectivas – Anotações aos artigos 157.º a 201.º-A do Código Civil*. Coimbra: Coimbra Editora

MACHETE, Rui Chancerelle de; ANTUNES, Henrique Sousa. 2004. *Direito das Fundações – Propostas de Reforma*. Lisboa: Fundação Luso-Americana

MARTINEZ, Soares. 1997. 9.<sup>a</sup> Edição. *Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina

MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. 2015. N.º 6. “Os Benefícios Fiscais: Sistema e Regime” in *Cadernos do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal FDL*. Coimbra: Almedina

MEIRA, Deolinda Aparício. 2015. “A Governação da Economia Social – Uma Reflexão a Partir da Lei de Bases da Economia Social Portuguesa” in LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (coord.) *A Economia Social e Civil – Estudos*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

MEIRA, Deolinda Aparício; RAMOS, Maria Elisabete. 2014. *Governação e Regime Económico das Cooperativas – Estado da arte e linhas de reforma*. Porto: Vida Económica

MERCURIO, Vitaliano. 1999. Volume LXX. N.º 4. “Brevi note sul regime fiscale

delle fondazioni bancarie” in *Diritto e Pratica Tributaria*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani

MIRANDA, Jorge. 1986. Volume XXVII “As Associações Públicas no Direito Português”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. 2006. Tomo II. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora

MISCALI, Mario. 1995 (Ano 40). N.º 4. “Appunti in tema di regime fiscale delle fondazioni bancarie” in *Rivista delle società*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore

MONTEDORO, Giancarlo. 1999. “Il regime tributario degli enti, dei trasferimenti e scorpori” in AMOROSINO, Sandro; CAPRIGLIONE, Francesco (coord.) *Le “fondazioni” bancarie*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani

MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. 2012. 4.ª Edição. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora [Edição original por Carlos Alberto da Mota Pinto]

MORAIS, Carlos Blanco de. 1997. “Da relevância do Direito Público no regime jurídico das fundações privadas” in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: LEX – Edições Jurídicas

MORAIS, Rui Duarte. 2007. *Apontamentos ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*. Coimbra: Almedina

MOREIRA, Vital. 1997. *A auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina

NABAIS, José Casalta. 2001. “Alguns perfis da propriedade colectiva nos países do Civil Law” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra

Editora

NABAIS, José Casalta. 2005. Volume I. “O regime fiscal das fundações” in *Estudos de Direito Fiscal – Por um Estado Fiscal Suportável*. Coimbra: Almedina

NABAIS, José Casalta. 2015. 8.<sup>a</sup> Edição. *Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina

NAMORADO, Rui. 1988. “A economia social em questão” in *Oficinas do CES*. N.º 5. Coimbra: Centro de Estudos Sociais

NELSON, Ralph Lowell. 1970. “Company-Sponsored Foundations” in *Economic Factors in the Growth of Corporation Giving*. NBER

OLIVEIRA, Renan Nascimento. 2015. “Regime fiscal das fundações de utilidade pública: indeterminabilidade conceitual e discricionariedade” in SILVA, Suzana Tavares da (coord.) *A Economia Social e Civil: Estudos de Fiscalidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

OPPO, Giorgio. 1999. “Le fondazioni (ex) bancarie: una strana vicenda legislativa” in AMOROSINO, Sandro; CAPRIGLIONE, Francesco (coord.) *Le “fondazioni” bancarie*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani

OSPELT, Alexander. 2014. *Company forms most commonly used in the Principality of Liechtenstein*. Legacon/Ospelt & Partner [disponível online: <<http://www.ospelt-law.li/Portals/0/publikationen/Common%20Company%20Forms%20Liechtenstein.pdf>> Última consulta: 12-07-2016]

PASCALE, Vincenzo. 2013/2014. *Le Fondazione bancarie: evoluzione normative, funzione sociale e crisi finanziaria. Il caso Monte dei Paschi di Siena*. Guido Carli – Libera Università Internazionale degli Studi Sociali

PETIT, Isabelle. 2014. N.º 2014-385. *La Fondation d'entreprise outil de la politique*

*de mécénat ou de la politique RSE?* Working Papers, Department of Research – Ipag Business School

PETROVITS, Christine M.. 2006. N.º 41. “Corporate-sponsored foundations and earning management” in *Journal of Accounting and Economics*

PREDIERI, Alberto. 1999. “Fondazioni Bancarie, Dismissione Coattiva” in AMOROSINO, Sandro; CAPRIGLIONE, Francesco (coord.) *Le “fondazioni” bancarie*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani

RIBEIRO, Filipa Moreira; SANTOS, Sofia Ferreira. 2013. *A Fiscalidade e as Organizações de Economia Social*. Porto: Vida Económica

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. 2001. N.ºs 1-2. “As Fundações no Código Civil: Regime Actual e Projecto de Reforma” in *Lusíada. Revista de Ciência e Cultura*. Coimbra: Coimbra Editora

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. 2006. Volume II. “Fundações: Uma espécie em vias de extensão?” in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora

SALAMON, Lester M. et.al. 2012. *Portugal's Nonprofit Sector in Comparative Context*. Johns Hopkins Center for Civil Society Studies

SANCHES, J. L. Saldanha. 2007. 3.ª Edição. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora

SANTOS, Boaventura de Sousa. 1997. 6.ª Edição. *Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade*. Porto: Edições Afrontamento

SCHURR, Francesco A.. 2011. Volume 42. “Charitable Foundations in the Principality of Liechtenstein” in *Victoria University of Wellington Law Review*

SCHURR, Francesco A.. 2015. Volume 21. N.º 6. “Beneficiaries’ rights and foundation governance in Liechtenstein” in *Trusts & Trustees*. Oxford

SEILERN-ASPANG, Francis von. 2011. Volume 17. N.º 6. “Liechtenstein: Philanthropy and the use of a charitable foundation” in *Trusts & Trustees*. Oxford

SEILERN-ASPANG, Francis von. 2012. Volume 18. N.º 6. “The Liechtenstein Foundation in the context of family governance” in *Trusts & Trustees*. Oxford

SELIG, Matt. 1999. Volume 53. “Half Trust, Half Company, all *Anstalt*: The Possible Tax Consequences of the Liechtenstein *Anstalt* Down Under” in *Bulletin for international fiscal documentation*. International Bureau of Fiscal Documentation

SERENS, M. Nogueira. 2014. Ano 143. N.º 3985-3986. “Em tema de fundações” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra: Coimbra Editora

SERRANO CHAMORRO, Maria Eugénia. 2000. *Las fundaciones: dotación y patrimonio*. Madrid: Civitas Ediciones

SILVA, Suzana Tavares da. 2013. *Uma análise crítica sobre a tributação do sector da economia social* [sumários desenvolvidos da Unidade Curricular anual de Direito Fiscal I do Mestrado Científico da FDUC no ano lectivo 2013/2014]

SILVA, Suzana Tavares da; SOARES, Cláudia Dias. 2015. *Regime Fiscal das Entidades da Economia Social*. Porto: Vida Económica

SOUSA, Capelo de. 2004-2007. Volume II. *Teoria Geral do Direito Civil* [textos policopiados de apoio]

TANZI, Maurizio. 2013. Volume 67 (Maggio-Giugno). “Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche” in CAMPOBASSO, Mario; DOLMETTA, Aldo



A.; SANTONI, Giuseppe; VIGO, Ruggero (dir.), *Banca, Borsa, Titoli di Credito*. Milano: Giuffrè Editore

TEIXEIRA, Glória. 2010. 2.<sup>a</sup> Edição. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina

TEIXEIRA, Glória; AZEVEDO, Patrícia Anjos (coord.). 2015. *CIRC – Anotado & Comentado*. Porto: Lexit/ Ginocar Produções

VARAS BRAUN, Juan Andrés. 2002. Volume 13. “La suficiencia patrimonial en las fundaciones civiles” in *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile

VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires de. 1987. 4.<sup>a</sup> Edição. Volume I. *Código Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora

VECCHIO, Giuseppe. 1999. “Profili di legittimità costituzionale del regime suggestivo” in AMOROSINO, Sandro; CAPRIGLIONE, Francesco (coord.) *Le “fondazioni” bancarie*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani

WANGER, Markus H.. 2011. *The Liechtenstein Foundation Art. 552 § 1-41 PGR – A commentary for Professionals and practitioners*. Berlin: Wanger

XAVIER, Alberto. 2009. 2.<sup>a</sup> Edição. *Direito Tributário Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora

ZOPPINI, Andrea. 1991. Ano XXXVII. N.º 5. “Considerazioni sulla fondazione d’impresa e sulla fondazione fiduciaria regolate da una recente legge francese” in *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam

ZWIEFELHOFER, Thomas. 2009. Volume 15. N.º 15. “Liechtenstein: the reform of foundation law” in *Trust & Trustees*. Oxford

**Jurisprudência:**

**Internacional:**

**Corte Costituzionale**

Decisão n.º 300/2003, disponível *online*:

<<http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0300s-03.html>> [Última consulta: 11-07-2016]

**House of Lords**

Decisão do caso *Oppenheim v. Tobacco Securities Trust Co. Ltd.*, de 1951, disponível *online*:

<<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1950/2.html>> [Última consulta: 30-12-2015]

**Tribunal de Justiça da União Europeia**

Acórdão de 10 de Janeiro 2006, relativo ao Processo n.º C-222/04, disponível *online*:

<[http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522funda%25C3%25A7\\*%2Bbanc%25C3%25A1ria\\*%2522&docid=57282&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=341220#ctx1](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522funda%25C3%25A7*%2Bbanc%25C3%25A1ria*%2522&docid=57282&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=341220#ctx1)> [Última consulta: 07-03-2016]

**Nacional:**

**Supremo Tribunal de Justiça**

Acórdão de 24 de Outubro de 1996, referente ao Processo n.º 96B214, disponível *online*:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9e994c18cc723edd802568fc003b1c31?OpenDocument>> [Última consulta: 01-01-2016]

**Tribunal Central Administrativo do Sul**

Acórdão de 29 de Janeiro de 2013, referente ao Processo n.º 03139/09, disponível *online*:

<<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/bc054e9482134b9580257b09003d88a2?OpenDocument>> [Última consulta: 01-12-2015].

**Tribunal Constitucional**

Acórdão n.º 396/2011 de 21 de Setembro de 2011, referente ao Processo n.º 72/11,

disponível *online*:

<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>> [Última consulta: 02-05-2016]

**Recursos disponíveis *online*:**

**ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA - Parecer n.º 4/2015 do Conselho Consultivo das Fundações**, acerca do Projecto de Proposta de Lei que altera o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27 344, de 25 de Novembro de 1966, e procede à primeira alteração à Lei-Quadro das Fundações, aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, disponível *online*: <[http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d7a51794c56684a535638784c6e426b5a673d3d&fich=ppl342-XII\\_1.pdf&Inline=true](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d7a51794c56684a535638784c6e426b5a673d3d&fich=ppl342-XII_1.pdf&Inline=true)> [Última consulta: 09-06-2015]

**ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA – Proposta de Lei n.º 342/XII** – Procede à alteração do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27 344, de 25 de Novembro de 1966, e à primeira alteração à Lei-Quadro das Fundações, aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, disponível *online*:

<<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d7a51794c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl342-XII.doc&Inline=true>> [Última consulta: 09-06-2015]

**DIRECÇÃO GERAL DOS IMPOSTOS (MINISTÉRIO DAS FINANÇAS E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA)** – Informação Vinculativa n.º 325/05, de 14 de Novembro de 2005, com Despacho concordante da Directora de Serviços do IRC, disponível *online*:

<[http://handlermm1.mediaswk.com/pdfView.ashx?url\\_data\\_id=2251805](http://handlermm1.mediaswk.com/pdfView.ashx?url_data_id=2251805)> [Última consulta: 07-10-2015]

**DIRECÇÃO GERAL DOS IMPOSTOS (MINISTÉRIO DAS FINANÇAS E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA)** – Informação Vinculativa n.º 3504/05, com Despacho concordante da Directora de Serviços, de 15 de Fevereiro de 2006, disponível *online*:

<[http://handlermm1.mediaswk.com/pdfView.ashx?url\\_data\\_id=2260889](http://handlermm1.mediaswk.com/pdfView.ashx?url_data_id=2260889)> [Última consulta: 08-10-2015]

**EURLEX** – Decisão da Comissão Europeia n.º 146/2003, notificada com o n.º C(2002) 3118, de 22 de Agosto de 2002 (publicada no Jornal Oficial no dia 01 de Março de 2003), disponível *online*:

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003D0146&from=EN>> [Última consulta: 07-03-2016]

**FONDAZIONE MONTE DEI PASCHI DI SIENA** – Balanço do Ano 2015 (“*Bilancio FMPS Esercizio 2015*”), disponível *online*:

<[http://www.fondazionemps.it/ita/wp-content/uploads/2016/05/FMPS\\_BILANCIO\\_2015.pdf](http://www.fondazionemps.it/ita/wp-content/uploads/2016/05/FMPS_BILANCIO_2015.pdf)> [Última consulta: 11-07-2016]

**FONDAZIONE MONTE DEI PASCHI DI SIENA** – Estatutos da Fundação (“*Testo Statutario deliberato dalla deputazione generale il 28 Aprile 2016 e approvato dal Ministero delle Finanze e Economia (MEF) il 10 Giugno 2016 con comunicazione alla Fondazione MPS pervenuta il 13 Giugno 2016*”), disponíveis *online*:

<<http://www.fondazionemps.it/ita/wp-content/uploads/2016/06/StatutoFmps2016.pdf>> [Última consulta: 11-07-2016]

**FONDAZIONE MONTE DEI PASCHI DI SIENA** – Subvenções atribuídas pela Fundação em anos anteriores (“*Contributi Assegnati Anni Precedenti*”), disponíveis *online*:

<<http://www.fondazionemps.it/ita/contributi-assegnati-anni-precedenti/>> [Última consulta: 17-04-2016]

**FUNDAÇÃO EDP** - Estatutos da Fundação EDP, disponíveis *online*:

<[http://www.fundacaoedp.pt/folder/galeria/ficheiro/126\\_ESTATUTOS%20FUNDA%20C3%83%E2%80%A1%C3%83%C6%92O%20EDP\\_oyeorpjknr.pdf](http://www.fundacaoedp.pt/folder/galeria/ficheiro/126_ESTATUTOS%20FUNDA%20C3%83%E2%80%A1%C3%83%C6%92O%20EDP_oyeorpjknr.pdf)> [Última consulta: 29-05-2016]

**GAZZETTA UFFICIALE** - *Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi (Decreto del Presidente della Repubblica n.º 917/1986)*, disponível online:

<<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1986-12-31&atto.codiceRedazionale=086U0917&currentPage=1>> [Última consulta: 24-04-2016]

**GAZZETTA UFFICIALE** – *D. Legs. n.º 356/1990*, disponível online:

<<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-12-03&atto.codiceRedazionale=090G0390&currentPage=1>> [Última consulta: 12-03-2016]

**GAZZETTA UFFICIALE** – *Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti (Legge n.º 461/1998)*, disponível online:

<<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1999-01-07&atto.codiceRedazionale=098G0513&currentPage=1>> [Última consulta: 13-03-2016]

**GAZZETTA UFFICIALE** - *Disciplina delle agevolazioni tributarie (Decreto del Presidente della Repubblica n.º 601/1973)*, disponível online:

<<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1973-10-16&atto.codiceRedazionale=073U0601&currentPage=1>> [Última consulta: 07-03-2016]

**GAZZETTA UFFICIALE** – *Interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica (Decreto-Legge n.º 168/2004)*, disponível online:

<<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2004-07-12&atto.codiceRedazionale=004G0207&currentPage=1>> [Última consulta: 19-03-2016]

**GAZZETTA UFFICIALE** – *Legge Amato (Legge n.º 218/1990)*, disponível online:

<<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-08-06&atto.codiceRedazionale=090G0255&currentPage=1>> [Última consulta:

13-02-2016]

**GAZZETTA UFFICIALE** – Reforma *Ciampi* (D. Legs n.º 153/1999), disponível *online*:

<[http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1999-05-31&atto.codiceRedazionale=099G0234&normativi=true&tipoVigenza=originario&tipoSerie=serie\\_generale&currentPage=1](http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1999-05-31&atto.codiceRedazionale=099G0234&normativi=true&tipoVigenza=originario&tipoSerie=serie_generale&currentPage=1)> [Última consulta: 06-02-2016]

**GAZZETTA UFFICIALE** – Reforma *Tremonti* (Legge n.º 448/2001), disponível *online*:

<[http://www.normattiva.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2001-12-29&atto.codiceRedazionale=001G0509&currentSearch=ricerca\\_semplice](http://www.normattiva.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2001-12-29&atto.codiceRedazionale=001G0509&currentSearch=ricerca_semplice)> [Última consulta: 27-02-2016]

**IKEA** – *Our Owner Interogo Foundation*, disponível *online*:

<<http://www.inter.ikea.com/en/governance/interogo-foundation/>> [Última consulta: 07-03-2016]

**IKEA** – *We are open about the way we are structured*, disponível *online*:

<[http://www.ikea.com/ms/fi\\_FI/about\\_ikea/pdf/We\\_are\\_open\\_Ingvar\\_comments.pdf](http://www.ikea.com/ms/fi_FI/about_ikea/pdf/We_are_open_Ingvar_comments.pdf)> [Última consulta: 07-03-2016]

**INSTITUTO DE GESTÃO FINANCEIRA E EQUIPAMENTOS DA JUSTIÇA, I.P.** – Bases Jurídico-Documentais, disponível *online*:

< <http://www.dgsi.pt/> > [Última consulta: 01-12-2015]

**LEGIFRANCE** – **Le Service Public de la Diffusion du Droit** – *Code Général des Impôts*, disponível *online*:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577&dateTexte=20151217>> [Última consulta: 11-07-2016]

**LEGIFRANCE – Le Service Public de la Diffusion du Droit** – Decreto n.º 91-1005, de 30 de Setembro de 1991, disponível *online*:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000344374>>

[Última consulta: 11-07-2016]

**LEGIFRANCE – Le Service Public de la Diffusion du Droit** – Lei n.º 87-571, de 23 de Julho de 1987, disponível *online*:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069014>>

[Última consulta: 11-07-2016]

**LILEX – Liechtensteinische Gesetze** – PGR – Código das Pessoas e das Empresas do Liechtenstein (“*Personen und Gesellschaftsrecht*”), disponível *online*:

<<https://www.gesetze.li/lilexprod/lgsystpage2.jsp?formname=showlaw&lgbld=1926004000&gueltigdate=10072016>>

[Última consulta: 10-07-2016]

**LILEX – Liechtensteinische Gesetze** – SteG – Lei Fiscal do Liechtenstein (“*Steuergesetz*”), disponível *online*:

<<https://www.gesetze.li/lilexprod/lgsystpage2.jsp?formname=showlaw&lgbld=201034000&gueltigdate=09072016>>

[Última consulta: 09-07-2016]

**THE ECONOMIST – IKEA – Flat-pack accounting** (2006), disponível *online*:

<<http://www.economist.com/node/6919139>> [Última consulta: 07-03-2016]