

RESTRICÇÕES AOS PODERES DO GOVERNO EM MATÉRIA DE RECONHECIMENTO E DE ALTERAÇÃO DOS ESTATUTOS DAS FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO

*Pelos Prof. Doutor José Sérvulo Correia
e Prof. Doutor Rui Medeiros*

§ 1.º Considerações preliminares

É sabido que, historicamente, a transformação de avultados patrimónios em *bens de mão morta*, isto é, bens retirados do comércio jurídico e insusceptíveis de alienação em virtude de estarem perpetuamente afectos à esfera jurídica de uma pessoa moral, nem sempre foi bem vista pelo poder político. A situação actual é no entanto bem diversa. Ainda assim, os interesses em jogo e, em particular, o facto de os particulares, através das fundações, imobilizarem bens patrimoniais, retirando-os do tráfego jurídico e colocando à disposição do interesse da colectividade, colaborando com a Administração, explicam uma aderência reguladora anómala do direito público ⁽¹⁾. Daí que, como bem sublinha FERRER CORREIA, a fundação seja “o resultado da conjunção de duas vontades, a do

⁽¹⁾ V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância do Direito Público no regime jurídico das fundações privadas*, in *Estudos em memória do Professor Doutor Castro Mendes*, Lisboa, 1995, pág. 554.

instituidor e a da autoridade pública" (2), cabendo à Administração Pública importantes poderes.

Em particular, nos termos do n.º 2 do artigo 158.º do Código Civil, as fundações só "adquirem personalidade jurídica pelo reconhecimento, o qual é individual e da competência da autoridade administrativa". E, de acordo com o disposto no artigo 189.º do Código Civil, "os estatutos da fundação podem ser a todo o tempo modificados pela autoridade competente para o reconhecimento, sob proposta da respectiva administração, contanto que não haja alteração essencial do fim da instituição e se não contrarie a vontade do legislador", impondo-se, por conseguinte, uma intervenção determinante do Governo no procedimento de alteração estatutária.

O presente estudo tem, justamente, por objecto a determinação do alcance, em face do regime *geral* aplicável às fundações de direito privado e interesse social reguladas no Código Civil, do poder governamental de reconhecimento e de modificação dos estatutos das fundações. É certo que, no ordenamento jurídico português, legislação especial enquadra alguns tipos de fundações — designadamente, as fundações de utilidade pública administrativa, as fundações de mera utilidade pública e as fundações de solidariedade social. Nestes casos, estando em causa fundações de interesse público, o espaço mínimo e bem delimitado de intervenção do Governo nas fundações de interesse social em geral dá, em larga medida, lugar ao reforço dos poderes de intervenção da Administração (3). Contudo, no presente estudo, o problema vai ser analisado à luz da normação geral sobre fundações de direito privado e interesse social constante do Código Civil.

§ 2.º Limites ao poder administrativo de reconhecimento das fundações

2.1. O artigo 158.º do Código Civil, sobre *aquisição da personalidade*, dispõe que, enquanto "as associações constituídas por

(2) V. FERRER CORREIA, *Le Regime Juridique des Fondations Privées, Culturelles et Scientifiques en Droit Portugais*, in Estudos vários de Direito, 1983, pág. 497.

(3) V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., págs. 577 e segs..

escritura pública, com as especificações referidas no n.º 1 do artigo 167.º, gozam de personalidade jurídica” (n.º 1), “as fundações adquirem personalidade jurídica pelo reconhecimento, o qual é individual e da competência da autoridade administrativa” (n.º 2).

O artigo 188.º, por seu turno, concretiza este poder de reconhecimento das fundações, estabelecendo, designadamente, que “não será reconhecida a fundação cujo fim não for considerado de interesse social pela entidade competente” (n.º 1). O mesmo artigo acrescenta que “será igualmente negado o reconhecimento, quando os bens afectados à fundação se mostrem insuficientes para a prossecução do fim visado e não haja fundadas expectativas de suprimento da insuficiência” (n.º 2).

Em face destas disposições, a primeira questão que cumpre esclarecer é a de saber qual o âmbito da discricionariedade de que beneficia o Governo no acto administrativo de reconhecimento de uma fundação. A resposta deve, antes de mais, ser procurada numa interpretação exegética e imanente ao Código Civil. Mas, para que uma resolução cabal do problema possa ser obtida, é também preciso atender às coordenadas constitucionais neste domínio.

2.2. A exigência legal de um acto administrativo de reconhecimento das fundações não surge com o Código Civil de 1966. Pelo contrário, a imposição do reconhecimento da fundação pelo poder público tem uma história antiga — que aqui vai ser sintetizada em termos telegráficos ⁽⁴⁾ — e, sobretudo, um significado que varia ao longo dos tempos, sendo visível que, no contexto actual, a exigência do reconhecimento das fundações se integra numa matriz neoliberal, bem longe do modelo estatista francês ⁽⁵⁾. O que, naturalmente, como se perceberá melhor na exposição subsequente,

⁽⁴⁾ V., para maiores desenvolvimentos, RAFAEL DE LORENZO GARCIA, *El nuevo Derecho de Fundaciones*, Madrid, 1993, 17 e segs.; M. EUGÉNIA SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2000, págs. 27 e segs..

⁽⁵⁾ V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., pág. 570. V., sobre os diversos modelos, por último, *ibidem*, págs. 555 e segs..

assume relevância fundamental em sede de limites ao poder de reconhecimento.

2.2.1. A afectação de determinados bens a uma finalidade de utilidade social constitui uma prática milenar de uma relação de colaboração entre os indivíduos e as colectividades em que se integram. Mas, mesmo no período pré-liberal, a transformação de avultados patrimónios em *bens de mão morta* nem sempre foi bem vista pelo poder político.

Basta recordar que, na fase de construção do absolutismo, o poder real via com maus olhos a multiplicação dos *bens de mão morta*, pois este fenómeno — considerado um instrumento mais ao serviço da vaidade dos seus fundadores do que do interesse público —, não só causava perda das receitas fiscais advenientes do imposto sucessório, como contribuía para a formação de grandes patrimónios com o conseqüente poder — especialmente nas mãos da Igreja. A figura do *reconhecimento* surge assim como um instrumento nas mãos do Rei de que dependia a existência, a capacidade jurídica e os poderes dos gestores dos bens de mão morta ⁽⁶⁾.

Os ventos iluministas e revolucionários também não “foram favoráveis a estas instituições, tradicionalmente conotadas com a Igreja” ⁽⁷⁾.

Desde logo, nesse contexto, assistiu-se à tendência para considerar que entre o indivíduo “e a sociedade política criada pelo contrato social não deviam existir (...), nem corpos intermédios, nem vontades menos particulares do que as individuais, que pudessem perturbar ou corromper a formação da vontade geral” ⁽⁸⁾.

Por outro lado, as pessoas colectivas, em grande parte eclesiásticas, apareciam como rivais perigosos do poder estadual” ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ V. CARLA AMADO GOMES, *Nótula sobre o regime de constituição das fundações particulares de solidariedade social em Portugal*, in *RFDUL*, 1999, págs. 158 e segs..

⁽⁷⁾ V. CARLA AMADO GOMES, *Nótula...*, cit., pág. 160.

⁽⁸⁾ V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações e Azeredo Perdigão*, FLAD, 1993, págs. 11 e 12.

⁽⁹⁾ V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações*, Lisboa, 1961, pág. 50.

De resto, aos olhos dos liberais, as fundações eram “ainda mais perniciosas do que as associações e corporações, precisamente por lhes faltar o elemento pessoal, reduzindo-se a simples afectação permanente de um património aos fins predeterminados pelo seu instituidor” (10).

Enfim, a própria ideia — na altura muito em voga — de que todos os seres que não fossem o indivíduo-humano eram fictícios e de que a personalidade que lhes fosse concedida era um artifício favorecia, outrossim, a concepção de que a personalidade colectiva consubstanciava um favor do poder público que este tinha a faculdade de outorgar ou de recusar como lhe aprouvesse (11).

Foi, pois, sem surpresa que se assistiu na época revolucionária à proibição, emblematicamente marcada pela célebre *Loi Le Chapelier* de 1791, das congregações religiosas, das corporações de mesteres e das associações operárias. Mas, mesmo superado o período da Revolução, o Direito Continental Europeu do século XIX e, em especial, o Direito francês começou por atribuir a personalidade colectiva “aivamente, e apenas àquelas associações ou fundações constituídas para um fim de utilidade pública. A concessão da personalidade dependia, pois, da verificação, pelas autoridades do Estado, de que o fim prosseguido pela associação ou fundação era de utilidade pública e desse reconhecimento estava dependente” (12).

Da mesma forma, também não surpreende, num contexto em que se olhava com desconfiança para a personalidade colectiva e, de modo especial, para as fundações, a reacção *portuguesa* contra os bens de mão morta concretizada nas leis de desamortização de 1866, 1869 e 1871 e na primitiva redacção do artigo 35.º do Código Civil de 1867 (13).

2.2.2. Seja como for, aquando dos trabalhos preparatórios da elaboração do Código Civil de 1966, uma tal intenção restritiva já

(10) V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., págs. 11 e 12.

(11) V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., pág. 52.

(12) V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., pág. 50.

(13) V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., pág. 14. V. ainda MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., pág. 165.

não se fez sentir. Pelo contrário, ao menos quanto às fundações, foi visível a preocupação em consagrar um quadro que não obstasse excessivamente à sua criação.

O artigo 15.º do Anteprojecto de FERRER CORREIA dispunha, quanto às associações, que, “salvo preceito de lei em contrário, o reconhecimento das associações será individual e da competência do Governo (...)” (n.º 1), mas acrescentando, logo a seguir, que “o reconhecimento só deixará de ser concedido quando o fim da associação for contrário à ordem pública” (14). O artigo 56.º estabelecia, por seu turno, que “é aplicável ao reconhecimento das fundações o que vai no disposto no n.º 1 do artigo 15.º” (n.º 1), esclarecendo também que “o reconhecimento só deixará de ser concedido quando o fim da instituição for contrário à ordem pública, ou quando os meios para o atingir forem manifestamente insuficientes” (n.º 2) (15).

Mais tarde, o texto saído da 1ª Revisão Ministerial dispunha, no artigo 119.º, que “as associações, as fundações e as demais pessoas colectivas adquirem a personalidade jurídica mediante o acto do reconhecimento, nos termos adiante estabelecidos”. O mesmo texto, enquanto em relação às associações se limitava a estabelecer, no n.º 1 do artigo 125.º, que “o reconhecimento das associações é individual e da competência do Governo”, determinava, no artigo 147.º, não apenas que a mesma regra “é aplicável ao reconhecimento das fundações...” (n.º 1), mas também, na esteira do Anteprojecto, que “o reconhecimento só deixará de ser concedido quando o fim da instituição for contrário à ordem pública ou quando os meios para o atingir forem manifestamente insuficientes” (n.º 2). Por aqui se vê que, ao menos quanto às fundações, o princípio geral afirmado era o do reconhecimento e os dois únicos fundamentos para o recusar constituíam, por um lado, a ilegalidade do fim ou sua oposição aos princípios fundamentais da ordem

(14) V. FERRER CORREIA, *Pessoas Colectivas — Anteprojecto de um capítulo do novo Código Civil*, in *BMJ*, n.º 67, pág. 252.

(15) V. FERRER CORREIA, *Pessoas Colectivas — Anteprojecto...*, cit., pág. 269.

social e, por outro, a insuficiência dos meios da dotação de uma instituição para fim lícito e louvável” (16).

Também MARCELLO CAETANO, na proposta de alteração que apresentou, mantinha o princípio de que a recusa do reconhecimento era excepcional e, nos termos dos n.º 2 e 3 do artigo L, só podia ter dois fundamentos. Assim, nos termos do n.º 2 do referido artigo, “não poderá ser reconhecida a instituição cujo fim seja ilegal ou contrário ao bem público, à segurança do Estado, à moral ou aos bons costumes”. Por outro lado, segundo o n.º 3 do artigo L, “quando os bens afectados sejam insuficientes para a prossecução do fim visado e não houver fundados motivos para prever o oportuno suprimento dessa insuficiência, será negado o reconhecimento” (17). Ou seja, nas próprias palavras do Autor da proposta, se no primeiro caso devia evidentemente ser proibido o reconhecimento, já no segundo devia “deixar-se à autoridade administrativa certa liberdade de apreciação e decisão, pois (...) pode o Estado dispor-se a subsidiar a fundação ou ter elementos que lhe permitam crer que, pela subscrição de sócios ou por outro meio legítimo, a insuficiência será suprida” (18).

2.2.3. Assim se chegou ao texto primitivo do Código Civil de 1966. Como é sabido, segundo a solução plasmada na versão originária do artigo 158.º do Código Civil, “as associações e fundações adquirem personalidade jurídica pelo reconhecimento, salvo disposição especial da lei” (n.º 1), sendo “o reconhecimento (...) individual e da competência do Governo (...)” (n.º 2).

O legislador, em vez de optar por um sistema de reconhecimento normativo, consagrou assim, na esteira dos projectos a que se fez referência, um sistema de reconhecimento específico por via administrativa. E, se em relação às fundações, o artigo 188.º do texto primitivo incluía já uma referência expressa aos fundamentos para a recusa de reconhecimento, tal não acontecia em relação às associações. Pretendia-se, por esta via, assegurar um controlo administrativo eficaz e extenso das associações. “O Estado podia

(16) V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., págs. 176 e 177.

(17) V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., pág. 202.

(18) V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., págs. 176 e 177.

assim controlar, através de um acto discricionário, a constituição de qualquer associação, a qual ficava dependente, em cada caso, do juízo favorável da autoridade administrativa” (19).

2.2.4. A Revolução do 25 de Abril de 1974 modifica radicalmente o estatuto legal das associações. Já vimos, com efeito, que, “na versão primitiva do n.º 1 do artigo 158.º do Código Civil, num período em que dominavam *algumas* restrições ao direito de associação, o reconhecimento deste tipo de pessoas colectivas era por *concessão*, dependendo de acto de uma autoridade administrativa. Alterado este clima, em Abril de 1974, o Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro, invocando justamente, no seu Preâmbulo, o direito à livre associação como «uma garantia básica de realização pessoal dos indivíduos na vida em sociedade», alterando nessa matéria o Código Civil, consagrou no artigo 4.º o reconhecimento normativo das associações” (20).

Em contrapartida, relativamente às fundações, o texto do Código Civil permaneceu inalterado. O próprio artigo 188.º do Código Civil, sobre reconhecimento das fundações, não foi objecto de quaisquer modificações.

Assim, e aparentemente, dir-se-ia que a revisão do Código Civil levada a cabo após a Revolução do 25 de Abril de 1974 tinha respeitado unicamente ao reconhecimento das associações, o qual, de harmonia com a liberdade de associação a partir dessa altura plenamente consagrada, deixava de assentar num acto administrativo individual e passava a ser conferido *ope legis*. Pelo contrário, no que toca às fundações, dever-se-ia continuar a reconhecer, com PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, que se mantinha “o princípio anterior do reconhecimento por concessão individual, cabendo a competência para o efeito à autoridade administrativa” (21), pelo que coexistia, com o novo regime de liberdade individual para a

(19) V. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1993 (reimp.), pág. 307.

(20) V. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, 2001, pág. 438.

(21) V. F. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, I, Coimbra, 1987, pág. 163.

constituição de associações, “um regime de fiscalização governativa apertada para a formação das fundações” (22). Ou seja, como mais recentemente afirmou RUI MACHETE, tudo apontaria no sentido de que a disciplina das fundações que consta do Código Civil constituiria uma herdeira fiel do cunho liberal hostil às fundações. Isto mesmo seria revelado no método escolhido pelo artigo 188.º ainda em vigor “para o reconhecimento de personalidade jurídica, sempre por concessão através de actos administrativos de elevado grau de discricionariedade” (23).

Pela nossa parte, e embora admitamos a conveniência em reformar a legislação em vigor, desde logo no que toca ao modo de atribuição da personalidade jurídica às fundações, recusamos uma tal leitura do Código Civil. Efectivamente, além de o actual regime legal de reconhecimento das fundações não poder ser compreendido à margem da ordem jurídico-constitucional de 1976 (cfr. *infra* 2.3.), são vários os elementos hermenêuticos que, mesmo no plano de uma interpretação exegética imanente à lei, revelam que a exigência do reconhecimento das fundações que se extrai do n.º 2 do artigo 158.º e do artigo 188.º do Código Civil se integra numa matriz neoliberal, bem longe do modelo estatista francês.

a) A primeira nota que cumpre reter é a de que, nos termos do Código Civil, o princípio claramente assumido é o da concessão do reconhecimento.

A conclusão transparece já claramente dos trabalhos preparatórios, pois, não só o artigo 56.º, n.º 2, do Anteprojecto de FERRER CORREIA e o artigo 147.º, n.º 2, do Projecto saído da 1.ª Revisão Ministerial estabeleciam expressamente que o reconhecimento só deixaria de ser concedido quando o fim da fundação fosse contrário à ordem pública, ou quando os meios para o atingir se mostrassem manifestamente insuficientes, como também MARCELLO CAE-

(22) V. F. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado...*, I, cit., pág. 164.

(23) V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., pág. 20.

TANO, na proposta de alteração que apresentou, mantinha o princípio de que a recusa do reconhecimento era excepcional.

O artigo 188.º do Código Civil, ao indicar expressamente os fundamentos para a recusa de reconhecimento das fundações, em flagrante contraste com o silêncio comprometido que, em matéria de reconhecimento de associações, era adoptado pela versão originária do Código Civil, confirma que o princípio adoptado é o do reconhecimento das fundações, a menos que falte o interesse social ou os bens afectados se mostrem insuficientes. Ou seja, do artigo 188.º do Código Civil resulta que o reconhecimento só deve à partida ser negado “no caso de *o fim da fundação não ser considerado de interesse social*, bem como no caso de *insuficiência do património afectado à fundação*” (24).

b) É significativo, por outro lado, o modo muito restritivo como o artigo 188.º do Código Civil recorta os fundamentos de recusa do reconhecimento da fundação.

A conclusão é, desde logo, evidente no que toca à *insuficiência patrimonial*. Sem dúvida que “não convém ao *interesse público* que se personalize uma fundação quando lhe faltem, e não haja probabilidades seguras de vir a obtê-los, meios bastantes para esta surgir como viável. A intervenção da autoridade administrativa — tratando-se, como se trata, neste caso, de um reconhecimento *individual* ou *por concessão* — servirá precisamente para garantir a existência de um mínimo de viabilidade económica, sem o qual a nova organização técnica e autónoma de interesses apenas irá constituir um *factor de perturbação* no tráfego jurídico” (25). O Código Civil delimita, porém, em termos muito restritivos este limite ao reconhecimento. É que, desde logo, mesmo nos casos de insuficiência do património, a lei “estatui que o reconhecimento só pode ser negado quando «não haja fundadas expectativas de suprimento da insuficiência». Deste modo, havendo tais expectativas, a *insuficiência actual* (no momento do pedido de reconhecimento) não impede o reconhecimento” (26). De resto, “pode o Estado dispor-se

(24) V. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria...*, cit., págs. 311 e 312.

(25) V. A. FERRER CORREIA / ALMENO DE SÁ, *Algumas notas sobre as Fundações*, in *RDE*, ano XV, 1989, pág. 332.

(26) V. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...*, I, cit., pág. 567.

a subsidiar a fundação ou ter elementos que lhe permitam crer que, pela subscrição de sócios ou por outro meio legítimo, a insuficiência será suprida” (27). Além disso, como lembra MARCELLO CAETANO, no juízo acerca da suficiência do património afectado, está em rigor em causa uma *verificação* e não, propriamente, uma decisão (28).

Idêntica conclusão afigura-se igualmente inquestionável quando está em causa o juízo sobre o interesse social da fundação. Repare-se que “o regime geral de constituição de uma fundação de direito privado não impõe que, ao escopo do ente, seja necessariamente reconhecido pelas autoridades administrativas um interesse público, mas apenas uma finalidade social. Ora um 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. Interesse público e interesse social são pois realidades distintas e a lei civil admite a constituição de entes alicerçados exclusivamente no segundo tipo de interesse” (29). É visível, aliás, que o legislador português, ao exigir apenas o interesse social da fundação, optou por uma solução bem diferente daquela que chegou a ser admitida nos trabalhos preparatórios de elaboração do Código Civil. É certo que não basta a não contrariedade à *ordem pública*. Mas, ao contrário do que chegou a sugerir MARCELLO CAETANO, o Código Civil também não acolheu a exigência de que o fim da fundação *não seja ilegal ou contrário ao bem público, à segurança do Estado, à moral ou aos bons costumes* — conceitos que, nas próprias palavras desse Autor, implicavam maior latitude de apreciação e permitiam certa margem de discricionariedade de quem decida (30). Naturalmente, as coisas mudam de figura quando estejam em causa fundações de utilidade pública administrativa, fundações de mera utilidade pública ou fundações de solidariedade social. Nestes casos, as regalias e bene-

(27) V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., págs. 176 e 177.

(28) V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., pág. 74.

(29) V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., pág. 570.

(30) V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., págs. 72 e 73.

fícios fiscais que decorrem da outorga pela administração do referido estatuto deverão ser acompanhadas de um diâmetro mais aperfeiçoado de controlo e de tutela por parte do Estado. Em contrapartida, tratando-se de fundações privadas de interesse social, a densidade reguladora por parte do direito público é, como se viu, e compreensivelmente, bastante menor⁽³¹⁾, contentando-se o legislador civil em proibir o reconhecimento de “substratos patrimoniais que visem apenas realizar o interesse particular de uma ou mesmo de várias determinadas pessoas”⁽³²⁾. Numa palavra: “a expressão *interesse social* não implica que o fim do ente, cujo reconhecimento se requer, seja de *interesse geral* ou de relevância pública, mas tão-só que seja *desinteressado* e que dele emane a título principal uma certa utilidade para a colectividade, estabelecendo-se necessariamente um nexo causal entre esta e os objectivos permanentes da fundação”⁽³³⁾. Assim, como ensina FERRER CORREIA, o interesse social que justifica o reconhecimento da fundação pode ter um alcance muito diverso, cobrindo desde os fins de caridade aos fins culturais, passando por fins científicos ou artísticos. O Código Civil, sob este aspecto, não faz qualquer distinção nem assinala qualquer preferência⁽³⁴⁾.

c) Como se acaba de verificar, no que diz respeito às *fundações de direito privado e utilidade social*, a ductilidade do escopo obrigatório imposto por lei comporta uma das variantes mais flexíveis do modelo Europeu Continental. Cumpre agora acrescentar que a matriz neoliberal do quadro legal consagrado foi satisfatoriamente reforçada quando a reforma do Código Civil levada a cabo em 1977 operou a revogação do artigo 161.º.

Recorde-se que este preceito impunha, sob pena de nulidade, a autorização prévia do Governo para a aquisição, alienação ou

(31) V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., pág. 570.

(32) V. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, pág. 373, em nota.

(33) V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., pág. 573.

(34) V. A. FERRER CORREIA, *Le régime...*, cit., pág. 486.

oneração de móveis a título oneroso por parte da fundação ou da associação.

A revogação da referida disposição operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, teve justamente “por fim subsidiarizar a intervenção do Estado, suprimindo indesejáveis manifestações tutelares preventivas e conferindo um voto de confiança aos entes fundacionais para a materialização de uma gestão autónoma e emancipada do seu património” (35).

d) A delimitação restritiva dos poderes do Governo sobre as fundações privadas de interesse social é corroborada quando, ainda numa leitura sistemática imanente à própria lei civil, se traz à colação, designadamente, a norma que prevê as causas de extinção da fundação.

Não significa isto, naturalmente, que se possa sem mais ignorar as “diferenças existentes entre a idoneidade originária e superveniente do fim, nomeadamente quanto aos interesses e expectativas de terceiros e mesmo aos interesses gerais, da colectividade, de um lado, e das pessoas com direito a receber os bens da dotação, no caso de nulidade, por outro. A extinção da fundação por inidoneidade superveniente do fim tem (...) *custos sociais* que se não verificam no seu não reconhecimento inicial” (36).

Do que se trata é tão-somente de reconhecer que, não só não se deve permitir o reconhecimento da fundação “quando haja, de início, fundamento para a sua extinção” (37), como também os termos restritivos em que o artigo 192.º, n.º 2, do Código Civil recorta as causas de extinção das fundações por iniciativa da entidade competente para o seu reconhecimento confirma a matriz liberal do sistema em vigor. Na realidade, para além das hipóteses de esgotamento, impossibilidade ou desvio do fim estatutário ou da sua prossecução por meios ilícitos ou imorais, a extinção da fundação só pode ter por fundamento a contrariedade da existência da fundação à ordem pública, isto é, a violação de uma exigência cujo

(35) V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., pág. 592.

(36) V. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...*, I, cit., pág. 569.

(37) V. F. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado...*, I, cit., pág. 183.

respeito constitui, nos termos do artigo 280.º do Código Civil, um requisito geral dos negócios jurídicos.

e) Numa palavra, por aqui se vê que, mesmo em face do Código Civil, “o regime jurídico geral atinente ao processo constitutivo das fundações de direito privado em Portugal, se integra de entre os modelos dominantes de direito europeu, numa matriz neoliberal” (38).

A própria expressão legal utilizada pelo legislador civil — *reconhecimento* da fundação — é significativa do alcance limitado dos poderes do Governo neste domínio. É certo que, em rigor, a intervenção administrativa, na personalidade colectiva, “é constitutiva e não meramente declarativa de uma qualidade anterior que se imponha ao Direito” (39). Mas, como é sabido, “ao reconhecimento anda ligada a ideia de *verificação*, ou *declaração* de certo facto ou direito anterior” (40).

Logo, “e em síntese, seja o não condicionamento do acto de reconhecimento por parte da administração à natureza ou relevância pública do interesse prosseguido pela fundação de direito privado, seja a essencialidade lógica dos dois pressupostos de reconhecimento (o fim de relevância social e a adequação do património afectado ao escopo prescrito), afastam a fundação comum de direito privado português do modelo estatista francês. Tal facto aproxima a da matriz neoliberal, onde predomina a liberdade relativa de fins e a contenção circunscrita do direito público aplicável” (41).

2.3. As considerações anteriores demonstram que, mesmo em face de uma leitura exegética e imanente à lei ordinária das disposições do Código Civil de 1966 respeitantes ao reconhecimento das fundações, a exigência legal do reconhecimento se integra numa matriz neoliberal.

Todavia, mesmo que assim não se entendesse, nunca se poderia aceitar que a simples circunstância de os preceitos legais sobre

(38) V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., pág. 570.

(39) V. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...*, I, cit., pág. 436.

(40) V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., pág. 49.

(41) V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., pág. 570.

reconhecimento das fundações permanecerem formalmente inalterados no período subsequente à Revolução do 25 de Abril e à entrada em vigor de uma nova ordem constitucional justificasse a afirmação de que se mantinha o “regime de fiscalização governativa apertada para a formação das fundações” (42). A razão é simples: o actual regime de reconhecimento das fundações não pode ser compreendido à margem da ordem jurídico-constitucional de 1976.

2.3.1. É sabido, com efeito, que a fórmula *Direito Constitucional concretizado* — que não pode obviamente ser absolutizada — não se aplica apenas ao Direito Administrativo. Pelo contrário, o próprio Direito Privado não pode hoje ser lido à margem da Constituição (43). A conclusão impõe-se, sobretudo, quando, em virtude das cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, o legislador civil utiliza normas particularmente abertas (44).

Por outro lado, e uma vez que no âmbito do reconhecimento das fundações propriamente dito está em causa uma actuação administrativa, e já não privada, não oferece qualquer contestação a ideia de que a liberdade de que dispõe o Governo ao controlar, designadamente, o interesse social da fundação não pode ser delimitada à margem das coordenadas constitucionais aplicáveis à Administração.

De facto, e em tese geral, ninguém ignora que a desvinculação discricionária “não exprime uma desvinculação perante o direito” (45) e, mais concretamente, que a Administração deve tomar em consideração os preceitos constitucionais no âmbito da actividade não vinculada à lei. Esta “*dependência constitucional da actividade administrativa* — que significa que qualquer decisão administrativa constitui potencialmente uma decisão constitucio-

(42) V. F. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado...*, I, cit., pág. 164.

(43) V., por todos, DETLEF CHRISTOPH GÖLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin, 1969, passim.

(44) V., sublinhando justamente o impacto da ordem constitucional sobre o regime das fundações, RAFAEL DE LORENZO GARCIA, *El nuevo Derecho de Fundaciones...*, cit., págs. 127 e segs..

(45) V. A. CASTANHEIRA NEVES, *O problema da discricionariedade*, in *Digesta*, I, Coimbra, 1995, pág. 540.

nal” (46) — não se esgota no âmbito da actividade discricionária da Administração em sentido estrito. A própria concretização dos conceitos indeterminados constitui, igualmente, “um *Eldorado*” para a invocação das normas constitucionais (47).

A conclusão torna-se ainda mais clara quando se equaciona o problema na perspectiva específica do acto administrativo de reconhecimento das fundações. Não se esqueça que, quando se discute o alcance do poder de reconhecimento, está também em jogo “o grau de relevância social atribuída ao fenómeno subjacente à personificação colectiva e, também, a maior ou menor medida de intervenção que o Estado entende dever reservar-se na matéria” (48). Um exemplo flagrante desta afirmação pode encontrar-se na recente — e já referida — “evolução legislativa do reconhecimento das associações, verificada no sistema jurídico português” (49). Não pode, pois, ser indiferente, para efeitos de determinação do alcance do poder de reconhecimento das fundações conferido ao Governo, a atitude geral adoptada pela Constituição em relação ao fenómeno fundacional.

2.3.2. As fundações, como refere RUI MACHETE, constituem, “a um tempo, veículo precioso para a concretização do espírito criativo da sociedade civil e pedra de toque da importância e respeito tributados pelo ordenamento jurídico-político à pessoa humana e à sua autonomia” (50). A Constituição de 1976 reconhece-as, justamente, nesse duplo plano (51).

a) Antes de mais, além de poderem “ajudar a recriar as condições para que um público crítico possa ressurgir e desempenhar, *mutatis mutandis*, as funções sociais de fiscalização e de impulsio-

(46) V. HANS J. WOLFF / OTTO BACHOF / ROLF STOBER, *Verwaltungsrecht*, I, München, 1994, pág. 140.

(47) V. HARALD BOGS, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart — Berlin — Köln — Mainz, 1966, págs. 122 e 123.

(48) V. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...*, I, cit., pág. 438.

(49) V. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...*, I, cit., pág. 438.

(50) V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., pág. 5.

(51) V., para uma primeira abordagem ao Direito Constitucional Comparado, M. EUGÉNIA SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones...*, cit., págs. 41 e segs..

nador da vida cultural e política por forma similar à desenvolvida pelos *salons* literário-políticos do século XVIII” (52), as fundações são agentes de solidariedade social ao possibilitar que o Estado, no âmbito das actividades de natureza cultural, educativa, científica, artística e social, se remeta à função subsidiária. Efectivamente, “no seu papel de promotores de investigação, de apoiantes da acção educativa, ou de agentes de solidariedade social, no campo da saúde e da assistência, são também importantes veículos de redistribuição de riqueza e do reequilíbrio das desigualdades” (53).

Isto mesmo é expressamente reconhecido pela Constituição a propósito de um dos terrenos privilegiados de actuação das fundações. O n.º 3 do artigo 73.º da Constituição estabelece, com efeito, que “o Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e *fundações de fins culturais*, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais”.

Da mesma forma, no campo da segurança social, o artigo 63.º, n.º 5, da Constituição dá expressa cobertura às *instituições particulares de solidariedade social* e, nessa medida, às fundações privadas que exercem a sua actividade no campo da segurança social (54). E repare-se que, com bem assinala JORGE MIRANDA, é duvidoso que se justifique falar aqui em exercício privado de funções administrativas, porquanto “a prossecução de actividades de solidariedade social — segurança social e apoio à família, à infância, aos jovens, aos deficientes ou aos idosos — não é uma função exclusiva do Estado que ele possa ou não descentralizar; é ou pode ser também uma função da sociedade civil” (55).

O projecto não estatista acolhido pela Constituição não se esgota nos dois domínios assinalados. Diversos preceitos da Constituição sobre direitos sociais reforçam a mesma conclusão. Isto já

(52) V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., pág. 6.

(53) V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., págs. 7 e 17.

(54) V. CARLA AMADO GOMES, *Nótula...*, cit., págs. 161 e segs..

(55) V. JORGE MIRANDA, *As associações públicas no direito português*, in *RFDL*, 1986, pág. 64.

para não falar do princípio da subsidiariedade proclamado no n.º 1 do artigo 6.º da Constituição ⁽⁵⁶⁾.

Numa palavra, desde que constituídas e existindo *bona fide*, as fundações são vistas constitucionalmente como entidades que contribuem para a ampliação das liberdades de escolha, para a diminuição do peso do Estado, para a justiça social e para a elevação espiritual das motivações dos comportamentos em sociedade, pelo que são valoradas positivamente pelo legislador constitucional ⁽⁵⁷⁾.

b) A relevância das fundações no plano jurídico-constitucional não se esgota na dimensão objectiva a que se acaba de fazer referência. Pelo contrário, “o estatuto de que gozam as fundações constitui cada vez mais uma nota aferidora do respeito que os ordenamentos jurídicos têm pela personalidade do homem e pelas manifestações da sua autonomia” ⁽⁵⁸⁾. E, assim sendo, a temática das fundações transporta-nos directamente para o terreno dos direitos fundamentais.

Desde logo, as fundações, enquanto pessoas colectivas, podem ser titulares, não apenas de direitos de personalidade ⁽⁵⁹⁾, mas inclusivamente, por força de expressa determinação constitucional (n.º 2 do artigo 12.º da Constituição), de direitos fundamentais. E isto porque a acção das fundações constitui, justamente, “um poderoso factor de protecção e progresso da liberdade face às

⁽⁵⁶⁾ V. JORGE MIRANDA, *As associações públicas...*, cit., pág. 64.

⁽⁵⁷⁾ V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., pág. 17.

⁽⁵⁸⁾ V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., pág. 11.

⁽⁵⁹⁾ Como ensina RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA (*O direito geral de personalidade...*, cit., págs. 596 e segs.), “há seguramente que reconhecer às pessoas colectivas, porquanto, v.g., titulares de valores e motivações pessoais, alguns dos direitos especiais de personalidade, que se ajustem à particular natureza e às especificidades características de cada uma de tais pessoas jurídicas, ao seu círculo de actividades, às suas relações e aos seus interesses dignos de tutela jurídica”. É o que sucede, nomeadamente, com a titularidade pelas pessoas colectivas do “direito à liberdade de acção consentânea com os seus fins estatutários”. Mais! Não é de excluir que as pessoas colectivas disponham inclusivamente de um direito *geral* de personalidade, ainda que delimitado pelas respectivas funções estatutárias-legais e com menor extensão do que o das pessoas singulares (V. ainda PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, págs. 220 e 221).

tentações centralizadoras ou até coercivas do poder político e da burocracia pública” (60). Por aqui se vê, aliás, que, em certo sentido, “os direitos fundamentais das pessoas colectivas são ainda, mediatamente, direitos fundamentais de pessoas físicas”, isto é, as pessoas colectivas “desfrutam destes direitos na medida em que isso é necessário para assegurar as posições de pessoas físicas” (61).

Além disso, e sobretudo, a temática das fundações coloca-se inclusivamente no plano de incidência dos direitos fundamentais individuais da pessoa humana consagrados constitucionalmente.

A conclusão impõe-se, naturalmente, naqueles casos em que as fundações não podem ser absolutamente dissociadas da liberdade de associação. Na verdade, à semelhança do que acontece com a distinção entre institutos públicos e associações públicas (62), forçoso é reconhecer que, ao menos quando há co-fundadores, “as *universitates rerum* (...) surgem como um desenvolvimento natural do direito de associação, como uma especificidade técnica da sua concretização” (63). É certo que, em muitos casos, se mostram claudicantes, como demonstra FERRER CORREIA, as tentativas de configurar corporativamente as fundações em torno das pessoas encarregadas de realizar os desejos do fundador ou até dos beneficiários da fundação (64). Mas, ao menos nas fundações de instituição colectiva, as coisas mudam de figura, pois, nestes casos, como lembra MOTA PINTO, a fundação resulta de afectação de fundos

(60) V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., pág. 11.

(61) V. J. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, Coimbra, 1997, págs. 193 e segs. (em especial, 199).

(62) Os diversos elementos a que cumpre atender na distinção entre instituto público e associação pública deixam facilmente antever que a referida dicotomia não é em certos casos tão talhante como parece. Há, na realidade, situações algo indefinidas ou híbridas, ou seja, corporações com componentes institucionais e instituições com elementos corporativos. E, por vezes, as formas mesclam-se a tal ponto que deixa de ser possível inserir certas figuras na categoria da associação ou do instituto. Desse modo, ao lado de corporações e de institutos de *raça pura*, existem pessoas colectivas de composição mesclada (V. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, págs. 365 e 366).

(63) V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., pág. 15.

(64) V., para a demonstração, A. FERRER CORREIA, *Le régime...*, cit., págs. 483 e 484. V. ainda A. FERRER CORREIA / ALMENO DE SÁ, *Algumas notas sobre as Fundações...*, cit., págs. 336 e 337.

obtidos por subscrição pública ou, inclusivamente, é instituída por uma pluralidade de pessoas outorgando simultaneamente no acto de instituição ⁽⁶⁵⁾.

Seja como for, mesmo deixando de lado a conexão que pode existir entre a liberdade de associação e o direito de constituir fundações, o problema do estatuto das fundações não pode ser dissociado, depois da revisão constitucional de 1997, do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade consagrado expressamente no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição. Efectivamente, à semelhança do efeito irradiante conferido aos direitos fundamentais em geral pela doutrina e jurisprudência alemãs a partir de uma leitura extensiva do direito ao livre desenvolvimento da personalidade enunciado no n.º 1 do artigo 2 da *Grundgesetz* ⁽⁶⁶⁾, o novo direito fundamental estabelecido no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição deve ser visto quer como um direito geral de liberdade quer como um direito à tutela da personalidade nas suas diversas dimensões ⁽⁶⁷⁾. Ora, bem vistas as coisas, “a pessoa humana necessita para se realizar de entidades e grupos sociais, que lhe permitam a obtenção de fins colectivos. Não seria legítimo que um Estado banisse a liberdade de associação, ou que impedisse a formação de corpos intermédios de que o homem necessita, consoante a categoria de interesses que estiver em causa” ⁽⁶⁸⁾. Concretamente, a faculdade de instituir organizações que, ultrapassando a duração limitada da vida individual, permitem prolongar a afirmação da vontade constitui ainda uma manifestação e realização da personalidade do homem.

Pode, pois, concluir-se que as fundações, “como obra de vocação duradoura, que concretiza uma importante manifestação da personalidade humana, têm de merecer o respeito devido a esta” ⁽⁶⁹⁾ e, conseqüentemente, o direito de constituir fundações deve ser

⁽⁶⁵⁾ V. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria...*, cit., pág. 283.

⁽⁶⁶⁾ V., por todos, e por último, MICHAEL SACHS, *Verfassungsrecht II — Grundrechte*, Springer-Verlag, Berlin / Heidelberg / New York, 2000, págs. 184 e segs..

⁽⁶⁷⁾ V. PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade...*, cit., págs. 149 e segs. (em especial, 157 e segs.).

⁽⁶⁸⁾ V. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral...*, cit., pág. 195.

⁽⁶⁹⁾ V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., págs. 6 e 15-16.

visto como uma manifestação do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade — direito, sem dúvida, limitado; mas, apesar de tudo, direito fundamental!

2.3.3. A conclusão alcançada é decisiva para efeitos da determinação do alcance do poder de reconhecimento das fundações conferido ao Governo.

O estatuto constitucional das fundações e, em especial, a sua raiz nos próprios direitos fundamentais confirmam, agora numa perspectiva constitucional, a inadmissibilidade da adopção, na ordem jurídica portuguesa, de uma visão das fundações segundo o modelo *estadualista* de matriz francesa, isto é, segundo um modelo que, na linha da desconfiança jacobina relativamente aos entes fundacionais, acentua a dimensão publicista do regime das fundações. Pelo contrário, em face do texto actual da Constituição de 1976, se não é necessariamente imposto um modelo fundacional estritamente liberal *à americana* — e, por isso, o artigo 188.º do Código Civil não se afigura inconstitucional —, é pelo menos exigível que a intervenção dos poderes públicos no regime jurídico das fundações privadas seja feito segundo um modelo intervencionista liberal ⁽⁷⁰⁾.

Daí que o Governo, no acto de reconhecimento de uma fundação, esteja constitucionalmente vinculado a substituir a desconfiança em relação às pessoas colectivas de fins desinteressados pela “atitude positiva de acreditar que, em princípio, estas agem em conformidade com a ética e segundo as regras jurídicas” ⁽⁷¹⁾. Sobretudo, a circunstância de o Governo, ao apreciar o pedido de reconhecimento de uma fundação, ser confrontado com uma manifestação do direito ao desenvolvimento de personalidade condiciona inevitavelmente o âmbito do poder discricionário conferido por lei.

a) É bem sabido que o princípio da legalidade da Administração, a custo conquistado ao Estado de Polícia, é hoje um ponto

⁽⁷⁰⁾ V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., págs. 555 e segs..

⁽⁷¹⁾ V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., pág. 7.

de referência em qualquer Estado de Direito, desde logo devido à sua tripla função: garantia dos particulares, *indirizzo* político e racionalização da actividade administrativa ⁽⁷²⁾.

- A função de garantia dos particulares é facilmente apreensível. É incontestável que o princípio da legalidade, ao sujeitar o poder administrativo a critérios e limites, se assume como um factor de tutela do particular em face da Administração, que não o poderá lesar a não ser com fundamento na lei, de acordo com os critérios nela estabelecidos e sem violar os limites nela prescritos.
- Para equacionar a função de *indirizzo* político reconhecida ao princípio da legalidade, é importante perceber que a actuação dos entes administrativos tem como sustentáculo de legitimidade a vontade popular e, a partir do momento em que esta se exprime através da Constituição — num primeiro grau — e de actos legislativos — num segundo grau —, o princípio da legalidade conduz necessariamente à ideia de que a Constituição, primeiro, e a lei, depois, devem *orientar* a actividade administrativa. Assim surge a função de *indirizzo* político, sempre ligada à ideia de legitimação democrática. Este apelo ao *indirizzo* político, ou à orientação política, retrata a ideia segundo a qual o princípio da legalidade serve para assegurar o regular escalonamento dos poderes estaduais, garantindo o primado do poder legislativo sobre o poder administrativo. Mas vai mais longe do que essa construção, na medida em que sublinha o facto de a orientação do legislador ao administrador se afigurar compreensível e, mesmo, exigível, dada a mais forte legitimidade democrática do primeiro. Numa palavra: com a sublimação do princípio da legalidade — ilustrado aqui pela obediência devida à Constituição e à lei por parte dos regulamentos administrativos — já não é

⁽⁷²⁾ V. J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*; Coimbra, 1987, págs. 17 e segs. e 188 e segs.; BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lisboa, 1995, págs. 78 e segs..

apenas o Estado de Direito que se quer sedimentar, é também o Estado Democrático que se pretende preservar em toda a sua plenitude.

- Quanto à função de racionalização da actividade administrativa, ela é perceptível, sobretudo, no quadro da teoria dos actos administrativos, exprimindo-se aí, sinteticamente, na ideia de que, primeiro, os problemas devem ser pensados a um nível geral e abstracto (isto é, em sede legal, sem distorções que possam advir da consideração de casos individuais e concretos), só depois devendo surgir as actuações casuísticas da Administração, no quadro previamente traçado pela lei em moldes racionais.

b) É sobejamente conhecido, por outro lado, que o princípio da legalidade — proclamado no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição — não pode, nos nossos dias, ser compreendido à margem do princípio da reserva de lei. Ou, o mesmo é dizer, no moderno Estado Social de Direito, o princípio da legalidade da Administração aparece, não apenas como um *limite* da acção administrativa, mas como o seu verdadeiro *fundamento* (73).

Sem dúvida que a vinculação da Administração à lei não deve “desembocar na corrente do controlo total” (74), não devendo a discricionariedade ser vista como “uma espécie de *criminalidade tolerada*” (75) ou situação patológica (76) condenada a desaparecer. É que, nos nossos dias, “o poder administrativo é dotado de uma legitimidade constitucional igual à dos restantes poderes constituídos, sendo num Estado democrático assistido de legitimidade política representativa” (77). Acresce que a própria lei já não pode hoje

(73) V. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, Lisboa, 2001, págs. 40 e segs..

(74) V. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, in *BFDUC*, 1981, págs. 187 e segs..

(75) V. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, pág. 61.

(76) V. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, in *AöR*, 1991, pág. 364.

(77) V. PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1995, pág. 109.

ser vista como “a magna carta da liberdade” (78). O ideal de um “administrador-computador” (79) ou de uma Administração que se limite à “pura execução mecânica da lei” (80) não se enquadra, pois, nas estruturas do actual Estado de Direito.

No entanto, mesmo deixando em aberto a questão de saber se o princípio da legalidade, na vertente da reserva de lei, vale igualmente no âmbito da actividade regulamentar da Administração ou, o mesmo é dizer, se a Constituição autoriza ou não a existência de regulamentos emitidos sem fundamento numa lei ordinária de habilitação, afigura-se claro que o princípio constitucional do Estado de Direito, ao exigir “para cada cidadão a segurança da previsibilidade do futuro” (81), postula uma reserva de norma jurídica. De resto, entre nós, “não parece sofrer discussão que se encontram sujeitos à *reserva de lei*, no sentido de *reserva de norma jurídica*, todos os *actos administrativos ablativos*, isto é, todos aqueles que constituem obrigações, ónus ou sujeições na esfera jurídica do destinatário, e os que extinguem direitos subjectivos, direitos potestativos, poderes e faculdades ou estabelecem limites ao seu exercício” (82). Mais: num Estado interventor que se propõe realizar a democracia económica, social e cultural, a protecção da esfera individual reclama a prévia definição das próprias “condutas administrativas prestadoras das quais esteja dependente o destino pessoal dos cidadãos: a adaptação da função garantística da legalidade às características do Estado Social de Direito justifica e impõe o alargamento da *reserva de norma jurídica* à administração de prestação” (83).

c) O princípio da reserva (relativa) de lei não é um princípio meramente formal. O princípio da reserva de lei inculca, além de

(78) V. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, pág. 154.

(79) V. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *A propósito dum projecto legislativo: o chamado Código do Processo Administrativo Gracioso*, in *RLJ*, ano 115º, pág. 18.

(80) V. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *O princípio...*, cit., pág. 188.

(81) V. J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 289.

(82) V. J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 289.

(83) V. J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 292 (bem como, págs. 208-209, em nota).

uma exigência de clareza das normas legais (de uma norma obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco, capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto), a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal. Um acto legislativo que não contenha uma disciplina suficientemente desenvolvida não oferece uma medida jurídica capaz de alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos, constituir uma norma de actuação para a Administração, e possibilitar, enquanto norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos⁽⁸⁴⁾.

Não basta, por isso, para respeitar plenamente o princípio da reserva de lei, que exista uma norma a atribuir competência para a prática de quaisquer actos administrativos sobre certa matéria. Isso equivaleria, na verdade, “a conceder poderes ilimitados à Administração (...). A norma legal de competência ou de «acção», que concede um poder, tem de demarcar-lhe os limites. Esse é desde logo um corolário da função garantística da legalidade”⁽⁸⁵⁾. Mais: se a remissão, para o juízo subjectivo do órgão, da configuração dos efeitos de direito a produzir nas situações concretas não fosse apenas parcial e complementar de um tipo legal, e se não houvesse uma necessidade paralela de a norma enunciar os pressupostos mínimos do acto, “faltaria *parametricidade* ou *mensurabilidade*, que é uma exigência do Estado de Direito e, também, da racionalidade da organização estadual, que constitui fundamento da legalidade objectiva”⁽⁸⁶⁾.

A reserva de lei é particularmente exigente quando estão em causa actuações administrativas agressivas de direitos fundamentais. Não é, aliás, por acaso que a teorização clássica da reserva de lei começou por se alicerçar em torno da fórmula “liberdade e propriedade”⁽⁸⁷⁾. A conformidade à lei implica, concretamente, que o legislador não pode deixar à discricionariedade administrativa a

⁽⁸⁴⁾ V. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, pág. 258. V. ainda Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 285/92, in *DR*, I-A, 17 de Agosto de 1992; Acórdão n.º 289/92, in *DR*, II, 19 de Setembro de 1992.

⁽⁸⁵⁾ V. J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 313.

⁽⁸⁶⁾ V. J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 317.

⁽⁸⁷⁾ V., por todos, J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., págs. 80 e segs..

determinação do *conteúdo* e dos *limites* dos direitos fundamentais nos casos concretos ⁽⁸⁸⁾.

d) As considerações anteriores são fundamentais para delimitar mais rigorosamente o âmbito da discricionariedade de que dispõe o Governo quando procede ao reconhecimento de uma fundação. Por outras palavras, o que fica dito afigura-se decisivo para responder ao problema da determinação da liberdade de que goza o Governo no juízo sobre o interesse social (e a oportunidade ou conveniência?) da fundação.

No âmbito do procedimento de reconhecimento do interesse social da fundação, o Governo goza, indiscutivelmente, de uma margem de livre apreciação no que concerne à aplicação do conceito (tipicamente) indeterminado *interesse social da fundação*. Com efeito, estando em causa um poder administrativo do Governo, que se consubstancia na prática de um acto administrativo de reconhecimento da fundação, a verificação do interesse social da fundação envolve a aplicação de um conceito cuja determinação de sentido não se processa somente mediante juízos lógico-discursivos, isto é, em sede de interpretação, requerendo pelo contrário “do órgão que aplica a norma um juízo próprio de valoração, avaliação ou prognose sobre incertezas de carácter causal-teorético” ⁽⁸⁹⁾. O conceito verdadeiramente indeterminado caracteriza-se, justamente, por conferir ao órgão competente para a prática do acto administrativo uma margem de livre decisão, pelo que, no âmbito da indeterminação, o sentido não é extraído mas decidido ⁽⁹⁰⁾. Por outras palavras, “*le domaine substantif de la marge de libre administration — c’est-à-dire des choix ou des appréciations conformes aux finalités de la norme qui confère le pouvoir et non interdits par aucun principe ni aucune norme applicables — n’est pas contrôlable par le juge administratif. Si ce contrôle avait lieu, il ne consisterait pas à examiner la conformité de la décision avec des paramètres juridiques. Il s’agirait plutôt de*

⁽⁸⁸⁾ V. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2001, pág. 340.

⁽⁸⁹⁾ V. J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., págs. 321 e segs., e 473 e segs..

⁽⁹⁰⁾ V. J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 332.

substituer des critères politiques, techniques ou d'expérience du juge aux critères de l'Administration. Or, quand le législateur habilite l'Administration à procéder sous sa propre responsabilité à de telles pondérations d'intérêts ou de jugements de valeur ou de connaissance préalable, il établit une réserve partielle de décision en faveur de l'Administration par rapport au juge" (91). O juízo sobre o interesse social da fundação é, por conseguinte, um juízo não vinculado (92), envolvendo um juízo de prognose sobre o interesse social da fundação e sua aptidão para realizar com êxito os objectivos que se propõe (93).

Todavia, embora se reconheça que o poder de reconhecimento do interesse social da fundação confere ao Governo uma importante *prerrogativa de avaliação*, não se pode deixar de sublinhar que a margem de liberdade assim atribuída não lhe confere um poder totalmente insindicável pelos tribunais ou só susceptível de ser atacado contenciosamente com fundamento em desvio de poder (artigo 19.º do LOSTA).

É sabido que, em geral, para além da possibilidade de invocação de erro manifesto ou da violação dos princípios constitucionais aplicáveis, a decisão administrativa que aplica conceitos indeterminados pode ser atacada com base em qualquer vício referente aos momentos vinculados do acto administrativo. Como já advertia MARCELLO CAETANO, "se a lei exige um fim lícito para a instituição das pessoas colectivas, ou se proíbe as fundações para fim criminoso, os conceitos de *lícito* e de *criminoso* vinculam a autoridade, que não pode declarar ilícito o que o não é, nem criminoso o que a lei não reputa como tal" (94).

Isto significa, concretamente, que o Governo, no acto de reconhecimento, está limitado pela interpretação da norma legal que exige que a fundação seja de interesse social. Ora, já o sabe-

(91) V. J.M. SÉRVULO CORREIA / RUI MEDEIROS / BERNARDO DINIZ DE AYALA, *Vers une protection juridictionnelle commune des citoyens en Europe(?)*, in *Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)* (org. Epamimondas Spiliotopoulos), Bruylant, 2000, págs. 546 e segs..

(92) V. A. FERRER CORREIA, *Le régime...*, cit., pág. 496.

(93) V. CARLA AMADO GOMES, *Nótula...*, cit., págs. 175 e 176.

(94) V. MARCELLO CAETANO, *Das fundações...*, cit., págs. 72 e 73.

mos, interesse social não é sinónimo de interesse público. Da mesma forma, uma vez recusada a proposta de MARCELLO CAETANO nesse sentido, o juízo sobre o interesse social da fundação não envolve qualquer apreciação sobre a bondade da fundação à luz do *bem público*, da *segurança do Estado* ou da *política externa*.

O Governo não pode, portanto, ao controlar o interesse social da fundação, apoiar-se em considerações meramente políticas para recusar o reconhecimento da fundação, devendo limitar-se a verificar, segundo um juízo de prognose, o interesse social da fundação e a sua aptidão para realizar com êxito os objectivos que se propõe. E isto porque, justamente, a expressão *interesse social* postula unicamente que o fim do ente, cujo reconhecimento se requer, seja “*desinteressado* e que dele emane a título principal uma certa utilidade para a colectividade, estabelecendo-se necessariamente um nexo causal entre esta e os objectivos permanentes da fundação” (95).

2.3.4. A conclusão alcançada não é ainda definitiva. É que, segundo uma determinada concepção, pode considerar-se que, mesmo depois de feita esta ponderação sobre o *interesse social* da fundação, o Governo se encontra “em condições de emitir uma decisão, a qual, por sua vez, traduz um exercício de poderes de livre decisão ou, na formulação tradicional, *discricionários*” (96). Um tal entendimento suscita, porém, da nossa parte, as maiores objeções.

— Por um lado, mesmo no plano legal, não se vislumbra habilitação suficiente para um tal entendimento. O artigo 188.º do Código Civil, ao indicar expressamente os fundamentos para a recusa de reconhecimento das fundações, em flagrante contraste com o silêncio comprometido que, em matéria de reconhecimento de associações, era adoptado pela versão originária do Código Civil, mostra bem que o princípio adoptado é o do reconhecimento das fundações e que a recusa de reconhecimento deve ter por fundamento a

(95) V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., pág. 573.

(96) V. CARLA AMADO GOMES, *Nótula...*, cit., pág. 176.

falta do interesse social da fundação ou a verificação de que os bens afectados se mostram insuficientes para cumprir o respectivo escopo estatutário.

Percebe-se por que razão o legislador estabelece estes dois fundamentos de recusa de reconhecimento. É necessário “garantir por via heterónoma a genuinidade da realização do fim desinteressado que as fundações devem em regra prosseguir (...). «*Sendo instituições que reúnem avultados patrimónios, normalmente por dádiva generosa de particulares, é necessário fiscalizá-las para que não haja dissipações de bens e para que as pessoas encarregadas de geri-las não administrem patrimónios no seu interesse pessoal, mas no interesse geral que preside à afectação dos bens aos respectivos fins*». Trata-se virtualmente de uma exigência de *ordem pública*, em sentido amplo”⁽⁹⁷⁾. Há que impedir, por exemplo, o exercício pelas fundações de actividades lucrativas isentas de tributação fiscal — o que é ainda agravado pela concorrência desleal com as sociedades comerciais que propicia — ou a criação de fundações — *maxime*, de carácter familiar — unicamente para evitar que os herdeiros dos instituidores paguem impostos sobre sucessões relativamente a obras de arte valiosas⁽⁹⁸⁾. Este controlo, na perspectiva do legislador, é suficiente. Por isso, uma vez verificado o interesse social da fundação e a suficiência do respectivo património, não há espaço na lei para admitir um poder discricionário de decisão quanto ao reconhecimento.

— Em segundo lugar, o princípio da reserva de lei, enquanto limite à actuação discricionária, postula que os termos con-

⁽⁹⁷⁾ V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., pág. 555. A isto acresce, no caso de fundações que prosseguem *fins qualificados* como de utilidade ou relevância pública, a necessidade de assegurar, atentos os benefícios, nomeadamente fiscais, que a fundação recebe do Estado, que os entes fundacionais em causa merecem objectivamente os privilégios que lhes foram conferidos. Para o efeito, o Estado auto-investe-se de um poder de fiscalização (e em certos casos de eventual tutela) destinado a avaliar, num plano de controlo de legalidade e oportunidade, esse merecimento (*ibidem*).

⁽⁹⁸⁾ V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., pág. 561.

cretos da intervenção governamental no campo dos direitos fundamentais constem de lei, não sendo legítimo que “dependam de um juízo de oportunidade e conveniência da própria autoridade administrativa, não previsível ou mensurável pelos particulares, nem controlável (senão negativamente) pelos tribunais”⁽⁹⁹⁾. Ora, como facilmente se percebe, se mesmo depois de reconhecer o interesse social da fundação e a suficiência do respectivo património fosse permitido recusar discricionariamente o reconhecimento da fundação, o Governo disporia de uma *cheque quase em branco* que lhe permitiria anular a manifestação do direito ao desenvolvimento de personalidade consubstanciado no acto de instituição da fundação. O que, obviamente, não se afigura compatível com as exigências que se extraem, como vimos, do princípio da reserva de lei.

— Enfim, a concepção que aqui se repudia arranca de uma clara acentuação da vertente pública das fundações privadas. As fundações privadas de interesse social são, assim, configuradas como uma espécie de pessoas colectivas privadas com *alma pública*⁽¹⁰⁰⁾.

Neste sentido, e em última análise, o Estado poderia inclusivamente controlar a constituição das fundações, consciente de que estas poderiam revestir uma dimensão ou uma influência que as tornasse *entes poderosos* em face do Estado⁽¹⁰¹⁾.

Só que, já o sabemos, quer por força da regulamentação legal em vigor, quer em virtude das coordenadas constitucionais aplicáveis, o modelo vigente quanto às fundações comuns de direito privado não se reconduz, de modo algum, ao modelo estatista francês. E, na matriz neoliberal adoptada entre nós, onde predomina a liberdade relativa de fins e a contenção circunscrita do direito público aplicável, não há espaço para admitir que o Governo, não obstante ter

⁽⁹⁹⁾ V. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 341.

⁽¹⁰⁰⁾ V. CARLA AMADO GOMES, *Nótula...*, cit., págs. 169 e segs..

⁽¹⁰¹⁾ V. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria...*, cit., pág. 280.

reconhecido o interesse social da fundação e a suficiência da respectiva dotação, possa considerar, por exemplo, que “a existência de mais uma fundação com aqueles objectivos, num dado âmbito territorial, é dispensável” ⁽¹⁰²⁾...

§ 3.º Limites ao poder administrativo de *modificação dos estatutos das fundações*

3.1. As considerações anteriores permitem agora determinar melhor o alcance do poder de modificação dos estatutos das fundações de direito privado e interesse social conferido por lei ao Governo. Recorde-se que, nos termos do artigo 189.º do Código Civil, “os estatutos da fundação podem ser a todo o tempo modificados pela autoridade competente para o reconhecimento, sob proposta da respectiva administração, contanto que não haja alteração essencial do fim da instituição e se não contrarie a vontade do legislador”. Ora, como vamos agora confirmar, também neste domínio a perspetivação das fundações à luz da matriz neoliberal acolhida no Código Civil e imposta pela Constituição permite delimitar melhor o poder que ao Governo cabe nesta matéria.

3.2. Já vimos, mais atrás, que, ao menos quando há co-fundadores, “as *universitates rerum* (...) surgem como um desenvolvimento natural do direito de associação, como uma especificidade técnica da sua concretização” ⁽¹⁰³⁾. Mas, como igualmente assiná-lamos, mesmo quando não estão em causa entes fundacionais de instituição colectiva, as fundações, “como obra de vocação duradoura, que concretiza uma importante manifestação da personalidade humana, têm de merecer o respeito devido a esta” ⁽¹⁰⁴⁾. A afirmação não é irrelevante em matéria de alterações aos estatutos das fundações, visto que o próprio tipo de pessoa colectiva em causa — fundação — deixa claro que ela se destina a assegurar uma pro-

⁽¹⁰²⁾ V. CARLA AMADO GOMES, *Nótula...*, cit., pág. 176.

⁽¹⁰³⁾ V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, cit., pág. 15.

⁽¹⁰⁴⁾ V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações* [...], ut., FLAD, 1993], ..., cit., págs. 6 e 15-16.

jecção da personalidade no tempo que, em princípio, excede a duração da vida do fundador.

3.3. Naturalmente, como é óbvio, a determinação, no artigo 189.º do Código Civil, de que a modificação dos estatutos de uma fundação não contrarie a vontade do fundador e não envolva uma alteração essencial do fim da instituição não pode ser tomada como sinónimo de proibição de toda e qualquer modificação dos estatutos instituídos pelo fundador. Se assim fosse, a regulação do Código Civil seria contraditória quando admite a modificação dos estatutos a todo o tempo.

A própria *vontade do fundador*, para o efeito do artigo 189.º do Código Civil, não equivale a tudo aquilo que ele tenha posto nos estatutos. Embora a circunstância de os estatutos haverem sido lavrados pelo instituidor contribua para limitar a liberdade da sua alteração ⁽¹⁰⁵⁾, essa restrição nunca poderá ser absoluta, sob pena de se poderem gerar impasses. As circunstâncias podem evoluir por modo a tornar impossível ou muito inconveniente para a fundação a manutenção de certos preceitos dos estatutos iniciais.

3.4. Todavia, mesmo no caso de instituição da fundação por testamento, há limites não despidiendos — quer materiais quer procedimentais — ao poder de alteração dos estatutos.

Concretamente, e começando pelo plano material, embora seja evidente que a personalidade jurídica do indivíduo se extingue com a morte, a verdade é que, enquanto dura, ela envolve uma autonomia de realização que compreende, nos termos que o próprio Direito não vede, a conformação para além da morte de aspectos da vida social que traduzem a perduração do modo como o indivíduo quis desenvolver a sua personalidade. Por outras palavras, o desenvolvimento da personalidade constitucionalmente garantido passa também (ou pode passar ...) pela conformação de realidades que sobreviverão àquele indivíduo que se realiza agindo

⁽¹⁰⁵⁾ V. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado...*, I, cit., p. 184.

através da constituição de uma fundação. É também, naturalmente, o caso do exercício da capacidade testamentária.

Ora, bem vistas as coisas, não são precisas muitas considerações para explicar que esta faceta do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade ficaria desvirtuada se, após a morte do fundador, pudessem ser livremente alterados os elementos essenciais da fundação por ele iniciada. A fundação destina-se a fazer perdurar no tempo uma pretensão individual. Não custará por isso a compreender que, naquela parte em que requer que a modificação dos estatutos da fundação se faça “contanto que não haja alteração essencial no fim da instituição e se não contrarie a vontade do fundador”, o artigo 189.º do Código Civil mereça ser entendido como norma concretizante do conteúdo do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade consignado no texto constitucional. A sua inobservância está, pois, legal e constitucionalmente interdita ⁽¹⁰⁶⁾.

O apuramento da *vontade do fundador* terá pois de ser objecto de um trabalho hermenêutico que afaste a arbitrariedade e assegure a racionalidade jurídica da modificação. A nosso ver, o percurso metodológico deve compreender três etapas.

- Em primeiro lugar, sobretudo quando os estatutos hajam sido lavrados pelo próprio fundador, devem excluir-se as modificações ditadas por simples propósitos de aperfeiçoamento, cingindo-as às situações em que a alteração superveniente de circunstâncias torne a modificação imperiosa.
- Em segundo lugar, por analogia com aquilo que se dispõe no n.º 2 do artigo 190.º do Código Civil, a nova solução resultante da modificação dos estatutos dever-se-á manter

⁽¹⁰⁶⁾ A menos que, à luz de um raciocínio de ponderação, o não atendimento da vontade do fundador ou do fim da instituição possa ser justificado pela prevalência, em face das circunstâncias do caso concreto, do peso de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos que se apresentem em colisão — e, ainda assim, por força do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, uma tal inobservância teria de se confinar a aspectos parcelares e dentro de critérios de estrita necessidade.

tão próxima quanto possível da solução inicialmente consignada ⁽¹⁰⁷⁾.

- Resta ainda, em terceiro lugar, considerar aquelas hipóteses em que o texto inicial dos estatutos não ofereça qualquer *parâmetro de proximidade* para a modificação imposta pela alteração de circunstâncias. Nesses casos, afigura-se-nos de aplicar por analogia o regime da conversão dos negócios jurídicos, estabelecido pelo artigo 293.º do Código Civil. Significa isso considerar admissíveis aquelas modificações dos estatutos relativamente às quais se possa supor — em face dos fins da fundação tal como o fundador os architectou — que o fundador as teria querido se tivesse previsto a mudança de condicionalismo. Mas se houver várias soluções alternativas sem que se descortinem razões para concluir qual delas o fundador preferiria, cremos que bastará um juízo negativo, ou seja, de que a nova solução estatutária pretendida pela administração da fundação não constitui solução que o fundador não tivesse querido.

3.5. Por outro lado, no plano procedimental, a perspectivação das fundações a partir de um paradigma não estatista — iluminado pelo enquadramento das fundações no contexto dos direitos fundamentais — revela o alcance limitado do poder do Governo em matéria de alteração dos estatutos da fundação.

O nosso ponto de partida é a natureza institucional das fundações, ou seja a sua natureza de obra ou empreendimento que se realiza e dura juridicamente ⁽¹⁰⁸⁾. Nas palavras de HAURIOU, o grande fundador da teoria institucionalista do Direito, a instituição personalizada tem de possuir como elemento “um poder de governo organizado para a realização da ideia de empreendimento e ao seu serviço” ⁽¹⁰⁹⁾. Aplicada às fundações, esta ideia significa que a sua

⁽¹⁰⁷⁾ O artigo 190º do Código Civil disciplina a transformação do fim da fundação, quando ocorrer qualquer das *facti species* exaradas no seu nº1. Para tais casos, dispõe o nº2 que «o novo fim deve aproximar-se, no que for possível, do fim fixado pelo fundador».

⁽¹⁰⁸⁾ V. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milão, 1967, págs. 12 e 13.

⁽¹⁰⁹⁾ V. HAURIOU, *Teoria...*, cit., pág. 19.

continuidade no tempo tem de ser organicamente assegurada por uma administração. Embora sem ter necessariamente uma base corporativa, própria das direcções das associações, as administrações são, nas fundações, os órgãos sobre os quais repousa a adaptação aos novos tempos da ideia de obra que imprime carácter à pessoa colectiva. Por isso, o artigo 189.º do Código Civil, dispondo para as fundações em geral, embora atribua competência para a modificação dos estatutos à autoridade competente para o reconhecimento, faz depender tal alteração da proposta da administração da fundação. É a esta que cabe adaptar a *ideia de obra ou empreendimento* aos novos momentos, como manifestação da vida própria da instituição.

Em contrapartida, à autoridade competente para o reconhecimento incumbe tão só — sob pena de uma inversão de papéis graças à qual o Estado substituiria o seu poder ao papel da autonomia privada no seio da sociedade civil — proceder ao controlo pela negativa, ou seja, o poder de excluir as modificações que não correspondam à metodologia anteriormente traçada. Em particular, nos casos em que nenhum raciocínio teórico-dedutivo possa conduzir ao apuramento objectivo de um único sentido legítimo para a modificação dos estatutos, apenas caberá à autoridade competente para o reconhecimento opor-se a uma solução que manifestamente não seja próxima da solução inicialmente consignada (quando pareça líquido que o pudesse ser) bem como, quando não existam soluções próximas, opor-se a uma solução que manifestamente o fundador não poderia ter querido.

Em suma, para efeitos do artigo 189.º do Código Civil, à autoridade competente para o reconhecimento cabe unicamente um poder de *controlo negativo*, o qual apenas envolve a faculdade de rejeitar as modificações que manifestamente se não compaginem com os parâmetros hermenêuticos atrás mencionados.

§ 4.º Considerações finais

O estatuto constitucional das fundações e, em especial, a sua raiz nos próprios direitos fundamentais confirmam, numa perspectiva constitucional, a inadmissibilidade da adopção, na ordem jurí-

dica portuguesa, de uma visão das fundações segundo o modelo *estadualista* de matriz francesa.

Pelo contrário, em face do texto actual da Constituição de 1976, se não é necessariamente imposto um modelo fundacional estritamente liberal *a americana*, é pelo menos exigível que a intervenção dos poderes públicos no regime jurídico das fundações privadas seja feito segundo um modelo intervencionista liberal⁽¹¹⁰⁾. Daí que o Governo, seja no acto de reconhecimento de uma fundação, seja no exercício do poder de modificação dos seus estatutos, esteja constitucionalmente vinculado a substituir a desconfiança em relação às pessoas colectivas de fins desinteressados pela «atitude positiva de acreditar que, em princípio, estas agem em conformidade com a ética e segundo as regras jurídicas»⁽¹¹¹⁾, assumindo fundamentalmente um papel de fiscal, pela negativa.

⁽¹¹⁰⁾ V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância...*, cit., págs. 555 e segs.

⁽¹¹¹⁾ V. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Sobre as fundações...*, Cit., pág. 7.