

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 42 (2019-2020), páxs. 57-75
ISSN: 2660-6348

**A FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS
DE SOLIDARIEDADE SOCIAL**

*THE SUPERVISION IN PRIVATE FOUNDATIONS
OF SOCIAL SOLIDARITY*

MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA*

Recepción: 7/10/2020 - Aceptación: 12/10/2020

* Professora Adjunta do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto- Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Email: margaridaazevedo15@gmail.com. Endereço: Rua Jaime Lopes Amorim, s/n, 4465-004 São Mamede de Infesta.

RESUMO

Neste artigo analisa-se o papel dos mecanismos de fiscalização de Direito Privado nas fundações privadas de solidariedade social. As fundações não incorporam uma assembleia-geral de membros que controlem o órgão de administração. Por outro lado, a fiscalização administrativa pode interferir na autonomia destas instituições perante o Estado. Consequentemente é importante encontrar mecanismos alternativo de fiscalização.

PALAVRAS CHAVE: fundações privadas de solidariedade social, fiscalização, responsabilidade civil dos administradores, business judgment rule.

ABSTRACT

This article deals with the problem of supervision in private foundations of social solidarity. This essay focus on the role of private law mechanisms in the supervision of the management body The foundations have no general assembly of members controlling the conduct the management body. On the other hand, State supervision may interfere in the autonomy of these institutions. Consequently, it is important identify alternative private law instruments of supervision.

KEYWORDS: Private foundations of social solidarity, supervision, civil liability of managers, business judgment rule.

SUMÁRIO: 1. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA. 2. A FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. 3. OS MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. 4. SÍNTESE CONCLUSIVA. 5. BIBLIOGRAFIA.

SUMMARY: 1. THE PROBLEM AND ITS DELINEATION. 2. THE STATE SUPERVISION; 3. THE SUPERVISION THROUGH PRIVATE LAW MECHANISMS. 4. CONCLUDING REMARKS. 5. BIBLIOGRAPHY.

I. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Nas páginas que se seguem pretendemos analisar o regime de fiscalização das IPSS, em particular no âmbito das fundações privadas de solidariedade social.

O problema da fiscalização das fundações de solidariedade social que assumam a qualidade de IPSS, à semelhança do que acontece com a fiscalização das IPSS em geral, deve testemunhar um equilíbrio entre a necessidade de controlo da gestão das fundações, em ordem à protecção dos respectivos fins, e o respeito pela autonomia destas instituições.

O reforço de mecanismos de natureza privatística poderá atenuar a intensidade do controlo administrativo, deste modo contribuindo para o equilíbrio entre a necessidade de fiscalização e preservação da autonomia perante o Estado¹.

É nosso objectivo avaliar a adequação dos mecanismos jus-privatísticos no sentido de proteger o fim da fundação e os interesses dos seus beneficiários.

A reflexão sobre este problema é tanto mais premente quanto é certo que não existe uma assembleia-geral que controle a actividade do órgão de administração, nem uma disciplina imposta pelo mercado de capitais².

Reforçando a primeira ideia, observe-se que nas fundações não existem sócios, associados ou membros que possam acompanhar e avaliar a actuação do órgão de administração numa organização cujo risco assumiram³.

¹ Salientando a relevância dos mecanismos de transparência e de governação das fundações no reforço da sua autonomia e independência. VILAR, R.E., *A Lei-Quadro das Fundações 6 anos depois*. In Diogo Costa Gonçalves e Rui Soares Pereira (coord.), *Direito das Fundações Debate, Perspectiva de Reforma*. Cascais: Principia, 2020, p.22.

² Apresentando o problema desta forma, HOPT, K. *The Board of Nonprofit Organizations: Some Corporate Governance Thoughts from Europe*. Law Working Paper N.º. 125/2009. Net: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1425670

³ J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações», in Diogo Costa Gonçalves e Rui Soares Pereira (coord.), *Direito das Fundações Debate, Perspectiva de Reforma*. Cascais: Principia, 2020, p.

Torna-se assim patente a importância da fiscalização no âmbito das organizações da economia social, e em especial, nas fundações de solidariedade social.

O nosso estudo dirige-se à análise do regime da fiscalização na sua vertente privatística, ou seja, os mecanismos de fiscalização com origem no Direito Privado. É necessário tornar clara a finalidade destes mecanismos, concretamente apurar se prosseguem os objectivos orientadores dos instrumentos administrativos de fiscalização.

Começaremos pela compreensão do sentido da fiscalização administrativa das IPSS.

2 A FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

2.1. A fiscalização administrativa das IPSS

A fiscalização administrativa das IPSS começou por compreender poderes clássicos de tutela⁴, que se traduziam na necessidade de autorização estadual para determinados actos e na sujeição a visto estadual do orçamento das instituições.

A necessidade de autorização de determinados actos, prevista no art. 32º do RJIPSS, foi afastada em 1985 e a sujeição a visto do orçamento, constante do art. 33º, foi revogada no ano de 2014. Na verdade, estes mecanismos de intervenção do Estado nas IPSS representavam um sacrifício desproporcionado da sua autonomia.

Hoje, a fiscalização administrativa concretiza-se em vários poderes, entre os quais se conta o poder de realização de auditorias e inspecções, com a finalidade de detectar irregularidades.

É igualmente reconhecida ao membro do Governo responsável pela segurança social a possibilidade de pedir judicialmente a destituição do órgão de administração nos casos de incumprimento de objectivos, por causa imputável à administração, de verificação de graves irregularidades no seu funcionamento ou de constrangimentos financeiros que impeçam o cumprimento das obrigações perante os associados ou utentes.

A falta de apresentação de contas, de acordo com o art. 14º-A, durante dois anos seguidos, também se apresenta como motivo de pedido de destituição judicial do órgão de administração por parte do membro do governo responsável pela segurança social, que, em alternativa, poderá escolher exigir um plano que restabeleça a legalidade ou o equilíbrio financeiro.

147. FERREIRA GOMES, na linha da terminologia de EASTERBROOK e SCHIEDEL, que apelidam o risco suportado pelos sócios de risco residual, chama os sócios “credores residuais”.

⁴ L. LOPES MARTINS, *Nótulas sobre o “novo estatuto” das Instituições Particulares de Solidariedade Social no Direito nacional e no Direito da União Europeia*. In CES 37 (2014-2015), p. 163.

A ausência de aprovação deste plano igualmente justifica o pedido de destituição judicial do órgão de administração.

O membro do governo que tenha a seu cargo a segurança social poderá determinar o encerramento da instituição por ilegalidade ou por inadequação ou falta de condições de salubridade das instalações que comprometam a segurança, a higiene e conforto dos utentes.

A fiscalização estadual das IPSS consubstancia predominantemente um controlo de legalidade, com o objectivo de assegurar a efectiva realização dos respectivos fins, assim tutelando os interesses dos associados (nas instituições de natureza associativa) e dos beneficiários.

O Estado apenas pode pedir a destituição judicial com fundamentos tipificados na lei. Estes fundamentos reconduzem-se, em regra, ao controlo da legalidade dos actos do órgão de administração, ou a situações de evidente gravidade, e não a um puro e simples juízo de oportunidade sobre a sua gestão.

Contudo, podemos verificar a existência de resquício de uma intervenção dirigida ao controlo de mérito da condução da administração. Com efeito, em caso de falta de apresentação das contas de exercício em dois anos consecutivos nos termos legais, o membro do governo responsável pela segurança social pode exigir um plano de restabelecimento da legalidade e do equilíbrio financeiro, que será submetido à sua aprovação⁵. A falta de aprovação pode conduzir à destituição judicial da administração.

Também, como vimos, o Estado dispõe de poder de encerramento das instituições e de requisição de bens. Estamos de situações graves em que o interesse público e os interesses dos beneficiários estão comprometidos, impondo-se, nestas situações, uma intervenção directa do Estado.

Voltando aos fundamentos de destituição do órgão de administração, verificamos que, em regra, não cabe ao Governo a apreciação do mérito da actuação do órgão de administração, apenas podendo promover a destituição judicial em situações de ilegalidade ou de manifesta gravidade. Assim, descortinamos uma preocupação com a preservação da autonomia destas instituições. Contudo, como vimos, o legislador parece afastar-se desta linha na medida em que submete à apreciação do Governo o plano de restabelecimento da legalidade e de recuperação do equilíbrio financeiro.

Desta breve análise decorre a existência de uma fiscalização estadual ordenada à garantia da realização do fim da instituição, à protecção dos seus associados e beneficiários e à prossecução do interesse público.

⁵ Chamando a atenção para o problema, L. LOPES MARTINS, *Nótulas...cit.*, p. 163.

Devemos ter presente que ao regime específico das IPSS está associada a circunstância de serem automaticamente consideradas pessoas colectivas de utilidade pública.

Compreende-se a preocupação, atentos os benefícios estatais de que beneficiam, a que acresce, caso a título secundário desenvolvam uma actividade económica, o cuidado com a tutela da concorrência.

2.2. A fiscalização administrativa das fundações de solidariedade social na Lei-Quadro das fundações

2.2.1. As regras gerais de fiscalização administrativa

No âmbito da Lei Quadro das Fundações, encontramos algumas normas que instituem uma fiscalização de natureza administrativa. Pensamos desde logo nas obrigações de informação ao Governo e de sujeição das contas da fundação a auditoria externa, nos termos do art. 9º/1 alíneas a a c). Estas exigências integram-se num conjunto de normas destinadas a garantir a transparência nas fundações, de que falaremos mais adiante.

Contudo, a intervenção do Estado nas fundações privadas de utilidade pública é particularmente evidente em matéria de alienação de imóveis que integrem o património inicial da fundação. Com efeito, os imóveis afectos pelo fundador à fundação e que se revistam de especial significado nos fins da fundação, só podem ser alienados com autorização da autoridade competente para o reconhecimento (art. 11º da Lei-Quadro das Fundações). Esta imposição manifesta o cuidado posto na salvaguarda do fim fundacional, mas restringe-se, no âmbito das fundações privadas, às fundações de utilidade pública. Apenas neste caso considerou o legislador justificar-se uma intervenção particularmente invasiva na autonomia das fundações.

Na mesma, linha, apenas as fundações que recebam apoios do Estado estão sujeitas a fiscalização e controlo do Ministério das Finanças (art. 16º/3 da Lei-Quadro das Fundações). Tais poderes não ficam por um controlo de legalidade, mas consubstanciam igualmente avaliação do mérito da conduta da administração na utilização dos apoios do Estado, incidindo sobre a racionalidade e a adequação⁶, mas deixando uma ampla margem de discricionariedade à administração da fundação na escolha dos meios⁷.

⁶ J. FERREIRA GOMES. «Administração das Fundações...», cit., p. 152.

⁷ J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações...», cit., p. 152.

2.2.2. *As normas especiais de fiscalização administrativa nas fundações de solidariedade social*

Ainda que não assumam a qualidade de IPSS⁸, as fundações de solidariedade, para além das regras de fiscalização que acabámos de descrever estão sujeitas a especiais normas de acompanhamento e fiscalização estaduais, prevendo-se o poder de o Ministério da Solidariedade e Segurança Social e de a Inspeção de Finanças realizar inspecções, inquéritos, sindicâncias e auditorias. A esta circunstância não é estranho, segundo cremos, o facto de as fundações poderem adquirir a qualidade de instituições de utilidade pública.

Contudo, estes poderes administrativos de fiscalização incidem igualmente sobre fundações de solidariedade que não beneficiem do estatuto de utilidade pública, Isto comprova, acreditamos, a preocupação de acautelar a efectiva realização do fim da fundação e de proteger os interesses dos beneficiários, independentemente de gozarem dos apoios de que dispõem as instituições de utilidade pública.

2.3. **Resumo das linhas de orientação do controlo administrativo**

Depois deste breve excurso pela intervenção administrativa nas fundações, podemos dizer que a fiscalização estadual tem como objectivo preservar o fim das organizações e os interesses dos beneficiários, em especial quando gozem das vantagens decorrentes do estatuto de utilidade pública, procurando-se um equilíbrio entre a fiscalização administrativa e a autonomia do sector social.

Há que fazer duas observações.

Por um lado, em aspectos pontuais, o legislador leva longe o controlo administrativo, podendo esta orientação conflitar com a autonomia das instituições perante o Estado.

Por outro lado, limitando-se as normas de fiscalização estadual normalmente às instituições com estatuto de utilidade pública, não incidem, em regra, sobre fundações desprovidas desta qualidade. Contudo, em sentido oposto lembramos os mecanismos de fiscalização especificamente contemplados para as fundações de solidariedade social, os quais se aplicam a todas as fundações de solidariedade social, beneficiem ou não do estatuto de utilidade pública e assumam ou não a qualidade de IPSS.

Torna-se, pois, necessário averiguar em que medida é que os mecanismos de Direito Privado podem cumprir a tarefa de proteger eficazmente o fim da fundação e os interesses dos beneficiários.

⁸ Como salienta C. CASAL BAPTISTA, as fundações de solidariedade podem ou não revestir a qualidade de IPSS - *As Fundações no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 2016.

3 OS MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

a. A insuficiência dos mecanismos fiscalizadores previstos no Código Civil e na Lei-Quadro das fundações

Tanto o Código Civil como a Lei-Quadro das fundações não aprofundam os mecanismos privados de fiscalização. Vejamos o que oferecem os dois diplomas nesta matéria.

A. Os deveres de transparência e códigos de conduta

Lembrando a conhecida frase de LOUIS BRANDEIS, “*sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman*”⁹, começamos por destacar a importância da informação.

O relevo dos deveres de informação é conhecido no âmbito das sociedades comerciais, em particular no contexto do mercado de capitais. Para além de a informação ao mercado ter um papel decisivo na formação de preços dos valores mobiliários, tem também um papel muito importante na boa governação das sociedades¹⁰.

Creemos que a importância da informação ao público (*publicity*) também deve ser reconhecida na governação do sector social e, em particular no âmbito das fundações de solidariedade social, objecto do nosso estudo.

Neste sentido, a Lei-Quadro das Fundações prevê a obrigatoriedade de publicação na sua página de Internet dos elementos contemplados na alínea d) no número 1 do art. 9º. Estes deveres de informação são mais extensos no quadro das fundações de utilidade pública, como comprova o número 2 do mesmo artigo.

Estamos na presença de deveres de informação ao público, que permitem a existência de um escrutínio dos cidadãos relativamente à actividade da fundação. Estes deveres de informação consubstanciam pois deveres gerais de informação e não se dirigem a pessoas determinadas.

Tal como sucede nas sociedades comerciais através dos deveres de informação ao mercado, também os deveres de informação ao público impostos às fundações contribuirão para a sua boa governação. Reconhecemos, pois, a importância destes deveres e julgamos que deveriam ser mais amplos, estendendo-se também a fundações que não sejam fundações de utilidade pública. Em especial as fundações de solidariedade social auxiliam o Estado na realização das suas funções,

⁹ L BRANDEIS, *Other Peoples' Money*. Chapter V. Net: <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/other-peoples-money-by-louis-d.-brandeis>

¹⁰ Esta circunstância é evidenciada por A. HELLGARDT, *Kapitalmarktdelikttsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, em especial, pp. 186 e segs.

são instrumentos importantes na prossecução do bem comum, pelo que devem merecer um escrutínio público através de amplos e aprofundados deveres de informação, mesmo em fundações que não assumam a qualidade de IPSS ou não beneficiem sequer do estatuto de utilidade pública.

No contexto dos deveres de transparência, assume particular importância o dever de as fundações publicarem Códigos de Conduta que auto-regulem boas práticas designadamente a participação dos destinatários na vida da fundação, a transparência nas contas, incompatibilidades e conflitos de interesses.

Assim, é atribuído à auto-regulação um papel importante na definição das regras de governação das fundações. Estas regras são publicadas, submetendo-as ao juízo público.

Podemos dizer que nesta matéria a Lei—Quadro das Fundações optou por um modelo informativo, abstendo-se de aprofundar a regulação legal das questões ligadas à governação da fundação.

Escolhe-se nesta matéria o incentivo à criação de códigos de conduta, que deverão ser publicados, com o objectivo de estimular a boa governação das fundações através da promoção das boas práticas. Por esta via, as fundações criam ou preservam a sua reputação, fomentando a confiança do Estado e de outras pessoas com quem a fundação se relacione, em particular os doadores e os beneficiários.

Se a opção pela *soft law* é aparentemente mais consentânea com a autonomia das fundações perante o Estado, enquanto instituições do sector social, questionamo-nos sobre a sua eficácia no universo das fundações, em que, como vimos, não existe um controlo exercido por uma assembleia composta por sócios, associados ou membros que tenham assumido o risco da actividade da organização. Esta preocupação é tanto mais séria quanto é certo que não existe uma entidade reguladora do sector. A que acresce a ausência de uma sanção decorrente do incumprimento do dever de adopção de um Código de Conduta sobre estas matérias.

Embora reconheçamos a importância do papel da transparência e da adopção de Códigos de Conduta, estes últimos não dispensam o complemento hétero-regulador¹¹ em matéria de governação. Com efeito, pensamos que lei deverá assegurar patamares mínimos e eficazes em matéria de governação e, ao mesmo tempo, reconhecer aos beneficiários mecanismos que possam usar na defesa interesses da fundação.

De seguida, analisaremos as normas relativas à organização das fundações previstas na Lei-Quadro das Fundações e do Código Civil.

¹¹ Também chamando a atenção para a insuficiência dos Códigos de Conduta, J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações...», cit., p. 154.

B. As normas relativas à organização das fundações

O Código Civil e a Lei-Quadro das Fundações concedem um amplo espaço à liberdade estatutária. Neste sentido, o Código Civil apenas impõe a existência de um órgão de administração e de um órgão de fiscalização. A Lei-Quadro, por seu turno, vem acrescentar a obrigatoriedade de um órgão directivo ou executivo, com funções de gestão corrente. O órgão administrativo deverá ser um órgão colegial, constituído por um número ímpar de membros. Neste ponto coincidem o Código Civil e Lei-Quadro das Fundações.

Da lei parece resultar que o órgão executivo não necessita de ser colegial¹², assim como não é necessariamente colegial o órgão de fiscalização, que pode ser constituído por Fiscal Único. Havendo um Conselho Fiscal, este será constituído por um número ímpar de membros. Tem a missão de fiscalizar a gestão e as contas da fundação.

O órgão de administração terá uma competência residual, no sentido que assume as competências que não sejam atribuídas a outros órgãos ou entidades¹³. Deve ser-lhe reconhecido um papel paralelo ao que nas associações é atribuído à Assembleia-Geral¹⁴. Assume-se assim como órgão deliberativo, ao qual cabem as decisões estratégicas da fundação, no quadro do cumprimento da vontade do fundador, assim como a representação da fundação. Podem juntar-se outras competências como a eleição e destituição dos membros do órgão executivo ou fiscalizador¹⁵. A par da administração, surge o órgão executivo, que se ocupa da gestão corrente da fundação. A separação entre as competências deliberativa, executiva e fiscalizadora é vista como importante na boa governação do ente fundacional¹⁶.

Contudo, não acreditamos que a separação por si garanta o necessário bom governo das fundações¹⁷.

Para além dos órgãos obrigatórios, podem existir outros órgãos previstos nos estatutos. Com efeito, são órgãos orientados pelo controlo do cumprimento dos estatutos e da vontade do fundador, possuindo em alguns casos um poder de controlo sobre a actividade da fundação¹⁸.

¹² Assim, C. CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português...*cit., p. 59.

¹³ A MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2019, p. 8777.

¹⁴ A MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil...* cit., p.877

¹⁵ C. CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português ...*cit., p.62.

¹⁶ Realçando esta circunstância, C. CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português...*cit., p.60-

¹⁷ Neste sentido, J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações...», cit., p. 148-

¹⁸ C. CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português...*cit., p.60.

Nos órgãos de natureza facultativa inscreve-se também o Conselho de Consultores.

Mais discutida é a possibilidade de existir um Conselho ou uma Assembleia de Fundadores. Segundo alguns Autores a sua existência não se harmoniza com sua natureza fundacional e não associativa¹⁹.

Compreendemos esta afirmação, no sentido de aos fundadores não serem reconhecidos poderes deliberativos ao jeito de uma Assembleia Geral. Na realidade, as fundações são pessoas colectivas de substrato patrimonial e não de base pessoal. O fundador, uma vez instituída a fundação, posiciona-se fora dela, não se tornando seu membro, ao contrário do que sucede nas associações, em que os associados, como membros da pessoa colectiva, deliberam sobre o desenvolvimento da actividade da sociedade.

Contudo, já não nos chocaria um Conselho de Fundadores com poderes fiscalizadores do cumprimento do fim fundacional, apto para zelar pelos interesses dos beneficiários.

Pensamos que seria importante que a lei assegurasse a existência de órgão fiscalizador de natureza colegial, ainda que ao lado do Conselho Fiscal. Com efeito, atenta a ausência dos chamados credores residuais, torna-se especialmente relevante a existência de órgão colegial que tenha por missão fiscalizar o cumprimento do fim fundacional pelo órgão de administração. Este órgão poderia assumir um papel relevante na protecção dos beneficiários. A fiscalização tem de ir além de um mero controlo de contas, envolvendo o acompanhamento da actividade da fundação, no sentido de realização do respectivo fim. Isto não apenas com vista a assegurar o cumprimento da vontade do fundador, mas também enquanto meio de tutela do interesse dos beneficiários.

A existência de um órgão de fiscalização, cuja missão consista no acompanhamento da gestão de modo a zelar pela efectiva prossecução do fim fundacional, apresenta-se um instrumento muito importante na protecção dos beneficiários que a lei acaba por deixar desprotegidos.

Dada a relevância social das fundações, em particular das fundações de solidariedade social, há que encontrar soluções destinadas a compensar a falta de associados ou membros que acompanhem a actividade da fundação. Cremos que esta preocupação deve estar presente independentemente de as fundações gozarem do estatuto de utilidade pública ou de qualquer apoio estadual.

A presença de um órgão com funções de acompanhamento da actividade com a finalidade de assegurar a efectiva prossecução do fim fundacional não pode ser deixada, do nosso ponto de vista, à liberdade estatutária. O regime instituído pelo Código Civil e pela Lei-Quadro das Fundações, concentrando-se essencialmente

¹⁹ C CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português...*cit., pp. 60 e 61.

na protecção da vontade do fundador, não olham com a devida atenção a protecção dos interesses dos beneficiários.

b. Os mecanismos de fiscalização no âmbito das IPSS

A lei aprofunda os instrumentos de fiscalização de Direito Privado no quadro das IPSS, nesta medida sacrificando a liberdade estatutária.

Contudo, há que ter presente a aplicação da Lei-Quadro das Fundações às fundações de solidariedade social, como regime principal, sendo subsidiária a aplicação do regime jurídico das IPSS (art. 77º/1 do Estatuto Jurídico das IPSS). Não obstante, aplicam-se grande parte das normas em matéria de governação das IPSS.

No que respeita ao órgão de fiscalização, o Estatuto das IPSS prevê as suas competências no art. 14º. Da leitura desta norma emerge um órgão com funções essencialmente consultivas e de vigilância da legalidade de actuação do órgão de administração, cabendo-lhe verificar o cumprimento da lei, dos regulamentos e dos estatutos. Não lhe são reconhecidos poderes de fiscalização do cumprimento do fim fundacional, Este tipo de poderes, como já tivemos oportunidade de afirmar, revestem-se, segundo julgamos, de grande importância na protecção dos beneficiários da fundação.

Outra opção legislativa que estranhámos é o facto de o Estatuto das IPSS não impor a colegialidade do órgão de fiscalização, vigorando neste aspecto o princípio da liberdade estatutária. Esta conclusão resulta do facto do art. 12º/1 do Estatuto Jurídico das IPSS, que dita a natureza colegial dos órgãos de administração e de fiscalização, não se aplicar às fundações de solidariedade social, Vale então o art. 27º da Lei-Quadro das Fundações, que faculta a possibilidade de escolha estatutária entre o Conselho Fiscal, com um número ímpar de membros, ou um Fiscal Único.

Existem normas sobre incompatibilidades, que impedem os membros do órgão de administração de tomar parte no órgão de fiscalização e normas sobre conflitos de interesses. Assim, os membros dos órgãos estão impedidos de votar em assuntos que respeitem a interesses próprios ou das pessoas próximas mencionadas no art. 21º-B, sendo os respectivos votos nulos (art. 17º).

Nesta linha, os membros dos órgãos de administração estão proibidos de contratar directa ou indirectamente com a fundação de solidariedade social, a menos que do contrato resulte um benefício manifesto para a fundação (art. 21º-B).

São aplicáveis às fundações de sociedade social as exigências de idoneidade dos membros dos órgãos impostas pelo art. 21º-A e que impedem a reeleição ou nova designação de pessoas que, por sentença transitada em julgado, tenham sido condenadas pelos crimes aí previstos.

Verificamos que foram introduzidas limitações à liberdade estatutária no contexto das fundações de solidariedade social que revistam a qualidade de IPSS. Cremos que seria desejável estender estas restrições às fundações de solidariedade social desprovidas da qualidade de IPSS, pois apresentar-se-iam como instrumentos muito relevantes na protecção do fim fundacional.

Um aspecto muito importante prende-se com a remuneração dos titulares do órgão de administração. Em princípio, o exercício das funções não é remunerado. Contudo, onde a dimensão financeira e a complexidade do exercício de funções impliquem a permanência dos titulares do órgão durante largos períodos, o exercício dessas funções pode ser remunerado. Esta possibilidade tem de estar prevista nos estatutos. No âmbito das fundações de solidariedade social, o pagamento de remunerações não pode pôr em causa o limite de despesas próprias da fundação.

As restrições à possibilidade de remuneração dos titulares dos órgãos dirigem-se à preservação do fim da fundação, mas poderão conflitar com o interesse cada vez mais evidente na sua profissionalização²⁰.

No caso das fundações de solidariedade social que sejam IPSS, em matéria de escolha dos titulares dos órgãos, vigora a liberdade estatutária, limitada. não só pela impossibilidade de os órgãos de administração e fiscalização serem integrados maioritariamente por trabalhadores, não podendo inclusivamente um trabalhador assumir o cargo de presidente do órgão de fiscalização, como também pela proibição de os membros do órgão de administração tomarem parte no órgão de fiscalização.

É manifesta a importância de uma gestão profissional apta a servir eficazmente o fim fundacional. Dada a ainda assim ampla liberdade estatutária, JOSÉ FERREIRA GOMES sublinha a importância dos estatutos no sentido de alcançar uma boa governação das fundações²¹.

Contudo, acreditamos na necessidade uma intervenção legal no sentido do envolvimento de profissionais na gestão das fundações. Como exemplo, através da exigência de equipas de assessoria técnica no apoio ao órgão de administração, onde os seus membros não possuam formação.

Esta necessidade vai além do círculo das IPSS, devendo, na nossa perspectiva, estender-se a qualquer fundação de solidariedade social. Importa dotar as fundações de solidariedade social de competência técnica de modo a assegurar a prossecução do fim para o qual foi criada.

Até ao momento, analisámos os instrumentos organizativos, de governação das fundações, guiados pela busca do cumprimento efectivo do respectivo fim.

²⁰ D. APARÍCIO MEIRA/ M. E. RAMOS, «Empreendedorismo social: contributos legislativos». *Revista Electrónica de Direito*, Maio de 2019, p. 157.

²¹ «Administração das Fundações», ...cit., p. 153.

Chega agora o momento de analisarmos as reacções associadas à má governação das fundações.

Passamos agora a reflectir sobre a responsabilidade dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização.

c. A responsabilidade dos membros do órgão de administração das fundações

i. Considerações gerais

É necessário neste momento considerar meios de reacção a condutas ilícitas dos membros dos órgãos, em particular, dos administradores. Trata-se, pois, de responsabilizar individualmente²² os titulares dos órgãos pela conduta prejudicial ao fim da fundação e às necessidades dos beneficiários.

Para além das situações susceptíveis de um enquadramento criminal, há que definir outros meios de reacção capazes de dissuadir condutas danosas, tendo presente o interesse da fundação e dos seus beneficiários.

O legislador não segue nesta sede a via da responsabilidade contra-ordenacional, que poderia revelar-se instrumento útil na prevenção de comportamentos inadequados dos administradores ao fim fundacional.

Assume assim particular relevância a via da responsabilidade civil. Passemos então à análise dos desafios que neste âmbito emergem.

Desde logo não prevê a lei um regime de responsabilidade civil dos membros dos órgãos ao jeito do previsto no Código das Sociedades Comerciais. A lei confia em primeira linha a definição da responsabilidade dos membros dos órgãos perante a fundação aos respectivos estatutos. Fiel ao papel crucial reconhecido à vontade estatutária, tanto o Código Civil (art. 164º CC), como a Lei-Quadro das Fundações (art. 29º) optam por remeter para o que estiver definido pelo fundador ou por quem os tiver elaborado, na falta e manifestação a vontade do fundador.

Sendo em regra os estatutos omissos nesta matéria, dever-se-ão, segundo a lei, aplicar as normas sobre o mandato. Contudo, estas normas não fornecem qualquer solução eficaz.

Perante este quadro, na ausência de previsão estatutária da responsabilidade, ou mesmo em complemento à que eventualmente se encontre definida nos estatutos, acreditamos ser de recorrer a aplicação analógica de normas jus-societárias sobre a responsabilidade civil dos membros dos órgãos.

²² Concordamos que o corte de apoios estatais à fundação não é a via adequada a um combate efectivo a condutas ilícitas dos administradores da fundação (assim, J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações»... cit., p. 152).

Da interpretação dos estatutos não decorrerá qualquer obstáculo à posição que acabámos de defender. Com efeito, a interpretação dos estatutos deverá orientar-se pelas regras de interpretação da lei²³. Segundo estas, há que, partindo da letra da lei, buscar o seu espírito, a razão de ser da lei. Nesta tarefa, assume o elemento teleológico um importante papel. Deste modo, se as normas estatutárias são instrumentos orientados à prossecução do fim fundacional, não caberá no seu espírito a rejeição de mecanismos legais capazes de contribuir para a tutela do fim que inspirou a instituição da fundação.

Daí que, quer na hipótese de os estatutos nada preverem em matéria de responsabilidade dos membros dos órgãos perante a fundação, quer na hipótese de contemplarem algo diverso da responsabilidade civil (como por exemplo, preverem apenas a destituição dos administradores em caso de incumprimento dos deveres), não fica arredada a possibilidade de aplicação analógica de normas societárias sobre responsabilidade civil. Na verdade, como melhor explicaremos, a aplicação de normas de responsabilidade civil pode ter um importante papel, não apenas na densificação das condutas devidas pelos membros dos órgãos, como igualmente na prevenção de comportamentos ilícitos.

Nem tão pouco, claro está, terá estado no espírito do legislador, ao mandar aplicar supletivamente as normas do mandato, afastar a possibilidade de aplicação das normas sobre responsabilidade civil, em particular o regime jurídico-societário da responsabilidade civil dos membros dos órgãos.

3.3.2. A aplicação analógica de alguns aspectos do regime dos membros dos órgãos, em especial dos administradores

A aplicação das normas societárias sobre responsabilidade civil dos administradores dever-se-á fazer na medida em que a analogia das situações o justifique.

Tanto os gerentes e administradores, como os administradores das fundações estão adstritos a orientar a sua conduta no sentido de servir o fim da pessoa colectiva que gerem. Os primeiros estão vinculados à prossecução do interesse social e os segundos à realização do fim fundacional.

²³ Neste sentido, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil...cit.*, p. 712. Na verdade, concordamos que as regras sobre interpretação da lei são mais bem-talhadas à interpretação dos estatutos das pessoas colectivas do que as normas relativas à interpretação dos negócios jurídicos, onde releva em maior ou menor medida a vontade dos associados ou dos fundadores. Dever-se-á, na verdade, procurar um sentido mais objectivo.

Igual posição defende J. FERREIRA GOMES, «A Administração das Fundações», ...cit., p. 162.

A vontade deve sim relevar de forma decisiva na interpretação de instituição da fundação, que define o fim da fundação.

A circunstância de em ambos casos a conduta devida se apresentar como um conceito determinado pela sua função²⁴ aponta no sentido da aplicação analógica de normas relativas à responsabilidade civil dos administradores das sociedades.

Não obstante, temos de ter presente a circunstância de as fundações não terem uma finalidade a obtenção de lucro a distribuir pelos sócios, o que pode determinar o afastamento da aplicação analógica de certas normas.

Concretamente, a aplicação analógica do art. 77º do CSC afigura-se de extrema importância, Não existindo nas fundações uma assembleia geral que possa decidir a interposição de uma acção de responsabilidade civil em favor da fundação, a decisão sobre uma eventual acção ficaria nas mãos dos membros do órgão de administração. A aplicação analógica do art. 77º CSC permitiria aos beneficiários ou mesmo aos doadores propor uma acção de indemnização em favor da fundação.

Os administradores das fundações estão assim vinculados a deveres de cuidado e de lealdade, tal como os gerentes e administradores das sociedades, na prossecução do fim fundacional. A culpa na violação destes deveres será apreciada pelo padrão de um bom pai de família em face das circunstâncias do caso concreto²⁵. A conformação das condutas devidas pelos administradores depende sempre da apreciação das circunstâncias de cada caso. Como observa FERREIRA GOMES, este conceito é dotado de “plasticidade”, o que permite adaptar o padrão da conduta devida às circunstâncias concretas.

O art. 72º do Código das Sociedade Comerciais estabelece uma presunção de culpa, que se deverá aplicar igualmente no âmbito da responsabilidade civil dos administradores das fundações.

Diferentemente, não se afigura susceptível de aplicação analógica o art. 72/2 do Código das Sociedades Comerciais, que consagra no Direito Português a *business judgment rule*. A *business judgment rule* veio criar um espaço livre de responsabilidade²⁶, verificados que sejam determinados pressupostos, a saber: actuação informada, livre de conflitos de interesse e orientada por critérios de racionalidade empresarial.

Os argumentos que sustentam a *business judgment rule* prendem-se essencialmente com a necessidade de evitar constrangimento por parte dos administradores na tomada de decisões que envolvam risco, com protecção dos administradores de interferência dos sócios nas matérias da competência da administração, com a necessidade de evitar o escrutínio das decisões da administração pelos tribunais.

²⁴ J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações...», cit., p. 156.

²⁵ Assim, J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações...», cit., p. 160-

²⁶ M. CARNEIRO DA FRADA, «A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», *ROA*, 66, 2006, p. 677.

Creemos que estes argumentos não suportam a aplicação desta regra à responsabilidade civil dos administradores das fundações.

Na verdade, tendo presente que, diferentemente das sociedades, as fundações não têm por fim a obtenção de lucro a distribuir por sócios, a relevância da assunção de risco com vista à maximização do lucro não é de todo semelhante à das sociedades comerciais. Pelo contrário, o fim fundacional, sendo um fim de natureza social, convive mal com a assunção de riscos. O interesse dos beneficiários aconselha a máxima prudência na gestão patrimonial das fundações. Com efeito, a obtenção de lucro será, quando muito, um instrumento ao serviço do fim social, sendo este o farol de actuação dos administradores.

Para além disso, ao contrário sucede com alguns sócios, os beneficiários da fundação dificilmente determinarão a acção de responsabilidade civil dos administradores pelo propósito de interferir abusivamente na gestão da fundação.

Finalmente, a intervenção judicial representa um controlo *ex post* das condutas dos administradores. Em face da inexistência de controlo de uma assembleia-geral, atentas as limitações das regras de governação das fundações, a responsabilidade civil dos administradores surgirá como importante instrumento de conformação das condutas devidas pelos administradores à luz dos deveres de cuidado e de lealdade perante a fundação e os seus beneficiários, assumindo ao mesmo tempo um papel importante na prevenção de comportamentos ilícitos. A relevância que este controlo pode assumir justifica um controlo do mérito da decisão à luz do fim da fundação, sem o limite da *business judgment rule*.

Ao que acresce a circunstância de a gestão das fundações ser em regra menos complexa do que a gestão das sociedades comerciais²⁷.

Não procedendo os argumentos que servem de base à *business judgment rule*, ela não merecerá aplicação no âmbito das fundações, submetendo as condutas dos administradores das fundações a escrutínio, no sentido de averiguar a sua adequação ao fim da fundação. Especialmente decisiva afigura-se-nos a circunstância de o mundo das fundações não ser caracterizado pela assunção de risco, o que implica um dever de prudência na gestão fundacional²⁸.

As mesmas considerações se aplicarão à responsabilidade civil de outros órgãos pelo deficiente exercício das suas competências, em especial nas suas funções fiscalizadoras.

²⁷ Neste sentido, D. PING LEE, «The Business Judgment Rule: Should It Protect Nonprofit Directors?» *Columbia Law Review* Vol. 103, No. 4 (May, 2003), p. 953.

²⁸ No Direito norte-americano constituindo-se antes do século XX as organizações caritativas como Charitable Trusts, a concretização do “duty of care”, em algumas decisões, é realizada com apelo às regras do Trust. Neste sentido, o trustee deverá ser especialmente cuidadoso., agindo como de sua propriedade se tratasse. - v. D. PING LEE «The Business Judgment Rule...», cit., p. 935.

4 SÍNTESE CONCLUSIVA

A protecção do fim da fundação de solidariedade social é essência e inspira o controlo administrativo essencialmente onde esteja em fundações que recebam apoios do Estado. No entanto, a intervenção estatal deve evitar pôr em causa a autonomia das instituições da economia social.

Neste sentido, podem assumir importância os mecanismos de Direito Privado. Com efeito, estes instrumentos poderão ter um papel relevante na tutela do fim fundacional. Contudo, as normas relativas à governação não foram tão longe como seria desejável, nem está garantida a intervenção de profissionais na gestão das fundações.

Neste quadro, assume especial relevo o recurso à aplicação analógica de algumas regras de regime jus-societário de responsabilidade civil, podendo contribuir para a conformação dos comportamentos exigidos aos administradores na gestão do ente fundacional.

Contudo, é crucial uma intervenção a nível legislativo que crie mecanismos mais eficazes de protecção do fim da fundação.

Em particular, para além de regras mais eficazes em matéria de governo das fundações de solidariedade social, um regime especial de responsabilidade civil que tenha em conta as especificidades das fundações.

5 BIBLIOGRAFIA

- BAPTISTA, Cristina Casal, *As Fundações no Direito Português*. Almedina, Coimbra, 2016.
- BRANDEIS, Louis, *Other Peoples' Money. Chapter V*. Net: <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/other-peoples-money-by-louis-d.-brandeis>.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2019.
- GOMES, João Ferreira, «Administração das Fundações». In Diogo Costa Gonçalves e Rui Soares Pereira (coord.), *Direito das Fundações Debate, Perspectiva de Reforma*. Principia, Cascais, 2020.
- HELLGARDT, Alexander, *Kapitalmarktdelikttsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck*, Principia, 2020.
- HOPT, Klaus, *The Board of Nonprofit Organizations: Some Corporate Governance Thoughts from Europe*. Law Working Paper N.º. 125/2009. Net: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1425670
- LEE, Denise Ping, «The Business Judgment Rule: Should It Protect Nonprofit Directors?», *Columbia Law Review*, Vol. 103, No. 4 (May, 2003).
- MARTINS, Licínio Lopes, «Nótulas sobre o novo estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social no Direito nacional e no Direito da União Europeia», *CES*, n.º 37 (2014-2015).

- MEIRA, Deolinda Aparício/RAMOS, Maria Elisabete, «Empreendedorismo social: contributos legislativos», *Revista Electrónica de Direito*, Maio de 2019.
- VILAR, Rui, *A Lei-Quadro das Fundações 6 anos depois*. In Diogo Costa Gonçalves e Rui Soares Pereira (coord.), *Direito das Fundações Debate, Perspectiva de Reforma*. Principia, Cascais, 2020.