

# *Empresa e fundações: uma união mais forte?\**

DR. DOMINGOS SOARES FARINHO

SUMÁRIO: 1. Razão de ser; 2. O quadro normativo fundacional português; 3. A difícil noção jurídica de empresa; 4. Fundações e empresas: as relações possíveis; 4.1. Fundação de empresa; 4.2. Fundação-empresa; 4.2.1. A fundação com participação em empresa; 4.2.2. Fundação-empresa em sentido estrito; 5. Conclusões

## **1. Razão de ser**

A razão de ser deste breve estudo explica-se pela assimetria de tratamento das relações entre os conceitos de fundação e de empresa no nosso ordenamento jurídico e em outros ordenamentos jurídicos com que habitualmente dialogamos. Com efeito, uma preliminar análise à lei e à doutrina portuguesas permite constatar que existe muito pouca preocupação com o tema e, em regra, a sua abordagem vai no sentido de liminarmente recusar ou censurar as relações que se estabelecem ou podem estabelecer entre fundação e empresa<sup>1</sup>. Ao invés, noutros ordenamentos jurídicos, com especial enfoque para o espanhol, francês, italiano e alemão, as relações entre fundação e empresa são alvo de tratamento normativo e de aprofundado tratamento doutrinário.

\* O presente artigo é publicado ao abrigo da colaboração estabelecida entre a Revista de Direito das Sociedades e o Governance Lab, grupo de investigação jurídica dedicado ao governo das organizações ([www.governancelab.org](http://www.governancelab.org)).

<sup>1</sup> Como nota Sousa Ribeiro “[n]a visão clássica, “charity”, por um lado, e “business”, por outro, eram vistos como dois mundos separados, senão mesmo antagónicos, entre os quais mediava um fosso intransponível”, contudo, é o próprio autor a notar que “[a] realidade atual desmente, todavia, essa representação, oferecendo-nos múltiplas formas de conexão entre os dois entes”, cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Fundações: “uma espécie em vias de extensão”?*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 253.

Recentemente, o quadrante normativo fundacional português foi sobressaltado por duas importantes novidades, contidas no mesmo diploma legal, que dão o mote a uma breve reflexão sobre este estado de coisas.

Em vigor, desde 14 de julho de 2012, a Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, além de alterar o Código Civil no domínio fundacional, aprova, em anexo, uma lei quadro das fundações (LQF), surgindo ambas as novidades legislativas como a primeira grande reforma do direito fundacional privado, bem como a primeira tentativa de tratar compreensivamente todas as modalidades de fundações públicas. Ela mantém, contudo, silêncio sobre qualquer tipo de relação entre fundações e empresas.

Acresce ainda que, em fevereiro de 2012, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de Regulamento sobre o Estatuto da Fundação Europeia, tratando-se, pela primeira vez, a figura fundacional no âmbito do direito da união europeia. Aí, no artigo 11.º da proposta, regula-se especificamente a possibilidade de prática de atividades económicas pelas fundações europeias, prevendo-se um regime que será analisado adiante. Apesar de não existir qualquer data prevista ou previsível para a aprovação desta proposta de Regulamento, pela sua importância resulta útil considerar as novas regras que se esperam para esta área.

O tema tem, por isso, interesse e atualidade. Importa considerar as razões pelas quais a forma jurídica fundacional e a atividade jurídica empresarial podem, ou não, combinar-se e quais os modos normativos de que dispomos, ou devemos dispor, para garantir a melhor combinação possível.

## **2. O quadro normativo fundacional português**

A partir da lei-quadro das fundações existe uma tipologia legal assente na bipartição constitucional entre fundações públicas e fundações privadas [cf. alínea *u*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição e alíneas do n.º 1 do artigo 4.º da LQF], que distingue ainda entre as fundações públicas de direito público e as fundações públicas de direito privado [cf. alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 4.º da LQF]. Esta tipologia pressupõe uma noção do género fundacional que a própria lei quadro ensaia no seu artigo artigo 3.º.

No âmbito da nossa brevíssima investigação não nos importa proceder à crítica desta tipologia, que iremos aceitar, pese embora ela mereça alguns reparos, nomeadamente quanto ao modo como define a fundação privada pela negativa [cf. alínea *a*) do n.º 1 do artigo 4.º da LQF] e ao modo confuso como distingue os dois subtipos de fundações públicas [cf. as alíneas *b*) e *c*) do n.º 4 do artigo 4.º da LQF].

Genericamente, a noção legal de fundação e as suas modalidades confirmam o entendimento doutrinário sobre a figura<sup>2</sup>. Trata-se de um património

<sup>2</sup> MENEZES CORDEIRO, referindo-se ao lugar das fundações na trilogia clássica das pessoas coletivas privadas, indica-lhe “o sentido de entregas em vida ou deixas por morte do interessado. Elas equivalem a uma reconstrução liberal das antigas deixas pias, a conventos ou a congregações religiosas” (cf. *Tratado de Direito Civil*, IV, *Parte Geral – Pessoas*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 2011, 818); o autor, reportando-se à distinção da canonística, recuperada por Savigny, nota que nas fundações “o substrato redundava num valor ou num acervo de bens, que potenciará a atuação da pessoa considerada” (p. 625). O autor apresenta, pois, o conceito fundacional enquanto “substrato constituído por um acervo de bens ou, pelo menos, por algum esquema suscetível de dar azo a esse acervo. Os bens em causa ficam ao serviço de determinado fim” (p. 799); PAULO OTERO, a propósito da fundação pública, nota serem as fundações “pessoas coletivas destinadas à gestão de um conjunto patrimonial afeto a determinado fim”, cf. *Institutos Públicos*, in *Dicionário jurídico da administração pública*, vol. III, Lisboa, 1993, 256; CARLOS BLANCO DE MORAIS define a Fundação, “sob um ponto de vista elementar” como “uma pessoa coletiva que, através de um substrato patrimonial que lhe é afetado por meio de um ato de instituição, desenvolve um conjunto de atividades destinadas ao preenchimento de fins desinteressados, ligados em regra a um escopo de interesse social ou público”, cf. *Da relevância do Direito Público no Regime Jurídico das Fundações Privadas*, in AAVV, *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, 1997, 553; para SOUSA RIBEIRO, pronunciando-se a partir de análise ao Código Civil, a fundação define-se como “uma organização instituída para a realização duradoura de um fim de interesse social, mediante a utilização de um património a ele afeto”, cf. *As fundações no Código Civil: regime actual e projecto de reforma*, in *Lusiada*, Porto, Coimbra Editora, 2001, n.º 1-2, 71; JOÃO CAUPERS pressupõe uma noção de fundação, nos termos do Código Civil, cf. *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa, Âncora Editora, 2009, 130; CARLA AMADO GOMES define a Fundação como a “personalização de um património, afeto a uma determinada finalidade”, cf. *Nótuia sobre o regime jurídico de constituição das fundações particulares de solidariedade social em Portugal*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 49, n.º 1 e 2, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 158; para PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, enquanto pessoa coletiva (privada), uma fundação corresponde à “institucionalização de fins a cuja prossecução é afetada uma massa de bens”, cf. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2010, 6.ª ed., 193; OLIVEIRA ASCENSÃO, a propósito da distinção entre pessoas coletivas de tipo corporativo e fundacional, no direito privado, descreve a Fundação como “uma massa de bens afetados a específico fim”, cf. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 2.ª ed., 322; AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS define a Fundação como uma pessoa coletiva criada “a partir de um património que é afetado à realização de fins de interesse social, destinando-se especificamente a ter uma utilidade para outrem relacionada com a necessidade socialmente sentida de superação de situações de carência humana”, cf. *As fundações privadas: aspectos do seu regime jurídico*, in *Lusiada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, n.º 2, 270; VITAL MOREIRA entende a Fundação como “todo o património personificado com um determinado fim”, referindo expressamente os três elementos essenciais indicados, cf. *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 342; para ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, no seguimento do pensamento de Carlos Mota Pinto, as fundações, em direito privado, “têm um substrato integrado por um conjunto de bens adstrito pelo fundador (pessoa singular ou coletiva) a um escopo ou interesse de natureza social”, cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª ed., 2005, 270; para CARVALHO FERNANDES

afeto à prossecução de um fim altruístico, através de um modo de organização próprio, em especial, a personalidade jurídica. O que distingue as fundações públicas das fundações privadas é, no entendimento do legislador, o critério da influência dominante de um instituidor público ou privado (cf. n.º 2 do artigo 4.º da LQF). A escolha do critério de distinção é também problemática uma vez que a autonomia da fundação face ao fundador é vista por alguns autores como um elemento determinante do conceito fundacional<sup>3</sup>.

Uma vez que as várias questões recenseadas supra conduzir-nos-iam por caminhos muito diversos daquele que nos propomos trilhar na presente investigação, importa apenas reter que a interpretação que fazemos das disposições legais aplicáveis levam-nos a considerar que estaremos perante uma fundação

a Fundação é uma pessoa coletiva constituída por “um conjunto de bens, afetado à prossecução de certos interesses”, cf. *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 4.ª ed., 2007, 417; CRISTINA BAPTISTA, pronunciando-se sobre as fundações privadas acolhe a noção de BLANCO DE MORAIS, cf. *As Fundações no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2006, 26; FAUSTO DE QUADROS nota a polissemia da palavra fundação, destacando alguns dos seus mais importantes sentidos “o património afeto à satisfação de um fim perpétuo ou de duração indeterminada (sentido substantivo), ou o conjunto de normas jurídicas que asseguram a afetação de um património àquele fim (sentido jurídico), ou o fim que com essa afetação se pretende atingir (sentido teleológico) ou, na aceção, mais vulgar, a pessoa coletiva que tem a seu cargo a administração desse património e a prossecução, através dele, do fim a alcançar (sentido institucional)”, cf. *Fundação de Direito Público*, in *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 2, Lisboa, Verbo, 1984, 1624 e 1625; para FERRER CORREIA, “une fondation serait un établissement ou une organisation non-étatique, douée d’un patrimoine propre, visant la réalisation d’un ou plusieurs buts d’intérêt général – la charité, l’éducation, le développement scientifique et artistique – et possédant ses propres administrateurs ou directeurs (trustees)”, cf. *Le Régime Juridique des Fondations Privées Culturelles et Scientifiques en Droit Portugais*, in *Estudos Vários de Direito*, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, 479; MARCELLO CAETANO descreve a Fundação, ainda antes da aprovação do Código Civil de 1966, como a afetação de um património à realização de um fim duradouro mediante organização própria”, cf. *Das Fundações – Subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, Lisboa, Edições Ática, 1962, embora, já na sua vigência considere que o tratamento legislativo vai ao encontro do que havia proposto, a propósito da fundação como pessoa coletiva, cf. *As pessoas colectivas...*, cit., 110; pronunciando-se antes do atual Código Civil, MANUEL DE ANDRADE define Fundação como “um complexo patrimonial afetado por um indivíduo – o fundador – a um certo escopo, tipicamente um escopo altruístico”, cf. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, *Sujeitos e Objecto*, Coimbra, Almedina, 1972, 55.

<sup>3</sup> A este respeito cf. CAUPERS, João, *Tipos de Fundações*, in MACHETE, Rui Chancerelle de e ANTUNES, Henrique Sousa, *As Fundações na Europa – Aspectos Jurídicos*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 2008, 166 ss.; JAKOB, Dominique, *Schutz der Stiftung – Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 68 ss.; FIEDLER, Albrecht, *Die staatliche Errichtung von Stiftungen als verfassungswidrige Formenwahl des Bundes*, in ZSt, 2003, n.º 7, 196 e 197. FERRER CORREIA sintetiza esta invocação quando afirma que “dans presque tous les pays une fondation est quelque chose d’autonome”, cf. *Le Régime...*, cit., 480.

sempre que estejam reunidos os elementos previstos no artigo 3.º da LQF e que a distinção entre fundações públicas e fundações privadas repousa essencialmente sobre um critério do interesse jurídico modificado, na medida em que a natureza da fundação será determinada pelos interesses jurídicos que os fundadores possam legalmente escolher. Nesta medida, resulta claro que qualquer instituidor público apenas poderá escolher fins de interesse público (cf. o n.º 1 do artigo 266.º da CRP) e que as pessoas singulares e coletivas privadas poderão escolher fins particulares ou públicos se, neste último caso, a lei os habilitar a tal. Em Portugal, a lei não prevê qualquer caso de instituição de uma fundação para a prossecução de interesses públicos por particulares. O mais próximo que encontramos desta realidade é a possibilidade de uma fundação privada, isto é, instituída para prosseguir fins privados, vir, superveniente e especificamente, a prosseguir fins de interesse público. É o caso das delegações de serviço público.

O que nos irá interessar de seguida é saber se, e de que modo, podem as várias modalidades fundacionais que encontramos no ordenamento jurídico português desempenhar a sua atividade estabelecendo qualquer tipo de relação com uma noção jurídica de empresa. Para isso é, contudo, necessário que procuremos, previamente, fixar uma noção elementar de empresa, para os efeitos analíticos que aqui nos propomos.

### **3. A difícil noção jurídica de empresa**

Como nota Menezes Cordeiro, “[a] expressão ‘empresa’ apresenta uma utilização avassaladora, em diversos sectores normativos. A moderna legislação comercial, económica, fiscal, do trabalho, e processual recorre a ela, de modo contínuo”<sup>4</sup>. Não é, pois, fácil fixarmos uma noção elementar que surja como consensual. Ao invés, preferimos aqui escolher as utilizações de empresa que nos parecem fazer sentido no diálogo com a forma jurídica fundacional.

As duas grandes tradições dogmáticas de utilização jurídica da noção de “empresa”<sup>5</sup> encontraram caminho para o direito fundacional. Como veremos, os dois principais modos de relação entre empresa e fundação fazem apelo à tradição germânica e à tradição latina<sup>6</sup>. Por um lado, encontramos a referência à

<sup>4</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 2012, 291.

<sup>5</sup> Para a história da noção de empresa e das suas várias aceções jurídicas, cf. CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, 291 ss.

<sup>6</sup> Cf. CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, 293.

“fundação de empresa”, que convoca a empresa como uma realidade objetiva<sup>7</sup>, por outro encontramos a “fundação-empresa” que não obstante a sua variedade de aceções, convoca a ideia de empresa como atividade<sup>8</sup>.

A moderna ideia de empresa, também no ordenamento jurídico português, é uma aproximação de ambas as ideias supra-expostas<sup>9</sup>, tendo-se tornado uma noção-quadro<sup>10</sup> que traduz um modo de organização e que pode funcionar como uma “sublinguagem comunicativa”<sup>11</sup>. Nesta medida, a fundação é justamente um dos elementos que permite fixar o preciso sentido em jogo quando nos referimos a empresa, e daí ser útil a combinação das duas locuções e das virtualidades por cada uma convocadas.

Assim, no presente artigo utilizaremos a noção de empresa como um modo de organização que tem a aptidão de dar corpo e consistência a formas jurídicas clássicas legalmente previstas – sociedade, associação e fundação – permitindo a prática de atividades económicas<sup>12</sup> e revelando-se como um modo de convocar a aplicação de um conjunto de normas jurídicas que de outro modo seriam difíceis de agregar. Tomemos um exemplo recente do ordenamento jurídico português: a noção legal de empresa contida no novo regime da concorrência aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio. Aí se pode ler, na norma do n.º 1 do artigo 3.º que “[c]onsidera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”. Em primeiro lugar, note-se a aproximação de ambas as tradições dogmáticas referidas, sendo a empresa considerada simultaneamente uma “entidade” e uma “atividade económica”. Em segundo lugar, destaca-se, como elemento comum, a referência à oferta de bens e serviços num mercado, tornando este conceito como central para a noção jurídica de empresa. Ele levanta também questões importantes, sobretudo quanto a entidades que geralmente não se entende estarem no mercado, como as associações e as fundações, mas que poderão, afinal, integrar-se em mercados diversos<sup>13</sup>, à luz de conceções como, a título de exemplo, as defendidas pela

<sup>7</sup> Cf. CORDEIRO, António Menezes, op. cit., 293.

<sup>8</sup> Cf. CORDEIRO, António Menezes, op. cit., 293; cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 8.ª ed., 2011, 217.

<sup>9</sup> Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., 218.

<sup>10</sup> Cf. CORDEIRO, António Menezes, op. cit., 322.

<sup>11</sup> Cf. CORDEIRO, António Menezes, op. cit., 325.

<sup>12</sup> Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., 288.

<sup>13</sup> Michael Göring defende que “as fundações criaram, em conjunto, um mercado separado, muitas vezes, em concorrência com entidades públicas, cada vez mais afastado da incondicional dádiva beneficente”, do alemão: “Stiftungen haben sich untereinander einen eigenen Markt geschaffen, oft

doutrina social da Igreja<sup>14</sup> e pela escola da economia social de mercado, no âmbito de uma economia social e de convergência de sectores, entre público e privado<sup>15</sup>.

#### 4. Fundações e empresas: as relações possíveis

Como já antecipámos iremos estudar dois modos principais de relação entre fundação e empresa: (i) a fundação de empresa e (ii) a fundação-empresa. Elas traduzem realidades distintas.

No primeiro caso, trata-se de uma fundação cujo instituidor é uma pessoa coletiva pública ou privada que é objetivamente considerada como uma empresa e que assume a forma de uma sociedade comercial<sup>16</sup>. Aqui o principal problema a analisar é o da autonomia da fundação face ao fundador.

No segundo caso, sob a referida designação<sup>17</sup> a doutrina integra, em bom rigor, duas realidades distintas: (i) a Fundação participante em empresas (Beteiligungsträgerstiftung<sup>18</sup>) e (ii) a Fundação suporte de uma empresa (Unternehmensträgerstiftung<sup>19</sup>) ou a Fundação-empresa em sentido estrito, agregando-as sob a designação de “fundações ligadas a empresas” (unternehmensverbundene Stiftungen)<sup>20</sup>. A empresa surge aqui como uma forma de intervenção no

auch im Wettbewerb mit staatlichen Einrichtungen, der sich vom bedingungslosen mäzenatischen Geben immer mehr entfernt”, cf. GÖRING, Michael, *Unternehmen Stiftung – Stiften mit Herz und Verstand*, München, Hanser, 2010, 46.

<sup>14</sup> Sobre o tema, cf., por todos, BOOTH, Philip (org.), *Catholic Social Teaching and the Market Economy*, London, Institute of Economic Affairs, 2007.

<sup>15</sup> Cf., a este respeito, a introdução de JACQUES DEFOURNY, “From third sector to social enterprise”, à obra de BORZAGA, Carlo, e DEFOURNY, Jacques (org.), *The Emergence of Social Enterprise*, Routledge, London, 2001, 1 ss.

<sup>16</sup> Cf. PIE, María Iglesias, e VERNIS, Alfred, *Una aproximación a las fundaciones de empresa*, in PÉREZ, José María Beneyto, e LOYGORRI, Alfonso Rincón García, *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, Bosch, Tomo 2, 2007, 865 ss.

<sup>17</sup> Na Alemanha, não obstante a preferência pelas designações que aqui utilizamos, a doutrina utiliza uma grande variedade de termos, o que também dificulta o estudo dogmático do problema. Cf. KIRMSE, Doreen, *Mindestkapital für unternehmensverbundene Stiftungen?*, in MECKING, Christoph, e SCHULTE, Martin (org.), *Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 27 e 28.

<sup>18</sup> Cf. PÖLLATH/RICHTER, in SEIFART, Werner, e CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von (org.), *Stiftungsrechts-Handbuch*, München, C.H. Beck, 2009, 3.<sup>a</sup> ed., 425 e 426.

<sup>19</sup> SAENGER, in WERNER, Olaf, e SAENGER, Ingo (dir.), *Die Stiftung – Recht, Steuern Wirtschaft*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008, 553.

<sup>20</sup> Cf. SAENGER, in WERNER, Olaf, e SAENGER, Ingo (dir.), *Die Stiftung...*, cit., 553.

mercado<sup>21</sup>, não como uma forma jurídica. É sobretudo quanto a este segundo tipo de relações que iremos dedicar a nossa análise, pois aí encontramos, como notam Pöllath e Richter, uma relação de tensão entre fundação e empresa<sup>22</sup>. Como ensinam os mesmos autores, “a combinação da empresa e da fundação é um problema não da possibilidade jurídica em si, mas da adequação do fim da forma jurídica e da eficácia da conformação no caso concreto”<sup>23</sup>.

#### 4.1. *Fundação de empresa*

A menos controversa das relações que se pode estabelecer entre a forma fundacional e a atividade empresarial origina o que podemos designar por fundação de empresa. Tal como o nome indica, o instituidor ou instituidores são empresas, isto é, são pessoas coletivas públicas ou privadas que prosseguem uma atividade empresarial<sup>24</sup>. O problema que aqui se coloca não se prende com os elementos essenciais do conceito fundacional, mas com a autonomia fundacional, invocada por alguns autores. Com efeito, do que se trata na denominada fundação de empresa é da instituição de uma fundação por uma sociedade comercial, não havendo razões para distinguir da instituição levada a cabo por uma pessoa singular, sem prejuízo dos aspetos específicos que cada elemento constitutivo fundacional assume em razão do instituidor ser uma empresa sob forma de sociedade comercial.

Assim, podemos distinguir dois blocos de questões colocadas pela fundação de empresa. Um primeiro diz respeito à especificidade que os elementos constitutivos podem assumir por força da natureza do instituidor, um segundo diz respeito à influência do fundador em vida da fundação.

No que diz respeito ao primeiro bloco de questões, note-se que tanto o Código Civil como a lei quadro das fundações oferecem suficiente elasticidade<sup>25</sup> para a conformação dos três elementos essenciais.

<sup>21</sup> Cf. FIORENTINA, Gianluca, *La regolamentazione delle fondazioni: un'analisi economica*, in FILIPPINI, Luigi (org.), *Economia delle fondazioni – Dalle «piae causae» alle fondazioni bancarie*, Bologna, Il Mulino, 2000, 111 ss.

<sup>22</sup> Cf. PÖLLATH/RICHTER, in SEIFART, Werner, e CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von (org.), op. cit., 414.

<sup>23</sup> “Die Verbindung von Unternehmen und Stiftung ist ein Problem nicht der rechtlichen Möglichkeit an sich, sondern der Zweckmäßigkeit der Rechtsformwahl und der Zweckmäßigkeit der Ausgestaltung in Einzelnen”, PÖLLATH/RICHTER, in SEIFART, Werner, e CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von (org.), op. cit., 414.

<sup>24</sup> Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Fundações...*, cit., 258.

<sup>25</sup> Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, op. cit., 259.



No que diz respeito ao fim fundacional, desde que seja assegurado o interesse social instituído nada impede que a fundação tenha uma ligação com a atividade da empresa, beneficiando esta da imagem da atividade desenvolvida pela primeira. Prevalece e expõe-se aqui, na plenitude, o princípio da autonomia privada.

No que diz respeito ao património, pode o instituidor escolher entre dotar a fundação de um património inicial suficiente e autonomizador da empresa, como pode, assegurando a suficiência patrimonial legalmente exigida garantir contribuições patrimoniais periódicas<sup>26</sup>, num modelo de fundação-subvenção.

Finalmente, no que diz respeito à organização, para além da incontornável personalidade coletiva, o instituidor pode desenhar, estatutariamente, um modelo de governo que assegure o controlo orgânico da fundação, sem prejuízo do respeito pelo fim escolhido. Este ponto leva-nos ao segundo bloco de questões, justamente aquele que coloca mais problemas.

Se é verdade que historicamente a fundação encontra as suas raízes em instituidores singulares, desde logo, porque os antecedentes jurídicos da fundação remontam a uma época em que ainda não se havia desenvolvido a personalidade coletiva<sup>27</sup>, é igualmente verdade que a construção da figura fundacional moderna fica a dever muito a dois tipos muito especiais de pessoas coletivas: a Igreja Católica e o Estado. É a partir da experiência da primeira, como destinatária de legados pios que se poderá compreender o problema colocado pelas fundações de empresa, que é, aliás, partilhado com as fundações públicas: a influência do fundador sobre a fundação.

A questão da participação dos fundadores na fundação, desde que corretamente colocada, não levanta quaisquer problemas: o determinante é que, após a instituição, os fundadores se comportem, para além das normas legais que preveem a sua intervenção enquanto tais, de acordo com as competências previstas para os órgãos fundacionais que ocupem. Assim, nada impede que o fundador seja membro de um órgão de administração, de deliberação estratégica ou de fiscalização, até vitaliciamente, desde que tal esteja previsto nos estatutos<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, op. cit., 259.

<sup>27</sup> Pensamos sobretudo nas *piae causae* da Baixo Império Romano e da Idade Média. Cf. KASER, Max, *Direito Privado Romano*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999, 119; CAMPENHAUSEN, in SEIFART, Werner, e CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von, *Stiftungsrechts...*, cit., pág 81.

<sup>28</sup> Cf. CORREIA, António Ferrer, e SÁ, Almeno de, *Algumas notas sobre as fundações*, in RDE, 1989, n.º 15, 339; HOF, in SEIFART, Werner, e CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von (dir.), *Stiftungsrechts...*, cit., 225 e 226; em Itália, como nota Iorio, este aspeto tem sido entendido como uma marca da evolução do conceito fundacional, cf. IORIO, Giovanni, op. cit., 17 ss. e *Le trasformazioni eterogenee*

A referência a uma “irreversible autonomy”<sup>29</sup> das fundações é uma consequência dos elementos essenciais da fundação e da sua combinação e não, ela própria, um elemento do conceito fundacional. A autonomia irreversível da fundação, mesmo quando é instituída por uma empresa, *rectius*, por uma sociedade comercial, significa apenas que ela está, formalmente, livre da influência de sócios ou acionistas. Contudo, tal não significa a ausência de problemas quando fundador e fundação co-existem e o primeiro pretende manter algum tipo de controlo sobre a segunda<sup>30</sup>. Neste caso, o perigo é o de que a autonomia decorrente da forma fundacional seja colocada em crise gerando conflitos de interesses entre os fins fundacionais, tais como determinados no ato instituidor e as vontades da empresa instituidora, ao longo dos tempos. Não devemos, contudo, ver aqui um mal maior ou um obstáculo intransponível. O que a forma fundacional exige é um compromisso estável com um determinado fim e a possibilidade de, através de um determinado modelo de governo, a nova pessoa coletiva concorrer continua e autonomamente para a determinação dos melhores modos de o prosseguir. Desde que, estatutariamente, a empresa instituidora seja capaz de antecipar os modos como tal pode ser feito em concordância com os seus objetivos estratégicos, não se vislumbra qualquer problema jurídico<sup>31</sup>. Pelo contrário, a fundação de empresa pode ser um modo de, prosseguindo fins sociais próprios, contribuir para criar valor para a empresa instituidora<sup>32</sup>.

Neste sentido, se é compreensível que os principais ordenamentos jurídicos comparados se mantenham silentes quanto à fundação de empresa, que se integra naturalmente no regime fundacional privado comum, deve referir-se a iniciativa francesa de regular especialmente este tipo de fundações. Com efeito,

*e le fondazioni*, Milão, Giuffrè, 2010, 26 ss.; MERCKER, Florian, *Die selbständige Stiftung bürgerlichen Rechts*, in STRACHWITZ, Rupert Graf e MERCKER, Florian (dir.), *Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis – Handbuch für ein modernes Stiftungswesen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 211.

<sup>29</sup> A expressão é de Christoph Mecking, cf. MECKING, Christoph, *Good and not so good governance of nonprofits: Germany*, in HOPT, Klaus J., e HIPPEL, Thomas von, *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 41.

<sup>30</sup> Como nota Mecking, no caso da fundação de empresa, “the company attempts to preserve its influence on the foundation, for instance by appointing representatives of the company to a majority on the foundation bodies, or by designing the funds necessary to finance the foundations’s activities as annual donations from the company”, cf. *op. cit.*, 54.

<sup>31</sup> Cf. MECKING, Christoph, *op. cit.*, 54.

<sup>32</sup> A este respeito, Menezes Cordeiro nota que a fundação de empresa pode “auxiliar os trabalhadores, pode atuar no campo da promoção cultural e pode tomar posições na própria empresa-mãe, refinanciando-a”, cf. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...*, cit., 818; cf., também, Mecking, Christoph, *op. cit.*, 53 e 54.

no âmbito da profunda reforma do direito fundacional francês, levada a cabo no final dos anos 80 e no princípio dos anos 90, após a primeira lei fundacional, n.º 87-571 de 23 de julho de 1987 foi aprovada a lei n.º 90-559 de 4 de julho de 1990, que cria as fundações de empresa.

Note-se que o destaque que as fundações de empresa conhecem em França está intimamente relacionado com o clima adverso que aí viveram desde a revolução francesa e que só no final dos anos 80 se começou decididamente a desvanecer. Nesta medida, a lei que prevê as fundações de empresa serve também como sinal às empresas de que o legislador é agora favorável à instituição de fundações por sociedades civis ou comerciais e mesmo por estabelecimentos públicos (cf. artigo 19.º da lei n.º 87-571, na versão da lei n.º 90-559). Mas o legislador quis também inovar quanto ao regime, tornando-o mais suave, por comparação com o tipo comum das “fundação reconhecidas de utilidade pública”<sup>33</sup>. Assim, ao contrário do regime geral de reconhecimento, cuja instrução cabe ao Governo, com parecer do Conselho de Estado, e que permite um juízo de oportunidade, as fundações de empresa estão apenas sujeitas a um controlo de legalidade, mediante uma autorização da Prefeitura<sup>34</sup>. As fundações de empresa não têm necessariamente que ser fundações de capital, isto é, não carecem de um património inicial suficiente, desde que seja garantido um financiamento de fluxo (um mínimo de 150.000 euros por períodos de cinco anos)<sup>35</sup>. Em contrapartida são fundações de duração e capacidade limitadas<sup>36</sup>. As fundações de empresa beneficiam ainda de um favorável regime fiscal e de mecenato<sup>37</sup>.

Em Portugal, cremos que andou bem o legislador ao não tratar especificamente a fundação de empresa, quer no Código Civil, quer na nova lei quadro das fundações, mantendo assim o quadro existente. Com efeito, de uma perspetiva jus-fundacional todos os elementos positivos para a instituição de uma fundação de empresa já se encontram disponíveis e não se vislumbram argumentos que justifiquem um regime distinto para as fundações de empresa, quer quanto aos requisitos de reconhecimento, quer quanto ao regime jurídico em vida. Dada a especial relação que se estabelece entre a empresa fundadora e a fundação apenas ao nível fiscal poderá fazer sentido um tratamento normativo

<sup>33</sup> Cf. BARON, Éric, e DELSON, Xavier, *Fondations – reconnues d'utilité publique et d'entreprise*, Lyon, Juris Associations éditions, 2004, 2.ª ed., 186.

<sup>34</sup> Cf. COMBES, in CHARHON, Francis, e COMBES, Isabelle (org.), *Fondations – Fonds de dotation – Constitution, Gestion, Évolution*, Paris, Juris Éditions, 2011, 24.

<sup>35</sup> Cf. COMBES, in CHARHON, Francis, e COMBES, Isabelle (org.), op. cit., 25.

<sup>36</sup> Cf. BARON, Éric, e DELSON, Xavier, op. cit., 186.

<sup>37</sup> Cf. COMBES, in CHARHON, Francis, e COMBES, Isabelle (org.), op. cit., 25.

específico. Ora, o tratamento dogmático da figura fundacional, quer no direito administrativo, quer no direito civil, desde logo quanto aos requisitos para a sua constituição e quanto aos modos de prossecução da sua atividade, não se confunde com o regime fiscal que lhe deve ser aplicável e que tange com aspetos de interesse público que contribuem para disciplinar a vida da fundação, onde se incluem as fundações-empresa, não colocando em perigo a construção dogmática e o regime jurídico fundacional.

#### 4.2. *Fundação-empresa*

A Fundação-empresa pode ser apresentada como a utilização da forma jurídica fundacional na área empresarial<sup>38</sup>. A Fundação-empresa mais não é do que uma fundação cujo fim fundacional se realiza através da prossecução de uma atividade comercial<sup>39</sup>, segundo regras de racionalidade económica<sup>40</sup>, o que significa que os proveitos de tal atividade estão continuamente a alimentar o desenvolvimento dessa mesma atividade. A fundação pode, assim, ser uma empresa, no sentido em que o seu fim é prosseguido como atividade comercial direta ou indireta<sup>41</sup>. Em qualquer dos casos o fim fundacional há de ser algo permitido pela atividade e pelos rendimentos da empresa, sob pena de, em caso

<sup>38</sup> Neste sentido, Reinhard Pöllath e Andreas Richter definem a Fundação-empresa (unternehmensstiftungen), como “eine Anwendungsform der Rechtsform Stiftung im unternehmerischen Bereich”; cf. PÖLLATH/RICHTER, in *Stiftungsrechts...*, cit., 413; aliás, os autores sublinham que “[d]ie Unternehmensstiftung ist keine “Rechtsforms” der Stiftung, sondern nur eine Anwendungsvariante von mehreren”; PÖLLATH, Reinhard e RICHTER, Andreas, op. cit., 432; daí que “so gibt es auch kein besonderes Stiftungsrecht der Unternehmensstiftung”, cf., op. cit., 434; SCHWARZ, Günther Christian, *Flexibilität und Vermögensbindung bei der Unternehmensstiftung*, in ZSt, 2004, n.º 3, 64 ss.

<sup>39</sup> Cf. IORIO, Giovanni, *Le Fondazioni*, Guiffirè Editore, Milão, 1997, 237 ss.; KRONKE, Herbert, *Familien- und Unternehmensträgerstiftungen*, in CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr, KRONKE, Herbert e WERNER, Olaf (org.), *Stiftungen in Deutschland und Europa*, Düsseldorf, IDW-Verlag GMBH, 1998, 159 ss.

<sup>40</sup> Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Direito...*, cit., 322.

<sup>41</sup> Cf. PÖLLATH, Reinhard e RICHTER, Andreas, op. cit., 422 ss.; REUTER, Dieter, *Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck – Zu neueren Thesen über die Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, in AcP, n.º 207, 2007, 23 e 24.

contrário, se redundar numa Fundação como fim em si mesma<sup>42</sup>, algo que é já estranho ao conceito fundacional<sup>43</sup>.

A Fundação-empresa é, pois, particularmente importante pelo modo como combina elementos típicos da organização empresarial com os elementos essenciais do conceito fundacional<sup>44</sup>. Especialmente importante é o alcance que a atividade empresarial tem sobre a forma fundacional, colocando-se a questão de saber se perverte a combinação legalmente exigida dos elementos fundacionais essenciais, em particular os fins altruístas<sup>45</sup>.

Importa, pois, distinguir entre as duas modalidades de fundação-empresa referidas, pois, numa análise mais atenta colocam problemas distintos, embora, em qualquer caso, complexos.

<sup>42</sup> Sobre este aspeto escrevem Pöllath e Richter que a utilização do património da fundação na empresa como fim fundacional parece problemático e como um fim em si mesmo. Mas formulada de modo um pouco diferente, a estrutura é simples: A fundação tem (alguns) um fim para além da empresa, mas investe, essencialmente, seus recursos na empresa, utilizando-a como meio para obter rendimentos e tudo fazendo para fortalecê-la: “[d]er Einsatz von Stiftungsvermögen im Unternehmen als Stiftungszweck klingt problematisch und nach Selbstzweckstiftung. Aber geringfügig anders formuliert ist die Struktur unproblematisch: Die Stiftung hat (irgend)einen Zweck ausserhalb des Unternehmens, hat aber im Wesentlichen ihr Vermögen im Unternehmen investiert, verwendet auf das Unternehmen grösste Aufmerksamkeit als Mittelquelle und tut alles zu seiner Stärkung”, cf. PÖLLATH, Reinhard/RICHTER, in SEIFART, Werner, e CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von, *Stiftungsrechts...*, cit., 423; também neste sentido, notando a proibição da “Unternehmensselbstzweckstiftung”, cf. HÜTTEMANN, Rainer, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, in ZHR, 167 (2003), 61.

<sup>43</sup> Sousa Ribeiro espelha esta problemática ao afirmar que “a empresa organiza-se como fundação, assumindo esse estatuto legal: empresa e fundação formam uma unidade [...], como módulo organizativo e forma jurídica de exercício da empresa mercantil, nisso esgotando a sua razão de ser”, cf. Ribeiro, Joaquim de Sousa, op. cit., 254. Contudo, adiante, explica que “numa configuração de certo modo inversa, a empresa pode ser meramente instrumental em relação aos fins da fundação. E essa instrumentalização assume duas variantes. Numa primeira, ela é indireta ou financeira. Tal acontece, designadamente, quando o exercício da empresa se destina à obtenção de rendimentos a aplicar na realização dos objetivos a que a fundação se propõe. Quer diretamente, quer assumindo participações em sociedades comerciais, a fundação pode, assim, apresentar-se como titular de uma empresa, cujos lucros constituem para ela uma fonte de financiamento. [...] Numa segunda variante, a instrumentalidade apresenta-se como direta ou institucional, no sentido de que a própria atividade da empresa realiza imediatamente o escopo fundacional”, cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Fundação: uma espécie...*, cit., 254 e 255; cf., também, IORIO, Giovanni, *Fondazioni...*, cit., 251 ss.

<sup>44</sup> Cf. REUTER, Dieter, op. cit., 23 e 24.

<sup>45</sup> Cf., PIE, María Iglesias, e VERNIS, Alfred, op. cit., 867.

4.2.1. *A fundação com participação em empresa*

Neste tipo de fundação-empresa, a locução “empresa” é utilizada como realidade objetiva, pretendendo significar-se que uma determinada fundação integra nas suas atividades a participação numa ou mais empresas. Na doutrina esta é a modalidade de fundação-empresa que menos dúvidas suscita, apesar de, desde logo, convocar o problema central das fundações-empresa: em que medida a atividade empresarial, ainda que de modo indireto, através da participação e/ou controlo de sociedades comerciais pode conflitar com a prossecução dos fins fundacionais, que legalmente devem ser de interesse social?

A questão apresentada coloca-nos, por seu turno, no centro de uma das problemáticas fundamentais do direito fundacional: quais os limites dos fins fundacionais? Nesta sede os ordenamentos comparados oferecem lições muito diversas, onde encontramos uma tradição germânica de maior abertura e uma tradição latina de maior restrição. Demorando-nos neste último caso, para além do modelo francês, que tem, não obstante, conhecido uma progressiva liberalização nos últimos vinte cinco anos, encontramos os modelos italiano, espanhol e português. Em todos os casos entende-se que o fim de interesse social, não apenas se refere a fins altruístas, desinteressados, mas que também importem à comunidade. Este entendimento tem, tradicionalmente, não apenas excluído liminarmente as fundações de família – o que aliás passou a estar explícito na lei portuguesa com o proémio da norma do n.º 2 do artigo 3.º da LQF – como parece, para alguma doutrina, colocar entraves às fundações-empresa<sup>46</sup>.

Ao invés, a tradição germânica, sobretudo devido ao labor doutrinário, entende os fins altruístas de um modo negativo, como quaisquer fins que não coloquem em risco o interesse geral<sup>47</sup>. Nesta medida, tanto as fundações de família como as fundações-empresa são admissíveis, desde que, em qualquer caso, se respeitem os limites impostos pela própria estrutura do modelo fundacional e dos princípios comuns a estes ordenamentos jurídicos. Estes limites podem ser sintetizados através de dois modelos fundacionais: (i) a fundação para o fundador e (ii) a fundação para si mesma, de que a fundação-empresa como fim em si mesma (“Unternehmenselbstzweckstiftung”) é uma modalidade. Ora, justamente, o que se discute a propósito da fundação-empresa e, como tal, também a propósito da fundação com participação em empresa, é se não

<sup>46</sup> Em Itália o pensamento doutrinário tem evoluído da simples proibição para a aceitação das fundações com participação em empresa, cf. GÖTZEN, Sandro de, *Le “Fondazioni Legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, Guiffirè Editore, 2011, 85 ss.

<sup>47</sup> Cf. SAENGER, in WERNER, Olaf, e SAENGER, Ingo (dir.), *Die Stiftung...*, cit., 555 ss.

estaremos em perigo de criar uma fundação para si mesma, em que o único fito fundacional é assegurar, sem mais, a multiplicação do seu património.

Como é fácil de perceber apenas numa situação de absoluta ausência de atividade fundacional para além da gestão da participação numa determinada sociedade comercial – fundação holding – se poderia admitir estarmos perante o cenário apresentado. Assim, a doutrina tem-se mostrado favorável à fundação com participação em empresa, desde que tal participação não seja contrária ao interesse geral e se consubstancie como um modo de assegurar rendimentos para a prossecução dos fins fundacionais<sup>48</sup>.

Em Portugal a lei não trata diretamente esta matéria<sup>49</sup>, mas não cria qualquer obstáculo à fundação-empresa, enquanto fundação com participação em empresa, *rectius*, sociedade comercial. No âmbito da normal aplicação do princípio da especialidade, qualquer fundação pode prosseguir atividades que concorram para assegurar os meios necessários à realização dos seus fins de interesse social. Neste sentido vai, explicitamente, a proposta de Regulamento da Fundação Europeia, ao prever-se no n.º 1 do artigo 11.º que “... a FE tem a possibilidade e é livre de participar em atividades comerciais ou outras atividades económicas, desde que os lucros daí resultantes sejam exclusivamente utilizados na prossecução do(s) seu(s) objetivo(s) de interesse público”. É certo que, indiretamente, o artigo 10.º da LQF, referente aos limites às despesas próprias das fundações privadas de utilidade pública e das fundações públicas, atribui um destino a todos os rendimentos que a fundação obtenha através de empresas em que participe ou controle, repartindo-os entre despesas próprias e despesas com a atividade de prossecução do fim fundacional, mas esta disposição não pode diretamente considerar-se um tratamento do fenómeno da fundação com participação em empresa.

É no âmbito fiscal que a distinção terá que ser tratada: as atividades comerciais coadjuvantes da prossecução do fim fundacional deverão merecer uma opção jurídico-política por parte do legislador, na medida em que não sendo atividades que diretamente assegurem o fim fundacional, também não se integram na clássica atividade comercial que apenas busca o lucro. Contudo, como já notámos, o tratamento fiscal deve ser separado do tratamento fundacional: a prossecução de fins desinteressados não significa necessariamente o concurso

<sup>48</sup> Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., 281.

<sup>49</sup> Ao contrário do que já vimos acontecer na proposta de Regulamento da União Europeia referente à Fundação Europeia, mas também ao contrário do que sucede com a lei espanhola das fundações, a ley 50/2002, de 26 de dezembro, nos termos do n.º 1 do seu artigo 24.º. Cf., quanto à lei espanhola, CUETO, Tomás González, *Comentarios a la Fundaciones de Ley de 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2003, 195 ss.

na prossecução do interesse público, sendo por isso de acentuar a distinção entre o direito fundacional e o direito das pessoas coletivas de utilidade pública<sup>50</sup>.

#### 4.2.2. *Fundação-empresa em sentido estrito*

A propósito do tipo de fundação-empresa estudado no ponto anterior, analisámos a possibilidade de uma fundação desenvolver atividade empresarial através da participação em sociedades comerciais, mas sempre como atividade subordinada à obtenção de rendimentos para sustentar a prossecução do fim fundacional de interesse social. Não se colocou nessa sede a hipótese de o próprio fim da atividade empresarial ser igualmente o fim fundacional, o que obrigaria a admitir-se que os fins empresariais podem ser altruístas ou de interesse social, de molde a podermos fazer cumprir as exigências do Código Civil (cf. n.º 1 do artigo 185.º e n.º 3 do artigo 188.º) e da LQF [cf. n.º 1 do artigo 3.º e alínea *b*) do n.º 1 do artigo 23.º] em matéria de reconhecimento fundacional<sup>51</sup>. Note-se que esta hipótese implica pugnar pelo entendimento de que o fim da empresa não é um mero fim em si mesmo – a mera obtenção do lucro – mas um fim lícito, que se subsume entre os fins sociais, ou, pelo menos, desinteressados, exigidos para o instituto fundacional<sup>52</sup>.

Nesta medida, a fundação-empresa, em sentido estrito, receberia esta qualificação não tanto por prosseguir uma atividade empresarial de modo secundário e complementar, como forma de assegurar o fim fundacional, mas porque a prossecução do fim fundacional se consubstanciaria numa atividade planeada, de intervenção eficaz no mercado<sup>53</sup>. Seria a natureza da atividade empresarial e do mercado<sup>54</sup> que justificariam a admissibilidade desta modalidade de fundação-empresa, cujo fim seria, deste modo, não contrário ao interesse geral e até, pensando em ordenamentos jurídicos meridionais, de interesse social. A fundação-empresa seria assim uma “forma *più idonea*” para o desenvolvimento da atividade comercial, uma união mais perfeita

<sup>50</sup> A este respeito cf. o nosso *Brevíssimo balanço do regime jurídico das pessoas colectiva de utilidade pública: uma perspectiva fundacional*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV – *Direito Administrativo e Justiça Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 311 ss.

<sup>51</sup> É neste sentido que vai MENEZES CORDEIRO quando afirma que “[q]alquer gestão criadora de riqueza é de ‘interesse social’”, cf. *Tratado...*, cit., 819.

<sup>52</sup> Neste sentido, cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit. 287, “as associações e fundações que explorem empresas não têm propriamente escopo lucrativo”.

<sup>53</sup> Cf. REUTER, Dieter, op. cit., 23 e 24.

<sup>54</sup> Cf., quanto a estas características da empresa social, DEFOURNY, Jacques, op. cit., 16 ss.



de vários elementos sociais e de mercado<sup>55</sup>, que coroaria o movimento de objetivização da empresa.

No direito privado, o princípio da tipicidade das pessoas coletivas ajuda a rejeitar qualquer tipo de limitações à admissibilidade da fundação-empresa: desde que respeitados os aspetos típicos de cada um dos tipos coletivos privados, nada há que impeça a consubstanciação de uma empresa.

Deve notar-se que a hipótese que referimos supra, de a fundação prosseguir uma atividade empresarial própria, embora secundária e subordinada ao fim fundacional, também releva para a discussão que aqui procuramos manter: embora ela não levante problemas quanto à admissibilidade deste tipo de fundação-empresa, pois os fins de interesse social teriam primazia sobre os fins que justificavam a atividade empresarial, importa perguntar qual seria o regime jurídico da atividade empresarial destas fundações. Note-se, por outro lado, que atividade comercial desempenhada pelas fundações na prossecução direta dos seus fins fundacionais não pode ser considerada, sem mais, uma atividade empresarial<sup>56</sup>, pelo que resta perguntar pelo critério que permite determinar a sujeição da atividade empresarial de uma fundação às normas que a ela se refiram. A doutrina está a este respeito muito dividida.

Por um lado encontramos uma posição que defende que a sujeição às normas relativas à empresa apenas faz sentido quando a atividade empresarial é prevalecte ou exclusiva; por outro lado, encontramos uma posição que defende que sempre que exista o desempenho de atividade empresarial deve a fundação ficar sujeita às normas a ela relativas<sup>57</sup>.

Em Portugal, o legislador também não tratou diretamente esta matéria. Aqui, ao contrário do que afirmámos a propósito da fundação com participação em empresa, cremos que o legislador andou mal, tendo sido desejável que tratasse esta matéria. Atentemos, a este propósito, no n.º 2 do artigo 11.º da proposta de Regulamento da Fundação Europeia, em que se estabelece um limite de 10% de volume de negócios líquido anual para a atividade empresarial “independente do objetivo de utilidade pública”. Note-se que a proposta em causa implica uma tomada de posição quanto ao alcance da Fundação Europeia enquanto fundação-empresa. Na proposta é claramente assumido que o fim fundacional de utilidade pública pode não coincidir com outras atividades económicas, assim se explicando a sua limitação a 10% do volume de negócios líquido anual. Mantém-se a separação entre o segundo e o terceiro sector. Por outro lado, reconhece-se, como já havíamos notado, a propósito do n.º 1 do

<sup>55</sup> Cf. GÖTZEN, Sandro de, *op. cit.*, 87.

<sup>56</sup> Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Direito...*, *cit.*, 281.

<sup>57</sup> Para esta discussão em Itália, cf., por todos, GÖTZEN, Sandro de, *op. cit.*, 89 ss.

mesmo artigo 11.º, que uma fundação que explore um hospital ou um lar, pode ser um fundação-empresa, se aqui entendermos empresa como um modo de organização e atuação num específico tipo de mercado.

A distinção não resulta fácil e a intervenção do legislador, parecendo-nos necessária, só nos parece poder ser eficaz se escapar à tentação de estabelecer margens que serão sempre artificiais e optar por divisar critérios centrados nas características da atividade a desenvolver e do mercado onde tal atividade é desenvolvida. Se fundações e sociedades comerciais se encontram, por exemplo, no mercado hoteleiro, organizadas de modos semelhantes – como empresas – partilhando e disputando esse mercado, não parece haver razão para eximir qualquer uma delas do cumprimento das normas que sejam aplicáveis à atividade empresarial, mesmo se às primeiras se devam também aplicar regras específicas em função de fins sociais que a sua atividade possa prosseguir e pela inexistência de repartição de lucros por quaisquer sócios ou acionistas. Além disso pode também ser necessário ter especial atenção à concorrência neste tipo de mercados, pois as fundações, como parte da prossecução dos seus fins, podem oferecer no mercado produtos e serviços abaixo do seu valor de custo, como modo de chegar aos seus beneficiários, que de outro modo teriam dificuldade em consegui-los.

Note-se que também aqui, indiretamente, o artigo 10.º da LQF terá influência sobre a possível conformação da fundação-empresa. Nos casos previstos na alínea *b*), ou seja, de fundações “cuja atividade consista predominantemente na sustentação de serviços próprios de prestação à comunidade” e que, como tal, podem ser qualificadas como fundações-empresa, a repartição dos rendimentos é realizada de acordo com a fórmula aí prevista.

Tomemos três exemplos em três domínios distintos: a Fundação Gulbenkian, a Fundação INATEL e a Fundação Champalimaud. A primeira e a terceira são fundações privadas, a segunda é uma fundação pública de direito privado, que nos termos da LQF, está sujeita a um regime em praticamente tudo semelhante ao dos institutos públicos.

No primeiro caso, a Fundação Gulbenkian, para além da sua importante faceta de fundação de apoio (*grant-making foundation*) é também uma fundação operativa (*operating foundation*), uma fundação-estabelecimento (*anstaltstiftung*) que desenvolve uma importante atividade na área de produção e exibição de espetáculos musicais e performativos, bem como na área da edição livreira. Em ambas as áreas concorre com sociedades comerciais que estão presentes no mesmo mercado. No caso da Fundação INATEL esta encontra-se no mercado turístico-hoteleiro onde também concorre com outras empresas, de forma societária. Finalmente, a Fundação Champalimaud concorre com outras empresas, sob forma societária, por exemplo, para a prestação de cuidados de saúde ao SNS.

Em qualquer um dos três casos referidos supra existe atividade empresarial e no caso da Fundação INATEL pode mesmo perguntar-se se toda a organização da fundação não é uma organização empresarial e se, como tal, não estaremos perante uma fundação-empresa plena.

O modo de organização, não formal, isto é, não, não decorrente da organização mínima imposta por lei, bem como o modo de planeamento e de desenvolvimento da atividade, é empresarial, assentando na gestão de projeto e de qualidade, e numa avaliação de produtos e desempenho<sup>58</sup>. Nos restantes dois casos, sobretudo pela faceta de fundações de apoio, a organização e atividade empresarial surge como uma parte da atividade da fundação, mas que realiza diretamente o fim fundacional. Parece-nos que em qualquer destes casos estamos perante fundações-empresa e em qualquer destes casos deve, no âmbito respetivo, aplicar-se o bloco legal respeitante às empresas, nomeadamente quanto à concorrência e quanto à contratação pública.

A consideração e aceitação jurídicas da fundação-empresa, no quadro do direito fundacional português, depende apenas da abertura interpretativa que demonstramos face ao dogma do interesse social como único fim fundacional admissível. Como pode constatar-se pelo catálogo exemplificativo das alíneas do n.º 2 do artigo 3.º da LQF, o legislador prevê com grande amplitude os fins de interesse social passíveis de serem escolhidos como fins fundacionais. Se para a prossecução de tais fins uma fundação se organizar e atuar como uma empresa, a questão desloca-se para a teoria da empresa e o modo como devemos entender, juridicamente, esta locução. A exploração de um hospital, que é, historicamente, um dos mais antigos fins fundacionais, e um dos clássicos exemplos de fundação-estabelecimento, pode numa moderna sociedade ser tanto uma fundação-empresa como uma sociedade comercial sob a designação de empresa social<sup>59</sup> ou como empresa clássica, visando o lucro. A chave de compreensão e adequado tratamento dogmático e prático da fundação-empresa encontra-se, pois, na necessidade de alinhamento entre os fins fundacionais e o modo empresarial de organização e atuação. Como nota Michael Göring, “a fundação-empresa quer obter rendimentos como qualquer outra empresa, mas não para obter lucros para a empresa, não para obter lucros para o empresário, mas para obter lucros para a sociedade”<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Cf. GÖRING, Michael, op. cit., 46.

<sup>59</sup> Cf. artigo 5.º da Lei n.º 30/2013, de 8 de maio, que aprova a Lei de Bases da Economia Social.

<sup>60</sup> “Das Unternehmen Stiftung möchte wie jedes andere Unternehmen Gewinn erzielen, doch nicht in barer Münze für den Unternehmen Gewinn erzielen, doch nicht in barer Münze für den Unternehmer, sondern als Gewinn für die Gesellschaft”, cf. GÖRING, Michael, op. cit., 45.

## 5. Conclusões

A fundação-empresa parece ser uma inevitabilidade da confluência e confusão de sectores económicos que caracteriza as últimas décadas de desenvolvimento mundial<sup>61</sup>. Não é possível manter uma separação estanque entre um mundo fora do mercado, em que associações e fundações existem, praticando alguns atos de comércio, mas, essencialmente, oferecendo prestações financeiras ou materiais, através de um modelo de organização e de governo próprios; e um mundo em torno dos mercados, que moldam o modo de organização e de atuação das sociedades comerciais. Muitas das mais importantes fundações portuguesas, como sucede um pouco por toda a Europa, quer da tradição germânica, quer até da tradição latina, organizam-se em torno dos mesmos objetivos de eficácia e de desempenho das mais importantes sociedades comerciais, praticam em diversas medidas e proporções atos de comércio iguais aos das sociedades comerciais<sup>62</sup>. É certo que uma fundação não tem que prestar contas aos seus sócios ou acionistas, mas ao seu fim fundacional (e, nesta medida, a potenciais órgãos de curadoria) e que tal fim é sempre projetado num conjunto mais ou menos determinável de beneficiários, que asseguram o altruísmo dos fins fundacionais, mas também nas sociedades comerciais assistimos a importantes debates sobre a importância da responsabilidade social das empresas, e sobre o papel dos clientes e partes interessadas, algo que numa fundação-empresa é uma redundância. Do mesmo modo, o fosso que separava as fundações, que não podem distribuir lucros, das sociedades comerciais que visam maximizar e distribuir tais lucros pelos seus sócios, tem vindo a estreitar-se, com o surgimento de modelos societários empresariais, em que se restringe a distribuição de lucros, como sucede com as empresas sociais e cooperativas<sup>63</sup>.

As fundações-empresa demonstram que é possível à fundação manter a sua identidade, assente na prossecução de fins altruístas, perante um conjunto indeterminado de beneficiários e sem ânimo de lucro, ao mesmo tempo que tal é feito através de um modo de organização empresarial, isto é, destinado a

<sup>61</sup> CABRA DE LUNA nota também esta tendência afirmando que “[p]arece evidente que cada vez toma más cuerpo un tipo de fundaciones, que se podrían denominar «comerciales», que en principio desbordan el clásico concepto de la figura fundacional, que evoluciona en este sentido hacia la «fundación empresa», y que previsiblemente acabará en la admisión plena de la fundación como forma de empresa”, cf. *Perspectivas de futuro*, in PÉREZ, José María Beneyto, e LOYGORRI, Alfonso Rincón García, *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, Bosch, tomo 2, 2007, 1645.

<sup>62</sup> Cf. GÖRING, Michael, op. cit., 68 ss., com exemplos de planeamento e desenvolvimento empresarial em fundações.

<sup>63</sup> Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., 287.

conseguir a maior eficácia no âmbito de um mercado concorrencial. Cabe ao legislador saber valorizar esta virtude e estar atento aos pontos onde podem despontar problemas que mereçam tratamento jurídico, como sucede, quer no domínio fiscal, quer no domínio financeiro, nomeadamente no que diz respeito ao direito das relações de grupos empresariais.