

# LISBON LAW REVIEW

REVISTA  
DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

2016/1



---

**LISBON LAW REVIEW**

---

**COMISSÃO CIENTÍFICA**

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Díez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontifícia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco Antônio Marques da Silva (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortega Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Genova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

---

**DIRECTOR**

Eduardo Vera-Cruz Pinto

---

**COMISSÃO DE REDAÇÃO**

David Duarte

Diogo Costa Gonçalves

Helena Morão

Miguel Lopes Romão

Miguel Sousa Ferro

---

**SECRETÁRIO DE REDAÇÃO**

Sofia Duarte

---

**PROPRIEDADE E SECRETARIADO**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade - 1649-014 Lisboa - Portugal

---

**EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO**

**LISBON LAW EDITIONS**

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa

---

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

---

Data: Abril, 2016

---

**Editorial**

05-08 Nota do Diretor

---

**Diogo Costa Gonçalves**

09-46 O reconhecimento das fundações privadas: personificação ou limitação da responsabilidade?

---

**Eduardo Oliveira Lopes**

47-78 A compensação especial no quadro dos instrumentos de proteção dos bens ambientais

---

**Francisco Rodrigues Rocha**

79-132 Dos prazos de exercício de direitos em matéria de abalroação

---

**João Espírito Santo**

133-143 Les sociétés commerciales unipersonnelles du droit Bissau-guinéen (Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires)

---

**Maria João Carvalho Vaz**

145-167 O registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores: Um mal desnecessário

---

**Raul Relvas Moreira**

169-201 A competência dos tribunais arbitrais administrativos para a decisão de questões prejudiciais

---

**Rita Guimarães Fialho d'Almeida**

203-246 Breves notas acerca da responsabilidade civil do Estado por atos da função jurisdicional

## O RECONHECIMENTO DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS: PERSONIFICAÇÃO OU LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE?

Diogo Costa Gonçalves

**Resumo:** Desde o Código Civil de 1966 que as fundações adquirem personalidade (ou capacidade) jurídica mediante o reconhecimento. A revisão do Código Civil, em 1977, ditou o fim do sistema de concessão para as associações, mas manteve as fundações sujeita ao controlo governamental. Com a *Lei Quadro das Fundações* a situação não foi alterada. Densificaram-se, no entanto, os efeitos normativos do reconhecimento, aproximando-os do efeito liberatório do registo das sociedades comerciais e associando-o a uma plenitude de poderes de administração e disposição dos bens e direitos que integram a dotação inicial. No presente estudo, propomo-nos uma primeira abordagem exploratória do regime do reconhecimento das fundações privadas. Mais concretamente, propomo-nos averiguar se o reconhecimento das fundações privadas pode ser reconduzido, e em que medida, a um *System der freien Körperschaftsbildung*, ensaiado em outros sistemas jurídicos e com manifestações, entre nós, no Direito societário português.

**Palavras-chave:** Fundações; natureza do reconhecimento; efeito liberatório e administração do património fundacional.

**Abstract:** *Since the Civil Code 1966 that foundations acquire legal personality (or legal capacity) by legal recognition. The Civil Code revision 1977 spelled the end of the concession system for associations, but kept the foundations subject to government control. With the Lei Quadro das Fundações the situation has not changed. Developed however, its normative effects of recognition, approaching*

---

\* O presente artigo corresponde ao tema da intervenção do autor nas *1 Jornadas de Direito das Fundações*, organizadas pelo Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), que tiveram lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (05-nov.-2015).

*them from discharging effect of registration of commercial companies and associating it with a plenitude of powers of administration and disposition of property and rights that make up the initial allocation. In this study, we propose a first exploratory approach of the system of recognition of private foundations. Specifically, we propose to examine whether the recognition of private foundations may be renewable, and to what extent, to a System der freien Körperschaftsbildung, tested in other legal systems and manifested among us in the Portuguese corporate law.*

**Keywords:** Foundations; nature of the recognition act; discharging effect and administration of the foundation assets.

Na versão originária do Código Civil 1966, a atribuição de capacidade jurídica<sup>1</sup> a associações e fundações encontrava-se dependente do *reconhecimento* pela autoridade competente (art. 158.º).

Contra o que tinha sido a evolução generalizada na Europa Continental, e mercê de um concreto circunstancialismo político-ideológico (presente também no *Codice Civile* italiano de 1942), Portugal mantinha em vigor o *sistema de concessão*, paulatinamente abandonado nos códigos da segunda geração.

A Reforma de 1977, ditou o fim do sistema de concessão para as associações, como decorrência de um renovado entendimento acerca do *princípio da liberdade de associação*, à luz da nova ordem constitucional. O Decreto-Lei n.º 496/77, de 25-nov. manteve, contudo, as fundações sujeita ao controlo governamental do reconhecimento (art. 158.º/2).

Uma revisão legislativa mais profunda do regime fundacional faria esperar o abandono do sistema de concessão ou, pelo menos, a sua profunda mitigação<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Atribuição de capacidade e não personalidade, tendo em conta a opção por um sistema monista, nos termos que tivemos oportunidade de sustentar in DIANE CUSTIA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, 533 e ss., em especial, 550 e ss.

<sup>2</sup> Reclamada por alguns autores, como JOSÉ SÉRVULO CORREIA / RUI MEDEIROS, "Restrições ao poderes do governo em matéria de reconhecimento e de alterações dos estatutos das fundações de direito privado", *ROA* 62 (2002) II, 347-382, 354 e ss., por exemplo. Neste estudo, os autores chamavam a atenção para a necessidade de concretizar o sistema de reconhecimento à luz das

Com a *Lei Quadro das Fundações* tal não veio, contudo, a suceder: a Lei n.º 24/2012, de 09-jul.<sup>3</sup> manteve inalterado o sistema de reconhecimento, herdado da versão original do Código Civil. Densificou, no entanto, os seus efeitos normativos, aproximando-os do efeito liberatório do registo das sociedades comerciais e associando o reconhecimento a uma plenitude de poderes de administração e disposição dos bens e direitos que integram a dotação inicial.

No presente estudo, propomo-nos uma primeira abordagem exploratória do regime do reconhecimento das fundações privadas<sup>4</sup>. Mais concretamente, propomo-nos averiguar se o reconhecimento das fundações privadas pode ser reconduzido, e em que medida, a um *System der freien Körperschaftsbildung*, ensaiado em outros sistemas jurídicos e com manifestações, entre nós, no Direito societário português.

## 1. O FENÓMENO FUNDACIONAL NA FORMAÇÃO DOGMÁTICA DA PESSOA COLETIVA

### 1.1. As *piue causae* e a génese da personificação de patrimónios

1 – A possibilidade de afetar um conjunto de bens a um determinado fim era já conhecida no Direito romano clássico<sup>5</sup>. Estava normalmente associada a disposições de última vontade, sendo que a principal problemática jurídica que se colocava tinha que ver com a modificação da vontade do autor – *commutatio ultimarum voluntatum* –, cuja possibilidade ficava na órbita da *potestas* do *principens*<sup>6</sup>:

---

exigências constitucionais de 1976, de onde resultaria *de jure condito* uma limitação aos poderes do governo no reconhecimento das fundações privadas.

Com especial interesse, veja-se ainda RUI CHANCERELLE DE MACHETE / HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Direito das fundações – Propostas de reforma*, 2004, 27-31.

<sup>3</sup> E, posteriormente, a Lei n.º 150/2015, de 10 de setembro.

<sup>4</sup> Sobre o conceito, veja-se MANUEL NOGUEIRA SERENS, “Em tema de fundações”, *RLJ* 143 (2014) 306-347, 345 e ss.

<sup>5</sup> Entre nós, com especial relevância, veja-se MANUEL NOGUEIRA SERENS, “Em tema de fundações” *cit.*, 222-252.

<sup>6</sup> Cfr., com desenvolvimento, FRANCESCO RUFFINI, “Trasformazione di persone giuridiche e commutazione di ultime volontà nell’art. 91 della legge sulle opere pie”, *Scritti giuridici minori*, II (*Scritti giuridici vari*), 1936, 93-144, 94 e ss. A mesma obra foi publicada in *Revista di Diritto Civile* (1909), 630-670.

*"Legatam municipium pecuniam in aliam rem quam defunctus voluit convertere citra principis auctoritatem non licet"* (D, 50, 8, 6).

II – Com o Cristianismo, a afetação de patrimónios a fins específicos intensifica-se, mas desta sorte associada sobretudo ao culto cristão, ao sufrágio dos defuntos e às obras de misericórdia realizadas pela Igreja<sup>7</sup>. Tratavam-se, agora, no período pós-clássico, de doações ou legados *ad pias causas*, cuja titularidade era, em última instância, da *Ecclesia*, e sobre as quais a possibilidade de *commutatio* ficava nas mãos da potestade eclesiástica<sup>8</sup>.

As fontes justinianeias contêm abundantes referências às *pieae causae*<sup>9</sup>. Assim, por exemplo, pode ler-se no *Codex*:

*"Nulli licere decernimus, si testamento heres sit institutus seu ab intestato succedat seu fideicommissarius vel legatarius inveniatur, dispositionem pii testatoris infringere vel improba mente violare, adserendo incertum esse legatum vel fideicommissum, quod redemptioni relinquatur captivorum, sed modis omnibus exactum pro voluntate testatoris pieae rei negotio proficere"* (C, 1,3, 28).

Também nas *Novellae* podemos encontrar disposições referentes ao poder eclesiástico sobre os legados pios:

*"Pro temporalibus autem praescriptionibus X et XX et XXX annorum sacrosanctis ecclesiis et aliis universis venerabilibus locis solum quadraginta*

<sup>7</sup> Merece especial relevância a prática das obras de misericórdia corporais que estão na origem dos hospitais monásticos, cuja relevância para o aparecimento das fundações é, normalmente, assinalada. Cfr., com referências, HERMANN FICHER, *Die Verfassung der Körperschaft und Stiftung*, 1986, 13 e ss. Cfr., igualmente, SANTIAGO PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y Ficción — Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)* 1975, 43 e ss.

<sup>8</sup> Cfr., com referências, HELMUT COING, "Geschichte und Reform", *Handbuch des Stiftungsrechts* (Werner Sefart/Axel von Campenhausen), 1987, 51-52.

<sup>9</sup> Sobre a relação a *commutatio* das *pieae causa* e seu desenvolvimento juscanônico como fundamento histórico-dogmático da transformação das pessoas coletivas cfr., com referências, FRANCISCO MENDES CORREIA, *Transformação de Sociedades Comerciais – Delimitação do âmbito de aplicação no Direito Privado Português*, 2009, 38 e ss.

<sup>10</sup> Sobre as *pieae causae* no Direito justiniano, HANS-RUDOLF HAGEMANN, *Die Stellung der pieae causae nach justinianischem Rechte*, 1953. Com particular interesse, a discussão acerca da sua natureza jurídica e a sua personificação ou não (25 e ss.). Entre nós, DOMINGOS SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público. Direito administrativo fundacional – Enquadramento dogmático*, 2014, 63 e ss. e NOGUEIRA SERENS, "Em tema de fundações" cit., 234 e ss.

*annorum praescriptionem opponi praecipimus; hoc ipsum servando et in executione legatorum et hereditatum quae ad pias causas relictæ sunt”* (Nov. 131,6).

III – Contudo, o reconhecimento jurídico das *piae causae* não traduz, por si, um fenómeno de personificação. A figura das fundações, enquanto instituto jurídico, era desconhecida do *jus romanum* pós-clássico. As disposições que nos permitem identificar a afetação de património a fins específicos, a sua organização e administração encontram-se, aliás, dispersas em matéria referente às sucessões, doações, a privilégios eclesiásticos e aos próprios contratos.

Foi, todavia, a partir destes dados normativos do Direito romano justiniano que a tradição canónica, ao longo da Idade Média, pôde proceder a uma significativa alteração semântica do termo *universitas* no sentido da sua progressiva personificação.

IV – Com efeito, em Roma, *universitas* tem sobretudo um sentido corporativo, designa uma coletividade de base pessoal. A evolução semântica apontada seguiu no sentido de dotar o termo *universitas* de um conteúdo essencialmente patrimonial<sup>11</sup>.

Na verdade, o crescimento da Igreja, o aparecimento no seio da estrutura eclesiástica de realidades de natureza corporativa ligadas, em especial, à experiência monástica e a própria elaboração teológica em torno da eclesiologia levaram, entre outras razões, à necessidade de distinguir aquilo que eram realidades de natureza associativa de substrato pessoal, daquelas outras realidades que – inseridas na *corpus* eclesial – correspondiam a patrimónios ou *rei* afetos a fins específicos e autónomos.

Tal distinção levou a que o termo *universitas*, que em Roma tinha uma conotação essencialmente corporativa, passasse a poder designar a abstração de uma unidade de coisas. É já com este sentido que o conceito virá a ser trabalhado por glosadores e comentadores – por BARTOLUS, BALDUS, *et alia* – a quem se deve a distinção entre *universitas juris* e *universitas facti* que viria a perdurar nas escolas<sup>12 13</sup>.

<sup>11</sup> Neste sentido, Cfr. RAYMOND SALEILLES, *De la Personnalité Juridique – Histoire et Théories*, 1910, 140.

<sup>12</sup> Cfr. GIOVANNI BORTOLUCCI, “Universitas Juris”, *NDI* XII (1940), 713-714; DANIE LLERI GARDANI, *Universalità Patrimoniale, Digesto delle Discipline Privatistiche*, XIX, 1999, 523-527; MARCELLO CAFFANO, *Das Fundações – Subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, 1962, *passim* e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Das Universalidades – Estudo de Direito Privado*, 1940, *passim*.

<sup>13</sup> RAYMOND SALEILLES chama ainda a atenção para o facto de que a distinção entre *universitas personarum* e *universitas rerum* – muitas vezes aplicada a Roma – é inadequada na medida em

V – A conotação de *universitas* com uma *unitas rerum* afeta à realização de *piae causae* conduziria progressivamente à sua personificação. Com efeito, a titularidade dos bens destinados a *piae causae* estava invariavelmente associada à própria Igreja; integrava o património eclesiástico, a *res Ecclesiae*. Todavia, a afetação de tais bens a fins específicos acarretava, naturalmente, um especial modo de administração, utilização, etc. Os bens afetos *ad pias causas* surgiam assim como patrimónios segregados que, sem deixar de integrar o património eclesiástico, estavam destinados a um fim específico e sujeitos a regras de administração próprias<sup>14</sup>.

Esta progressiva segregação ou autonomização do património levava, paulatinamente, à sua natural institucionalização ou “corporalização”: as *piae causae* dariam lugar a *pia corpora*<sup>15</sup>.

Esta evolução sinteticamente descrita é importante porque introduz na formação da personalidade coletiva dois elementos relevantes:

- (i) Em primeiro lugar, a possibilidade de existir uma personificação de base patrimonial e não (só) corporativa. Abre-se, deste modo, a hipótese de uma técnica jurídica de personificação coletiva que tenha por suporte patrimónios autónomos de afetação específica.
- (ii) Em segundo lugar, introduz na evolução jusdogmática uma conceção ideal de finalidade<sup>16</sup>, cuja ressonância no discurso posterior não deixará de ser sentida.

## 1.2. A pessoa coletiva como património de afetação (BRINZ)

I – A evolução dogmática da pessoa coletiva seguiu o trilho histórico conhecido<sup>17</sup>.

que o seu valor terminológico é exclusivamente moderno. Cfr. RAYMOND SALEILLES, *De la Personnalité Juridique* cit., 156.

<sup>14</sup> RAYMOND SALEILLES, *De la Personnalité Juridique* cit., 445.

<sup>15</sup> RAYMOND SALEILLES, *De la Personnalité Juridique* cit., 153. Cfr. ainda, com relevância para a dogmática das fundações. DIETER PLEIMLS, *Irrwege der Dogmatik im Stiftungsrecht*, 1954, *passim*, em especial, 8-21.

<sup>16</sup> Cfr. RAYMOND SALEILLES, *De la Personnalité Juridique* cit., 458.

<sup>17</sup> Com desenvolvimento, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 141 e ss.

No séc. XIII, com DEI FIESCHI, consolidou-se a noção de *persona ficta et repraesentata*<sup>18</sup>. Transmitida ao *studium civile* e cunhada pela autoridade de BARTOLUS<sup>19</sup>, a *persona ficta* viria a difundir-se no *mos italicus* e a perpetuar-se no ensino das Escolas, em alguns casos, até aos alvocos da codificação.

Com SAVIGNY, a mesma construção dogmática voltaria a ser recriada em inícios de oitocentos, com a recondução da *juristische Person* à ideia de *bloffe Fiction*<sup>20</sup>.

Contudo, o entendimento da pessoa jurídica como *fictio juris*, em inícios de oitocentos, acentuava a sua natureza técnico-formal e o conseqüente irrealismo ontico. Em reação crítica, autores de nomeada irão procurar, ao longo do séc. XIX e já no séc. XX, abandonar a doutrina da ficção e dotar a pessoa coletiva de algum substrato real.

É neste contexto que *fin e patrimônio* voltam a jogar um papel determinante na configuração dogmática da pessoa coletiva.

## II – Um exemplo paradigmático pode ser encontrado em BRINZ.

Em 1857, veio a lume a primeira edição do *Lehrbuch der Pandekten*, no qual o autor não faz qualquer referência autónoma às *juristische Personen*<sup>21</sup>. As críticas não se fizeram esperar e na segunda edição do *Lehrbuch*, de 1873, a sistemática da obra é radicalmente distinta. O *zweite Buch*, acerca do Direito das pessoas, apresenta agora três secções: *die Personengesamtheiten, die Person im Einzelnen e die Personifikationen*.

A secção referente à *personificação* é, neste contexto, a mais relevante. Nela se encontra o mote negativista da pessoa coletiva – *nur die Menschen sind Personen*<sup>22</sup> – e as razões pelas quais a doutrina da ficção deveria ser abandonada.

<sup>18</sup> Expressão normalmente imputada a DEI FIESCHI. Em rigor, DEI FIESCHI nunca utilizou esta expressão, mas sim outras equivalentes, embora a pudesse ter conhecido na escola francesa. Cfr., com desenvolvimento, SANTIAGO PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y Ficción*, 132 e ss. Ainda assim, a doutrina de DEI FIESCHI viria a ser conhecida com esta designação ou, simplesmente, por *persona ficta*.

<sup>19</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 192 e ss.

<sup>20</sup> Com desenvolvimento e referências, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 253 e ss.

<sup>21</sup> Tenha-se em conta o índice sistemático da obra e os § 5 a 20 (10 a 47). O conteúdo do *zweites Buch*, relativo a *von der Personen*, diz unicamente respeito às pessoas singulares e à família. Não surge uma referência autónoma à personalidade coletiva. Cfr. ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 1857.

<sup>22</sup> ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 2.ª ed., 1873. § 59, 194

Em síntese, BRINZ reconhece que os próprios juristas romanos conceberam certos direitos patrimoniais abstraído das pessoas individuais e concretas, que surgiam ante terceiros como pessoas. Nisto consiste, para o autor, o conceito de *Personifikation*<sup>23</sup>. Contudo, tal personificação de base patrimonial (*vermögensrechtlich Personifikation*) nada teria que ver com a doutrina savignyana da ficção.

A noção pessoa jurídica moral ou "*fingirte*" era desconhecida em Roma. A nova ciência jurídica oitocentista é que introduziu, na análise das fontes romanas, um axioma indemonstrado e estranho ao *jus romanum*: a inexistência de patrimônio sem sujeito que o titule (*keine Vermögen ohne Person*)<sup>24</sup>. A partir desta proposição, a necessidade de uma *juristische Person* surgia como inquestionável, levando a ciência jurídica a trabalhar com um conceito tão frágil quanto irreal.

Colocado em causa, porém, o dogma *keine Vermögen ohne Person*, a personalidade coletiva tornava-se absolutamente dispensável. A necessidade de uma personificação de patrimônios podia e devia ser abandonada: o Direito poderia, assim, viver com as mesmas consequências de aplicação prática sem necessidade de uma construção dogmática da *juristische Person*.

### III – O negativismo inicial de BRINZ foi sendo, todavia, mitigado.

Aprofundando a sua crítica, o autor veio chamar a atenção para o facto de os casos de *personificação romana* terem origem na distinção entre a *res nullius* e as *rei* às quais se reconhecia um escopo de afetação (como as *piæ causae*, a *res ad pios usus destinatus*, as *donationes super piis causis factae*, etc.)<sup>25</sup>.

A diferença entre estes acervos de bens – objeto de uma personificação popular (*populär-personifizierend*)<sup>26</sup> – e a *res nullius* era a seguinte: estes bens encontravam-se reunidos e unificados sob a égide de um escopo comum e a sua utilização servia esse mesmo escopo.

Ora, se patrimônios havia que se constituíam em razão de uma pessoa, outros também conheciam a sua constituição em razão de um fim. A doutrina da pessoa coletiva outra coisa não fazia, portanto, do que proceder à personificação de um fim (*Personifikation des Zwecks*)<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 2.ª ed. cit., § 59, 194.

<sup>24</sup> ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 2.ª ed. cit., § 60, 197.

<sup>25</sup> ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 2.ª ed. cit., § 61, 201.

<sup>26</sup> ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 2.ª ed. cit., § 61, 201.

<sup>27</sup> ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 2.ª ed. cit., § 61, 203 e § 63, 208.

Tal personificação era, como se disse, indesejada, porque a ciência do Direito bastaria guiar-se pelo escopo especial do património e prescindir da sua irreal e obtusa personificação<sup>29</sup>.

Todavia, o mote estava lançado: a única realidade de uma *juristische Person* era, assim, um *Zweckvermögen*.

IV – A doutrina de BRINZ não deixou de impressionar mesmos os autores que sustentavam a *Fiktionstheorie*. Tal é o caso de WINDSCHEID, próximo das construções de SAVIGNY e PUCHTA<sup>30</sup>.

Com efeito, quanto aos diversos tipos de *juristische Personen*, WINDSCHEID distinguia entre (i) pessoas jurídicas de base pessoal (*Mehrheiten von physische Personen*)<sup>31</sup>; (ii) pessoas jurídicas de escopo especial (*Anstalten zur Verfolgung frommer oder sonst gemeinnütziger Zwecke, Armenhäuser, Hospitäler, Schulen, usw.*)<sup>32</sup> e (iii) patrimónios autónomos (*Vermögensinbegriffe*)<sup>33</sup>.

No que a esta última tipologia diz respeito, WINDSCHEID concebe os patrimónios autónomos como sendo eles próprios sujeitos de direito<sup>34</sup>.

### 1.3. A pessoa coletiva como escopo juridicamente relevante (SCHWARZ)

1 – O tom negativista da *Theorie des Zweckvermögens* foi sendo progressivamente abandonado, e substituído por preocupações próprias do realismo jurídico.

Esta evolução não envolveu, contudo, a rejeição liminar da *Theorie des Zweckvermögens*. Pelo contrário: a partir da revisão crítica do pensamento de BRINZ, foram surgindo novas construções que, partilhando da ordem argumentativa preconizada pelo autor, introduziram novas variantes na *Theorie des Zweckvermögens*.

<sup>29</sup> ALDIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 2.ª ed. cit., § 63, 208.

<sup>30</sup> Com desenvolvimento, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 255-256.

<sup>31</sup> BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 9.ª ed., 1906, cit., § 57, 257.

<sup>32</sup> BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, cit., § 57, 259.

<sup>33</sup> BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, cit., § 57, 260.

<sup>34</sup> BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, cit., § 57, 260.

Tal é o caso de SCHWARZ, cuja crítica a BRINZ levou à elaboração de uma nova proposta de recondução dogmática: a pessoa coletiva, já não como património de afetação, mas antes como o escopo jurídico em razão do qual se constitui um património.

II – SCHWARZ desenvolve a sua tese no estudo *Rechtssubjekt und Rechtszweck*<sup>34</sup>, no qual procura proceder a uma revisão da doutrina acerca das pessoas jurídicas, propondo a identificação do conceito de pessoa jurídica com fim jurídico ou escopo juridicamente relevante (*Rechtszweck*).

Eis a questão que serviu de mote a SCHWARZ: “quem é o sujeito de direito que detém o património de uma corporação ou de uma fundação, por exemplo?”<sup>35</sup>.

Na resposta a esta questão, o autor faz uma síntese das correntes doutrinárias mais relevantes, em especial PUCHTA, IHERING e WINDSCHEID, mas dedica sobretudo a sua atenção a uma revisão crítica da tese de BRINZ.

III – BRINZ, como vimos, entendia que a reunião de um património podia ocorrer em razão de uma pessoa ou de um fim<sup>36</sup>, sendo possível distinguir entre património pessoal (*Personenvermögen*) e património de afetação (*Zweckvermögen*). A este último correspondia o fenómeno da personificação.

Para SCHWARZ, contudo, esta construção é incorreta. Segundo o autor, no mundo do Direito apenas existe um tipo de património que se constitui sempre em função de um fim<sup>37</sup>. Com efeito, não é a mera presença de um pessoa que dá unidade ao acervo de elementos que constituem um património. Tal unidade só ocorre em razão de um fim ou escopo especial que se revela, assim, como um elemento indispensável para que de património se possa falar.

Sem a presença de um fim, nenhum património existe:

*“O termo «património» designa a totalidade de certos direitos com valor monetários (direitos patrimoniais). O que é que constitui tais direitos num património?”*

<sup>34</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtszweck – Eine Revision der Lehre von den Personen“, *AbtR* 32 (1908), 12-139

<sup>35</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtszweck ...“ cit., 14.

<sup>36</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtszweck ...“ cit., 14.

<sup>37</sup> “No mundo do Direito, não existem dois tipos de património, mas apenas um. Todo o património serve algum fim, o qual é exigido não apenas no «Zweckvermögen» mas também no «Personenvermögen», de Brinz.” Cf. GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtszweck ...“ cit., 14.

(...) O facto de esses direitos servirem constantemente a satisfação dos mesmos interesses. Dizer que algumas coisas estão em minha propriedade significa que o Estado exclui outras pessoas com o objetivo de que possa ser prosseguido o meu interesse. É o meu interesse que transforma esses direitos em meus direitos; é o meu interesse que transforma a totalidade desses direitos no meu patrimônio.<sup>38</sup>

IV – Com este enquadramento, a distinção *Personenvermögen* e *Zweckvermögen* deixa de fazer sentido. Como não existe patrimônio sem fim, todo o patrimônio é um patrimônio de afetação – *jedes Vermögen, ein Zweckvermögen*<sup>39</sup>. É justamente a afetação que permite que se fale em patrimônio.

Ora, se todo o patrimônio redonda, afinal, em *Zweckvermögen*, a *Theorie des Zweckvermögens* enquanto fundamento da pessoa coletiva terá de ser, naturalmente, revista. Na revisão desta tese jogou um papel fundamental a aproximação que SCHWARZ faz de *Zweck* a *Interesse*.

Com efeito, se “é o meu interesse que transforma a totalidade desses direitos no meu patrimônio” então cumpre perguntar: “o que significa meu interesse?”<sup>40</sup>. A resposta a esta questão – onde é patente a influência de ИИРИНГ:<sup>41</sup> –, se importante, não é aquela que mais nos deve ocupar. O realmente importante é observar os passos lógico-dedutivos que levaram SCHWARZ, a partir daí, à identificação de *juristische Personen* com *Rechtsw Zweck*.

Segundo o autor, todo o direito serve um fim: “todo o direito é também um fim jurídico”<sup>42</sup>. A ordem jurídica reconhece, portanto, interesses como um *fins jurídicos* (*Rechtsw Zwecke*), cuja prossecução deve ser servida por um direito. Os interesses, porém, só podem ser realmente titulados pelo Homem. Todavia, o Homem não tem só interesses singulares: por razões de ordem moral, religiosa, ou outra, há interesses supra-individuais ou transcendentais que a ordem jurídica pode também reconhecer como *Rechtsw Zwecke*<sup>43</sup>. Tais fins, quando reconhecidos pela lei, designam-se *fins jurídicos legais* (*gesetzliche Rechtsw Zwecke*); quando fixados por negócios jurídicos, *fins jurídicos negociais* (*geschäftliche Rechtsw Zwecke*)<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtsw Zweck ...“ cit., 15.

<sup>39</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtsw Zweck ...“ cit., 15.

<sup>40</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtsw Zweck ...“ cit., 15.

<sup>41</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtsw Zweck ...“ cit., 15.

<sup>42</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtsw Zweck ...“ cit., 15.

<sup>43</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtsw Zweck ...“ cit., 137.

<sup>44</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtsw Zweck ...“ cit., 137.

Quando as pessoas singulares, mediante negócio jurídico, dão origem a corporações, fundações, etc., o que estão a fazer é a erigir um fim jurídico próprio (*selbständiger Rechtszweck*). Tal fim jurídico identifica-se com a noção de pessoa coletiva.

Temos portanto que, para SCHWARZ, a subjetividade jurídica coletiva consiste em *Rechtszwecke*<sup>45</sup>. O substrato real das pessoas coletivas não é um património de afetação mas antes um fim jurídico em razão do qual o património se constitui:

*"Na corporação ou na fundação, não são o substrato patrimonial (Körperschafts- oder Stiftungsvermögen) nem as pessoas singulares que interessam que relevam para o património; o fim da corporação ou da fundação, é ele o sujeito de direito que agrega esse património; (...)"*<sup>46</sup>.

A *juristische Person* consiste, portanto, em *Rechtszwecke* ou, em outra formulação mais próxima do autor, *Juristische Person* é uma designação sob a qual se ocultam *Rechtszwecke*<sup>47</sup>.

V – A tese de SCHWARZ, introduz, com efeito, uma variação significativa na teoria de BRINZ<sup>48</sup>. De um património de afetação sem subjetividade jurídica (ou sendo ele próprio sujeito de direito, como propõe WINDSCHEID<sup>49</sup>), a pessoa coletiva tornou-se o próprio escopo jurídico em razão do qual um património se constitui. Esta variante permite libertar a *Theorie des Zweckvermögens* do negativismo inerente à rejeição da subjetividade jurídica e colocou a recondução da pessoa coletiva a situações patrimoniais sob a órbita do realismo jurídico.

Sobressai, porém, o carácter funcional do conceito. Como só o Homem é titular de interesses e um *Rechtszweck* outra coisa não é que um interesse juridicamente reconhecido, a *juristische Person* é um expediente jurídico que

<sup>45</sup> O autor sugere mesmo a distinção entre *physischer* e *juristischer Rechtszweck* substituindo depois o termo *Rechtszweck* por *Person*. Cfr. „Rechtssubjekt und Rechtszweck ...“ cit., 137.

<sup>46</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtszweck ...“ cit., 137.

<sup>47</sup> GUSTAV SCHWARZ, „Rechtssubjekt und Rechtszweck ...“ cit., 138.

<sup>48</sup> Uma variação, não uma verdadeira inovação. Para ALOIS BRINZ, como assinalámos, a pessoa jurídica correspondia a uma *Personification der Zweck* (ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 2.<sup>a</sup> ed. cit., § 63, 208). Contudo, em GUSTAV SCHWARZ, o alcance desta afirmação é totalmente diverso, em muito devido à sua aproximação a IHERING.

<sup>49</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 303-304.

permite a satisfação de *interesses*, um nome – como refere SCHWARZ – sob o qual se ocultam escopos.

#### 1.4. O contributo de RHODE

I – Próxima de SCHWARZ, não sem lhe recusar um revisão crítica<sup>50</sup>, segue a construção de RHODE. Para o autor, o conceito de património expressa a unidade de uma multiplicidade de direitos, não obstante a possível mutação ao longo do tempo<sup>51</sup>. Tal unidade exige, naturalmente um *fator* ou *momento de unificação*<sup>52</sup>, em razão do qual a multiplicidade de situações jurídicas se constitui numa unidade juridicamente diferenciada, a que designamos património.

Ora, a exigência conceptual de um momento de unificação (*Einigungsmoment*) aproxima a construção de RHODE da tese de SCHWARZ. Para este, como vimos, todo o património era *ein Zweckvermögen* justamente porque não era concebível a ideia de um património sem um fim que justificasse a sua constituição. RHODE, ao exigir a presença de um momento de unificação (*Einigungsmoment*), discorre sobre a mesma tela: a exigência de um elemento em razão do qual a multiplicidade se converta em unidade.

II – Todavia, RHODE afasta-se de SCHWARZ quanto ao que seja ou constitua o *fator de unificação* (*Einigungsfaktor*), constitutivo do património. Com efeito, ao passo que em SCHWARZ as situações jurídicas se unificam em razão do critério afetação, em RHODE, o fim representa um papel secundário na constituição do património, importante apenas na medida em que emerge da vontade humana e de um direito no qual o fim já se encontra presente:

*“Na verdade, o fim, enquanto fator de unificação para o conceito de património, encontra-se em segundo plano, porque um património de afetação só se unifica quando contém um acervo de direitos orientados a um mesmo fim, mas a*

<sup>50</sup> HEINZ RHODE, *Juristische Person und Treuhand – Grundzüge einer Lehre vom zweckgebundenen Recht*, 1932, 47 e ss. em crítica a BRINZ e SCHWARZ

<sup>51</sup> “(...) Pode definir-se património como uma unidade constituída por uma multiplicidade de direitos que, sem perder a sua identidade, pode estar sujeita a várias modificações ao longo do tempo” – HEINZ RHODE, *Juristische Person und Treuhand* cit., 127. O autor segue o entendimento de HANS ALBRECHT FISCHER (in *Subjekt und Vermögen*, 1923) que, segundo HEINZ RHODE, não havia sido ainda superado.

<sup>52</sup> O autor utiliza indistintamente as expressões *Einigungsmoment* e *Einigungsfaktor*.

*afetação ao fim (Zweckbindung) apenas pode ser obtida através do Homem, porque apenas fins humanos podem ter relevância na vida jurídica. O fim depende da vontade humana e está subordinado ao Homem, como a ferramenta ao contra-mestre*<sup>53</sup>.

Esta construção de RHODE leva à recuperação da distinção entre *Personenvermögen* – que RHODE designa *Individualvermögen* – e *Zweckvermögen*, com a seguinte precisão: o conceito central é *Individualvermögen*. Este é o conceito ou categoria geral. Um património de afetação (*Zweckvermögen* ou *zweckgebundenes Vermögen*) mais não é que uma espécie do mesmo género património individual<sup>54</sup>. É a consequência lógica da ligação do fim à vontade humana individual.

A relação entre *Individualvermögen* e *zweckgebundenes Vermögen* é, sinteticamente a seguinte: (i) todo o património corresponde, em primeira linha, a *Individualvermögen*, livre de afetação; (ii) os sujeitos, porém, podem destinar o seu património, ou parte dele, à prossecução de um determinado fim: é o caso da constituição de uma OHG; (iii) tal afetação exige uma organização e condução próprias; (iv) porém, em causa está sempre um *Individualvermögen*<sup>55</sup>.

III – Tal formulação tem necessárias consequências na compreensão da pessoa coletiva. Esta está destinada a ser tão só a própria organização de um património coletivo e, em última instância, o regime jurídico a ele associado. O fundamento desta conceção encontra-o RHODE na própria jurisprudência: quando esta reconhece que o património de sociedade comercial que não seja *juristische Person* é património dos próprios sócios está a assumir – entende RHODE – que *differentia specifica* entre as corporações personalizadas ou não personalizadas reside na distinção entre *Individualvermögen* e *zweckgebundenes Vermögen*<sup>56</sup>.

A conclusão impõe-se: a pessoa coletiva não pode ser outra coisa que um património de afetação<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> HEINZ RHODE, *Juristische Person und Treuhand* cit., 129.

<sup>54</sup> “O género (übergeordneter Begriff) consiste no património individual: o património de afetação é uma espécie (Unterart) do património individual”. Cfr. *Juristische Person und Treuhand* cit., 130.

<sup>55</sup> HEINZ RHODE, *Juristische Person und Treuhand* cit., 130.

<sup>56</sup> HEINZ RHODE, *Juristische Person und Treuhand* cit., 130.

<sup>57</sup> HEINZ RHODE, *Juristische Person und Treuhand* cit., 145 e ss.

### 1.5. A revisão de WIEDEMANN: a pessoa coletiva como *Sondervermögen*

I – Mais recentemente, a tese de BRINZ conheceu uma nova reelaboração pela pena de WIEDEMANN. Segundo o autor, o substrato das pessoas coletivas corresponde a um património especial (*Sondervermögen*) ou, numa elaboração mais completa, ao regime de um património especial (*Sondervermögensordnung*)<sup>55</sup>.

Numa primeira abordagem, a construção parece idêntica à de BRINZ. A diferença seria meramente terminológica: BRINZ preferiria falar em afetação especial (*Zweckvermögen*), ao passo que WIEDEMANN refere património especial (*Sondervermögen*). Contudo, basta ter em atenção a primeira aproximação de WIEDEMANN ao conceito de *juristische Person* para verificarmos estar diante de construções diferentes.

Afirma o autor: “mediante a atribuição de capacidade jurídica, um *Sondervermögen* organizado constitui-se, ele próprio, em sujeito de direitos e obrigações”<sup>56</sup>. Estamos já distantes da consideração das pessoas jurídicas como patrimónios de afetação específica sem um sujeito que os titule, como sustentava BRINZ.

II – A pessoa coletiva é sinteticamente definida por WIEDEMANN como sendo um “*mitgliedsunabhängiges Sondervermögen*”: um património especial independente dos seus membros<sup>60</sup>.

Tal personificação de um *Sondervermögen* corresponde, segundo o autor, a três notas essenciais:

- (i) Ser um “*mitgliedsunabhängiges Sondervermögen*” significa que o património em causa se tornou um centro de imputação (*Zuordnungsendpunkt*) de direitos e obrigações. Todos os bens e situações jurídicas que o constituem, são integrados e desintegrados de tal património mediante um ato formal que opera a transmissão dos bens e situações em causa<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Cfr. HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht – Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts*, I, 1980, cit., 196.

<sup>56</sup> HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht* cit., 196.

<sup>60</sup> HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht* cit., 196.

<sup>61</sup> “(...) todos os bens patrimoniais e outros direitos que devem pertencer à pessoa coletiva, são incorporados através de um ato formal de incorporação, do mesmo modo que a transmissão do património para terceiros ou para os membros.”. Cfr. *Gesellschaftsrecht* cit., 196.

(ii) Tal centro de imputação jurídica consubstancia uma entidade jurídica autónoma (*Rechts-und Pflichteneinheit; Vermögenseinheit; rechtliche Einheit*). Enquanto tal, pode agir contra terceiros e mesmo contra os seus membros, em relação aos quais goza de alteralidade jurídica<sup>62</sup>.

(iii) Por fim, a autonomia jurídica de um *Sondervermögen* exige uma forma de representação orgânica<sup>63</sup>. Tal representação não é uma exigência conceptual decorrente de uma certa construção da personalidade coletiva<sup>64</sup>, mas uma consequência jurídica da personificação do património o qual, a partir desse instante, deve conhecer a formação de uma vontade própria. Em consequência, os titulares dos órgãos sociais atuam no interesse do próprio património especial, que assim se distingue do interesse próprio dos seus titulares.

III – A construção de WIEDEMANN mantém-se na órbita de influência do pensamento de BRINZ ao identificar o substrato real da pessoa coletiva com um património. Contudo, apesar de reconduzir a pessoa coletiva a um *Sondervermögen*, a sua construção desconhece, de todo, o tom negativista da *Theorie des Zweckvermögens*.

WIEDEMANN não nega a personalidade coletiva porque rejeite a hipótese sustentada por BRINZ de um património sem sujeito. O que sustenta é a personificação do próprio património, que assim se torna um centro de imputação jurídica e um sujeito de direitos e obrigações. Neste ponto, o autor aproxima-se de WINDSCHEID. Há contudo, entre WINDSCHEID e WIEDEMANN mais de meio século de distância<sup>65</sup>: o tempo suficiente para que na pura identificação do património com a subjetividade jurídica, em WINDSCHEID, ressoe ainda o tom negativista de BRINZ. O mesmo não ocorre com WIEDEMANN, onde a personificação do património está já inserida numa teia dogmática complexa que será tudo menos a negação da pessoa coletiva.

<sup>62</sup> HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht* cit., 196-197.

<sup>63</sup> HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht* cit., 197.

<sup>64</sup> HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht* cit., 197; intui-se uma crítica subtil ao organicismo de VON GUERKE.

<sup>65</sup> A sétima edição do *Lehrbuch des Pandektenrechts* de BERNHARD WINDSCHEID é de 1891 (a última edição com prefácio assinado pelo autor; a oitava e a nona edição – que aqui utilizamos – conhecem já a intervenção de THEODOR KIPP).

## 2. SISTEMAS DE ATRIBUIÇÃO DE CAPACIDADE JURÍDICA

### 2.1. O sistema de concessão (*Konzessionssystem*) e o sistema de atribuição normativa (*Normativsystem*) na primeira e segunda codificação

1 – A possibilidade de estruturas inumanas atuarem no comércio jurídico, enquanto sujeitos de direito, sempre colocou reservas: assim o reclama a necessária segurança do comércio e, naturalmente, a tutela de terceiros.

Os códigos da primeira geração viriam a generalizar nos sistemas continentais o denominado *Konzessionssystem*: a atribuição de capacidade jurídica ficava dependente de um ato normativo concreto ou de intervenção direta da administração, o que supunha um controlo direto sobre os concretos fins da pessoa coletiva em causa.

Tal opção encontra-se desde logo presente no art. 37.º do *Code de Commerce*<sup>66</sup>:

*“La société anonyme ne peut exister qu’avec l’autorisation du Gouvernement, et avec son approbation pour l’acte qui la constitue; cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d’administration publique”.*

Também em 1861, o *ADHGB* viria a consagrar o sistema de concessão<sup>67</sup>, no art. 208.º:

*“As sociedades anónimas apenas podem ser erigidas com a autorização estadual”.*

O *Codice Civile* 1865, recetor da influência napoleónica e do crescente prestígio da doutrina germânica<sup>68</sup>, exigia que, para que os corpos morais fossem “*considerati como persone*”, se encontrassem “*legalmente riconosciuti*” (art. 2.º)<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Sobre a influência deste diploma na legislação da Europa Continental, cfr. ANDREAS DEUTSCH, “Die Aktiengesellschaft im Code de Commerce von 1807 und ihre Vorbildfunktion für die Entwicklung in Deutschland”, *Aktenrecht im Wandel, I (Entwicklung des Aktienrechts)*, 2007, 46-97, 46 e ss., em especial 80 e ss., a propósito do *Konzessionssystem*. De notar que o autor limita a sua análise às primeiras décadas do séc. XIX, num período anterior à *Loi du 24 juillet 1867*. A referência portuguesa é o Código FERREIRA BORGES (89).

<sup>67</sup> Para um enquadramento geral, MEMO PÖHLIS, *Das Recht der Aktiengesellschaften mit besonderer Rücksicht auf Eisenbahngesellschaften*, 1842, 42 e ss., em especial, 43 e ss.

<sup>68</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 412 e ss.

<sup>69</sup> Sobre este requisito como condição de existência da pessoa jurídica, cfr. FRANCESCO DE FILIPPIS, *Corso completo de Diritto Civile Italiano Comparato*, I, 1908, cit., 287-289. Veja-se ainda

II – A primeira evolução de um sistema de concessão para um sistema de reconhecimento ou aquisição normativa (*Normativsystem*) ocorreu no espaço jurídico francês, com a *Loi du 24 juillet 1867* e o abandono da *autorisation du gouvernement* como requisito da formação de uma sociedade anónima<sup>70</sup>.

Disponha o art. 21.º do diploma:

*“A l’avenir les sociétés anonymes pourront se former sans l’autorisation du gouvernement. Elles pourront, quel que soit le nombre des associés, être formées par un acte sous seing privé fait en double original. Elles seront soumises aux dispositions des articles 29, 30, 32, 33, 34 et 36 du Code de commerce, et aux dispositions contenues dans le présent titre.”*

O controlo administrativo do governo sobre as sociedades anónimas dava lugar agora à sujeição aos requisitos normalmente fixados pelo legislador.

---

GIROLAMO SCALAMANDRE, *Commentario del Codice Civile Italiano*, I, 2.ª ed., 1881, cit., 89 e ss. Os termos em que as corporações eram legalmente reconhecidas conheceram uma natural evolução e veio a permitir a co-habitação, no regime italiano, do sistema de concessão e do sistema de atribuição normativa. Cfr. ROBERTO DE ROCCO, *Istituzioni di diritto civile*, I, 4.ª ed., 1928 (e tradução portuguesa, *Instituições de Direito Civil*, I, 1934), 412 e ss.

<sup>70</sup> No mesmo ano, com pouco mais de um mês de antecedência, surgia em Portugal a *Lei das Sociedades Anónimas*, de 22-jun.-1867. Não obstante a precedência cronológica, o diploma denota uma clara influência da que viria a ser a *Loi* francesa. Sobre a origem da Lei de 22-jun.-1867, veja-se a introdução de JOÃO TAVARES DE MEDEIROS, *Commentario da Lei das Sociedades Anónimas*, 1886 e DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 474 e ss.

A precedência dogmática (e não cronológica) da lei francesa pode ser comprovada junto da *Proposta de Lei das Sociedades Anónimas*, apresentada à Câmara dos Deputados em 19-jan.-1867 e publicada no *Diário de Lisboa*, de 24-jan.-1867 (n.º 19).

Nos motivos justificativos que acompanham a *Proposta*, a questão do abandono do sistema de concessão vem assinalada nos seguintes termos: “(...) em toda a parte começa a reconhecer-se que a intervenção administrativa na fundação das sociedades anónimas é perigosa e quasi inútil. (...) É portanto justo entregar á iniciativa particular a formação d’estas associações, sem que a sua instituição dependa de aprovação prévia, e sem que os seus estatutos estejam sujeitos a homologação.” (194).

H. o legislador histórico continua: “São os mesmos princípios que em França teve em vista a lei de 23 de maio de 1863, que deu n’aquelle imperio origem ás sociedades de responsabilidade limitada; verdadeiras sociedades anónimas instituidas sem auctorisação prévia do governo. A lei a que nos referimos deixou ainda subsistir as sociedades anónimas dependentes de aprovação prévia, quando o capital social for superior a (...); mas um novo projecto de lei apresentado ao corpo legislativo, e que modifica em alguns pontos a lei de 1863, propõe que todas as sociedades anónimas, qualquer que seja o montante do capital social, se organizem sem homologação administrativa para os seus estatutos, e sem prévia auctorisação do governo.”.

Sob a influência da evolução normativa francesa, a *Novelle* de 1870 introduziu no espaço germânico a mesma inovação e viria a consagrar o *Normativsystem* no Direito alemão<sup>71</sup>.

A abolição do *Konzessionssystem* não foi, contudo, absoluta<sup>72</sup>. O poder estadual continuou a reservar para si a autorização prévia para a constituição de sociedades cujo objeto fosse considerado pelo legislador especialmente relevante, como a construção de caminhos de ferro e o exercício da atividade bancária e seguradora (§ 3, *Satz* 1 da *Novelle* 1870)<sup>73</sup>.

Fora destes casos, porém, a capacidade jurídica passou a adquirir-se no momento em que a lei o determinava, verificadas as condições relativas à ordem interna e à segurança no tráfico e sempre depois de observado um procedimento registral (*Registrierungsverfahren*)<sup>74</sup>.

Também em Itália, o *Codice di Commercio* 1882 viria a acolher o *Normativsystem*: à parte da discussão acerca do sentido de “*enti collettivi*”<sup>75</sup>,

<sup>71</sup> AUGUST ANSCHÜTZ/OTTO VON VOLDERRDORFF, *Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche*, II, 1870, 474 e ss.; HANS FILBINGER, *Die Schranken der Mehrheits Herrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht*, 1942, 17-21 (o autor não analisa diretamente a introdução do *Normativsystem* mas a *Grundkonzeption* do legislador das *Novelle de 1870 e 1884*); WERNER SCHUBERT, “Die Abschaffung des Konzessionssystems durch die Aktienrechtsnovelle von 1870” ZGR 10 (1981) 2, 285-317; JAN LIEDER, “Die I. Aktienrechtsnovelle vom 11. Juni 1870”, *Aktienrecht im Wandel*, 1 (*Entwicklung des Aktienrechts*), 2007, 318-387, 321 e ss. e, do mesmo autor, *Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit*, 2006, 93 e ss.; BERNHARD GROSSFELD, *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär*, 1968, 132 e ss., em especial, 139 e ss. e „Die rechtspolitische Beurteilung der Aktiengesellschaft im 19. Jahrhundert”, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (Helmut Coing / Walter Wilhelm Hrsg.), IV, 1979, 236-254, 237 e ss.

<sup>72</sup> E gerou, aliás, reações associadas fundamentalmente a um possível enfraquecimento da tutela dos credores e a problemas de concorrência. Cfr., com referências, BERNARD GROSSFELD, *Aktiengesellschaft* cit., 143-146 e CURT FISCHER, *Die Unternehmens-Konzentration als Gegenstand wirtschaftsordnender, gesellschaftsrechtlicher und steuerlicher Gesetzgebung*, 1960 *passim*.

<sup>73</sup> Com desenvolvimento, cfr. HUCKE KEYSNER, *Die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien unter dem Reichs-Gesetz vom 11. Juni 1870*, 1873, 76 e ss.; LUDWIG WILHELM AUERBACH, *Das Aktienwesen*, 1873, 1-6 e *passim*; FRIEDRICH ZIMMERMANN, „Das Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11. Juni 1870”, *Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts*, 20 (1871), 406-421 e JAN LIEDER, “Die I. Aktienrechtsnovelle ...” cit., 328-329. Para uma ponderação crítica das alterações, cfr., por exemplo, LEVIN GOLDSCHMIDT, *Die Reform des Aktiengesellschaftsrechts*, 1884.

<sup>74</sup> LIEDER, *Der Aufsichtsrat* cit., 97 e ss. e, do mesmo autor, “Die I. Aktienrechtsnovelle ...” cit., 329 e ss.. Cfr. ainda, com referências, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2002, 4.ª ed. cit., 761.

<sup>75</sup> Com desenvolvimento, cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 414-416.

uma vez aceite a personificação das sociedades comerciais, era comum ver no art. 77.º uma forma de reconhecimento legal (art. 2.º *Codice Civile*) correspondente à consagração de um sistema de atribuição normativa<sup>76</sup>.

III – A evolução observada no âmbito do direito societário alemão viria a ter repercussões no *HGB*. Com efeito – como decorre desde logo dos §§ 21 e 22 – aí se encontram presentes quer o sistema de concessão, quer o sistema de atribuição normativa, consoante a natureza da *rechtsfähige Verein*. A novidade, porém, reside na admissibilidade do *Normativsystem* no âmbito do Direito comum, tendo em conta a tradição oitocentista<sup>77</sup>.

A evolução trazida pelo *BGB* viria a comunicar-se aos códigos da segunda geração. Veja-se, por exemplo, o art. 52.º do *ZGB* que associa a aquisição de personalidade jurídica ao registo. O Código Civil helénico, menos incisivo no seu art. 61.º, refere-se a um reconhecimento legal das pessoas morais.

A exceção mais notória diz respeito ao *Codice Civile* 1942: o legislador italiano assumiu como padrão normativo o *Konzessionssystem* (art. 12.º)<sup>78</sup>. Em causa não estava, porém, uma evolução juscientífica autónoma, mas sim a concretização de um ideário político, localizado no tempo.

Não obstante, o sistema de aquisição normativa foi expressamente consagrado no âmbito das sociedades de capitais<sup>79</sup> – anónimas (arts. 2325.º e ss.) e de responsabilidade limitada (arts. 2472.º e ss.) – em relação às quais o *Codice* prevê a atribuição de personalidade jurídica como um efeito do registo da sociedade (art. 2331.º)<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Neste sentido, ROBERTO DE RUGGIERO, *Istituzioni*, I, 4.ª ed. cit., 1928, 413

<sup>77</sup> Sobre a discussão em torno do modo de reconhecimento das pessoas coletivas na preparação do *BGB*, cfr., com referências, FRED G. BÄR, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, I, cit., §§ 21-79, 22 e ss.

<sup>78</sup> O art. 12.º do *Codice Civile* viria a ser revogado pelo Decreto del Presidente della Repubblica de 11-fev.-2000, n. 361 (publicado na *Gazzetta Ufficiale* n.º 286, 07-dez.-2000). O Decreto de fevereiro de 2000 veio consagrar um regime de simplificação do procedimento de reconhecimento de pessoas jurídicas. Salvo exceções pontuais, “*le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato – outora previstos no art. 12.º Codice – acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento determinato dall’iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso le prefetture*” (art. 1.º).

<sup>79</sup> A elaboração do *Codice Civile* 1942 foi acompanhada da consagração do “*numo principio*” segundo o qual apenas às sociedades de capitais deveria ser atribuída personalidade jurídica. Cfr. GIOVANNI BRUNELLI, *Comento al nuovo codice civile italiano (Il libro del lavoro)*, 1943, 311-312. Cfr., igualmente, ENRICO SORRANA, *Il libro del lavoro del nuovo codice civile (lineamenti e motivi)*, 1942, 195 e ss.

<sup>80</sup> Em comentário às disposições normativas, cfr. GIOVANNI BRUNELLI, *Comento al nuovo codice cit.*, 422 e ss. 409 e ss.

IV – A evolução de um *Konzessionssystem* para um *Normativsystem* tem consequências no modo como se concebe a teleologia da pessoa coletiva<sup>41</sup>. No sistema de concessão, o controlo sobre o fim do ente personificado é direto e individualizado, surgindo a atribuição de capacidade como um privilégio.

Contrariamente, num *Normativsystem*, existe um enquadramento legal geral e abstrato tendencialmente aplicável a todos aqueles que, no respeito por tal enquadramento, desejem aceder a uma forma personificada de atividade jurídica. O controlo do fim, a existir, só pode ser legal-tipológico. Por esta razão, autores como LIEDER referem a presença, no *Normativsystem*, de uma verdadeira pretensão (*Rechtsanspruch*) relativamente à personificação<sup>42</sup>, o que atenua o carácter de privilégio, subjacente à atribuição de capacidade jurídica no sistema de concessão.

## 2.2. A decisão do BGH de 29 de janeiro de 2001 e a reordenação conceptual de BEUTHIEN

I – A presença de um sistema de concessão e/ou de atribuição normativa de capacidade jurídica domina os códigos da segunda geração, como vimos, e marca definitivamente o entendimento da personificação ao longo do séc. XX.

O cenário viria contudo a sofrer uma significativa modificação durante a primeira década do séc. XXI, em especial na Alemanha. Aí se observou uma assinalável evolução no Direito das corporações cuja sedimentação, não obstante as críticas, tem levado a uma profunda revisão conceptual e dogmática da personalidade, da capacidade e da própria noção de pessoa coletiva e de subjetividade jurídica.

Como marco simbólico do aperfeiçoamento jurídico (*Rechtsfortbildung*) que ora nos ocupa pode ser indicada a decisão do BGH de 29 de janeiro de 2001<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Com desenvolvimento e abundantes referências, relacionando esta matéria com a doutrina *ultra vires* e o princípio da especialidade, veja-se entre nós JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas — Vinculação : objecto social e representação plural*, 2000, cit., 123 e ss.

<sup>42</sup> JAN LIEDER, “Die 1. Aktienrechtsnovelle ...” cit., 330, referindo-se às sociedades anónimas.

<sup>43</sup> O caso de que se ocupa a decisão do BGH de 29 de janeiro de 2001 não é complexo. Certa *GbR* desenvolveu um projeto imobiliário denominado “Cavalo Branco” (*Weißer Ross*) no âmbito do qual foram contraídas determinadas obrigações. Para obter a tutela dos interesses em causa, foi movida uma ação, no *Landgericht de Ansbach*, contra quatro réus: (i) a própria *GbR*; (ii) as duas sócias da sociedade (ambas *GmbH*); e (iii) um arquiteto com intervenção no processo.

As suas repercussões na doutrina e jurisprudência são assinaláveis e não podem deixar de contaminar as construções jurídicas continentais.

II – Volvida já mais de uma década, as primeiras consequências da nova orientação jurisprudencial podem localizar-se, desde logo, a *nível conceptual*.

Com efeito, tal nova orientação surge num contexto de confusão terminológica, facilitada pela introdução de novos conceitos com uso distinto do tradicional<sup>84</sup>. Tal é o caso, como vimos, do conceito de *Teilrechtsfähigkeit*, que aplicado às *OHG* e às *KG*, preconizou uma aproximação ao próprio conceito de *juristische Person*<sup>85</sup>.

Em primeira instância, o *Landgericht* entendeu que os Réus eram solidariamente responsáveis pelas obrigações em causa. Em recurso, porém, a segunda instância – o *OLG* de Nuremberga – veio a modificar a sentença recorrida. Entendeu-se, então, que a *GbR* não tinha capacidade judiciária, razão pela qual não podia ser ré no processo. Mas se rejeitou a responsabilidade do arquiteto por não se encontrarem preenchidos os pressupostos da responsabilidade.

O processo subiu ao *BGH* que preferiu decisão em 29 de janeiro de 2001, com o seguinte sumário: “a) A (*Außen*) *GbR* tem capacidade jurídica, na medida em que titula os seus próprios direitos e obrigações. b) Neste contexto, ela goza também de capacidade judiciária ativa e passiva. c) A responsabilidade pessoal dos sócios pelas dívidas da sociedade corresponde à existente entre o passivo da sociedade e responsabilidade do sócio na *OHG* (assessoriedade).” – *BGH, Urteil v. 29.01.2001 – II ZR 331/00, NJW* 54 (2001), 14, 1056-1061. Onde se lê «*derjenigen*» leia-se «*demjenigen*».

Ficava assim reconhecida a capacidade jurídica das *GbR*, para além de se precisar qual a responsabilidade dos sócios.

Louvado ou criticado, a decisão consubstanciou um marco importante na jurisprudência alemã. Muitos apelidaram-na de decisão fundamental (*Grundlagenurteil*), com uma dimensão histórica (*Urteil mit historischer Dimension*) e até mesmo de decisão do século (*Jahrhundert Entscheidung*) que estava na origem dos novos fundamentos do Direito das corporações. Com referências, KARSTEN SCHMIDT, “Die *HGB-Gesellschaft*: rechts- und parteifähig”, *NJW* 54 (2001) 14, 993-1003 e MICHAEL TIMME/FABIAN HÜLK, “Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – *BGH, NJW* 2001, 1056”, *MZ* (2001), 6, 536-539.

Algo era certo: a decisão de 29 de janeiro de 2001 punha fim a uma orientação jurisprudencial de mais de trinta anos, abrindo fronteiras a novas dimensões heurísticas e exigindo uma importante reflexão dogmática.

Os novos estudos motivados pela decisão sucederam-se quase ininterruptamente. Com abundantes referências quanto aos primeiros estudos suscitados pela decisão do *BGH*, cfr. MARKUS K. WEISS, *Rechtsfähigkeit, Parteifähigkeit und Haftungsordnung der *BGB-Gesellschaft* nach dem Grundlagenurteil des Bundesorgans vom 29.01.2001*, 2005 cit., 90 (15 e 16).

<sup>84</sup> Com desenvolvimento e referências, VOLKER BRÜHNEN, “Zur Begriffsverwirrung im Deutschen Gesellschaftsrecht”, *JZ* (2003) 14, cit., 715 e ss.

<sup>85</sup> E colocou em questão o próprio sentido útil da distinção entre sociedade de pessoas ou de capitais, cujo alcance prático e dogmático, na Alemanha, é radicalmente distinto do nacional. Cfr. VOLKER BRÜHNEN, “Zur Begriffsverwirrung.” cit., 715

Mas a confusão terminológica é todavia maior. Os conceitos de *Rechtssubjektivität* e *Rechtspersönlichkeit* apresentam-se igualmente irreconhecíveis. A decisão de 29 de janeiro de 2001 atribuiu à *GbR* uma capacidade jurídica autónoma sem no entanto recorrer à personificação.

Quanto a este aspeto, a decisão é clara:

*“De acordo com a recente jurisprudência do BGH, a GbR, enquanto comunidade em mão comum dos seus sócios no comércio jurídico, pode ser titular de qualquer posição jurídica, salvo disposição em contrário (BGHZ 116, 86, 88; 136, 254, 257; no mesmo sentido já BGHZ 79, 374, 378 e ss.). Deste modo, dá corpo à titularidade de direitos e obrigações autónomas, é juridicamente capaz (sem ser pessoa jurídica) (cfr. § 14 Abs. 2 BGB).”<sup>86</sup>.*

Parecia forçoso reconhecer, portanto, a existência de uma subjetividade jurídica, dotada de capacidade, mas sem personalidade jurídica, porquanto distinta da *juristische Person*.

III – Ante a difusão de uma nova terminologia (com o perigo de uma recriação dogmática meramente linguística) e a presença de uma generalizada confusão conceptual, BEUTHIEN veio propor, em 2003, uma reordenação dos principais conceitos em jogo<sup>87</sup>.

Para o autor, o termo *pessoa (Person)*, em Direito privado, apenas designa as pessoas físicas ou jurídicas. Todas as associações que não são *legalmente* reconhecidas como titulares de direitos e obrigações não são pessoas. O mesmo é válido quanto às associações e sociedades não registadas.

O conceito *sujeito de direito (Rechtssubjekt)* corresponde a uma latinização do termo *Person*. Os conceitos são, contudo, sinónimos: só as *pessoas* (físicas e jurídicas) podem ser *sujeitos de direito*<sup>88</sup>.

Mais interessante, porém, é o entendimento de BEUTHIEN acerca da noção de *subjetividade jurídica (Rechtssubjektivität)*. Para o autor, o conceito surge associado à qualidade de ser sujeito. Porém, enquanto tal, *Rechtssubjektivität* expressa uma aptidão individual ou capacidade no comércio jurídico. *I. e.*: a *subjetividade jurídica* surge como uma variação terminológica do conceito

<sup>86</sup> Urteil v. 29.01.2001 – II ZR 331/00 (Nürnberg) NJW 54 (2001) 14, 1056-1061 (disponível <http://juris.bundesgerichtshof.de>).

<sup>87</sup> VOLKER BEUTHIEN, “Zur Begriffsverwirrung ...” cit., 717-722.

<sup>88</sup> O mesmo vale para *Rechtsträger*. Cfr. VOLKER BEUTHIEN, “Zur Begriffsverwirrung ...” cit., 718

capacidade jurídica (e não de personalidade, como a sua derivação de *Rechtssubjekt* faria esperar)<sup>89</sup>. A qualidade de ser sujeito (*Rechtssubjektivität*) identifica-se, portanto, com a capacidade jurídica, o que se compreende se tivermos em conta que, para o autor, *Rechtsfähigkeit* é um conceito *qualitativo* e não *quantitativo*<sup>90</sup>. Enquanto *qualidade*, *Rechtsfähigkeit* é capaz de expressar a virtuosidade de ser sujeito, logo, a *Rechtssubjektivität*<sup>91</sup>.

No sentido de *Rechtsfähigkeit* é ainda utilizada a expressão *eigenen Rechtszuständigkeit*, associada a *Rechtssubjektivität*<sup>92</sup>. Em causa está, uma vez mais, uma variação terminológica para capacidade jurídica.

IV – Especial atenção merece ainda o entendimento de BEUTHIEN acerca do conceito *Rechtspersönlichkeit*. Para o autor, a personalidade jurídica, quando aplicada às corporações, não traduz qualquer dimensão valorativa (como sucede com as pessoas físicas), antes se destina apenas a afirmar a presença de capacidade jurídica e, logo, de *Rechtssubjektivität* (no sentido já apontado).

A personalidade jurídica das pessoas coletivas confunde-se portanto com a noção de capacidade, não gozando de verdadeira autonomia conceptual<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> VOLKER BEUTHIEN, "Zur Begriffsverwirrung ..." cit., 718. O conceito não comporta qualquer possibilidade de gradação, do mesmo modo que a capacidade não pode ser entendida em sentido parcial ou relativo. A identificação entre capacidade jurídica e *Rechtssubjektivität* é comum a outros autores. Cfr., por exemplo, PETER ULMER, "Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?", *AcP* 198 (1998), 113-151, 119.

<sup>90</sup> "O conceito de *Rechtsfähigkeit* – afirma VOLKER BEUTHIEN – deve ser entendido como *qualitativo* e não *quantitativo*". Esta nota surge na exposição do autor como uma justificação da rejeição da *Teilrechtsfähigkeit*. Cfr. VOLKER BEUTHIEN, "Zur Begriffsverwirrung ..." cit., 718 (35).

<sup>91</sup> Num outro estudo de 2005, "Zur Grundlagenungewissheit des deutschen Gesellschaftsrechts", *NJW* 58 (2005) 13, 855-859, o autor parece alterar um pouco os termos do raciocínio, ao evidenciar um confusão conceptual (*Begriffswirrwarr*) entre os termos *subjetividade jurídica* e *personalidade jurídica*:

"Subjetividade jurídica (*Rechtssubjektivität*) e personalidade jurídica (*Rechtspersönlichkeit*). Eis a confusão conceptual. O que é característico da pessoa coletiva é a própria personalidade jurídica. Pergunta-se, portanto, em que consiste a subjetividade jurídica e a personalidade jurídica. Ora, os conceitos «*Rechtsperson*» e «*Rechtspersönlichkeit*» e, do mesmo modo, «*Rechtssubjekt*» e «*Rechtssubjektivität*» estão envolvidos num nóvelo conceptual, isto porque *Rechtssubjekt* é apenas uma expressão latina para *Rechtsperson*, a *Personengesellschaft* juridicamente capaz não deve ser pessoa coletiva, mas a subjetividade jurídica apenas pode dizer respeito a um sujeito." (856).

<sup>92</sup> Assim, por exemplo, WERNER FLUME, "Gesellschaft und Gesamthand", *ZHR* 136 (1972) cit., 177-207.

<sup>93</sup> "Ter personalidade jurídica não significa outra coisa que ser pessoa, titular de direitos e obrigações. A personalidade jurídica da pessoa coletiva confunde-se portanto com a capacidade.". Cfr. VOLKER BEUTHIEN, "Zur Begriffsverwirrung ..." cit., 718.

V O autor introduz ainda o conceito de *capacidade jurídica coletiva* (*Gesamtrechtsfähigkeit*), aplicado às *GbR*. A *Gesamtrechtsfähigkeit* corresponde, na formulação de BEUTHIEN, à capacidade jurídica dos membros de uma coletividade que, mediante uma estrutura organizativa, a exercem a modo coletivo ou em mão comum.

Uma *GbR* não seria assim individualmente capaz, mas apenas “coletivamente capaz a partir da participação em mão comum das capacidades jurídicas dos seus sócios”<sup>94</sup>.

O escopo fundamental de BEUTHIEN é justificar como é que, sendo juridicamente capaz, uma *GbR* não deve ser qualificada como *juristische Person*. Com efeito – afirma –, “não há capacidade jurídica sem pessoa”<sup>95</sup>. Porém, se a capacidade jurídica reconhecida à *GbR* for, afinal, *Gesamtrechtsfähigkeit*, o sujeito da capacidade são os sócios, que a titulam a modo coletivo.

Acompanha-se, deste modo, a evolução jurisprudencial, sem ceder na personificação das sociedades civis (o que, aliás, não fez a decisão do *BHG*)<sup>96</sup>.

### 2.3. KARSTEN SCHMIDT e o novo paradigma dogmático: *System der freien Körperschaftsbildung*

I – A existência de uma acentuada variação conceptual e a desarticulação entre a conceção tradicional *de lege lata* e as novas soluções jurisprudenciais originadas no processo interpretativo-aplicativo, estão na origem de um ambiente especialmente propício ao desenvolvimento dogmático do sistema que o Direito constituído não deseja, nem pode, impedir.

A um esforço de clarificação conceptual cumpria somar, portanto, a tarefa de elaboração dogmática do novo quadro sistemático emergente e que a própria confusão terminológica permitia revelar.

<sup>94</sup> VOLKER BEUTHIEN, “Zur Begriffsverwirrung ...” cit., 721.

<sup>95</sup> VOLKER BEUTHIEN, “Zur Begriffsverwirrung ...” cit., 721.

<sup>96</sup> Ein crítica, veja-se MATTHIAS LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit” *AcP* 207 (2007) cit., 239 e ss. Segundo o autor, o conceito *Gesamtrechtsfähigkeit* é enganador. Há uma questão que deve ser enfrentada: a atribuição subjetiva de direitos e obrigações é à *GbR* ou aos seus sócios? Ser coletivamente capaz é nada. Se são os sócios, afinal, os verdadeiros titulares da capacidade (ainda que a exerçam em modo coletivo), então a *GbR* não é, ela própria, o sujeito de imputação da atividade jurídica.

II – Um esforço de síntese da tal reelaboração dogmática, sem que ao autor exclusivamente se deva, pode ser encontrado em KARSTEN SCHMIDT e passa pelos seguintes vetores, naturalmente interdependentes:

- (i) a formação de um *sistema de livre constituição de corporações*; e
- (ii) o reconhecimento de *todas as corporações como juridicamente capazes*;

A desconfiança quanto à imputação de direitos e obrigações a realidades distintas da pessoa singular – que subjaz ao sistema *reconhecimento e de concessão* – é fundamentalmente um problema oitocentista. A evolução interna da ordem jurídica conduziu ao reconhecimento de capacidade sem a observância do registo nem de qualquer processo de aprovação.

Os sistemas de constituição de pessoas coletivas, herdados do séc. XIX e perpetuados no séc. XX, tendem hoje a dar lugar a um *sistema de livre constituição (System der freien Körperschaftsbildung)*<sup>97</sup>: o reconhecimento de capacidade jurídica sem observância de uma especial instância de controlo.

III - Um tal *sistema livre* de constituição de pessoas coletivas obriga a reequacionar, naturalmente, os termos em que a ordem jurídica opera a tutela da segurança no comércio jurídico.

À luz da tradição oitocentista, tal desiderato obtinha-se pelo controlo da atribuição de capacidade mediante uma apreciação (casuística ou abstrata) dos fins do ente em causa.

Esta opção – sobretudo formal – deve entender-se hoje abandonada. Segundo o autor, o não reconhecimento de sujeitos jurídicos não deve ser mais apontado como modo de tutela.

Em substituição de tal mecanismo de proteção, KARSTEN SCHMIDT aponta duas novas direções:

<sup>97</sup> KARSTEN SCHMIDT, "Grundlagenunwissenheit der Gesetzgebung oder der Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht? – Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit als Beispiele", *Von der Sache zum Recht (FS Volker Beuthien 75. Geburtstag)*, 2009, 218-219. A referência a um sistema de livre constituição vai penetrando com maior intensidade nas obras gerais. Neste sentido, cfr. OTTMAR JAUERNIG, *Jauernig BGB Kommentar*, 14.ª ed., 2011, Titl 2, 6-9; JÜRGEN F. I. ENFRIGER, *Palandt BGB*, 71.ª ed., 2012, cit., Einf v § 21, 5. Rejeitando a figura, veja-se HANNS PRÜTTING/GERHARD WEGEN/GERD WEINREICH, *BGB Kommentar*, 7.ª ed., 2012, Vor §§ 21 ff., 1.; e HARM PETER WESTERMANN, *Erman BGB*, 13.ª ed., 2011, Vor § 21, 2.

- (i) a transparência na atribuição de direitos e obrigações; e
- (ii) a estipulação de medidas de proteção de credores em cada hipótese de limitação da responsabilidade<sup>98</sup>.

V – A construção de KARSTEN SCHMIDT e a identificação de um novo paradigma de atribuição de capacidade jurídica – o *System der freien Körperschaftsbildung* – acarreta, igualmente, uma nova compreensão acerca do papel do registo no contexto dos sistemas de atribuição normativa.

Com efeito, se o desenvolvimento interno da ordem jurídica conduz ao reconhecimento de capacidade a corporações não registadas, então, ao registo não mais se poderá reconhecer o efeito constitutivo da subjetividade jurídica mas antes a atribuição do privilégio da *limitação de responsabilidade*.

Retenha-se o que afirma o autor:

*"Entretanto, o registo, de um instrumento para a obtenção de capacidade jurídica, torna-se cada vez mais um meio para a limitação da responsabilidade. A negação da capacidade jurídica não é mais o preço para a falta de aprovação estadual; a consequência para a falta do registo ou da concessão reside agora apenas na responsabilidade pessoal de todos os fundadores. As associações registadas ou reconhecidas são «privilegiadas», como se dizia no séc. XIX, não mais no sentido de «capacidade jurídica» mas sim no sentido de «limitação da responsabilidade»."*<sup>99</sup>.

O desenvolvimento dogmático apontado permite, portanto, não só o reconhecimento de corporações com capacidade jurídica não registadas ou reconhecidas como, do mesmo modo, dissocia a limitação da responsabilidade da capacidade: à *Rechtsfähigkeit* não é necessária *Haftungsbeschränkung*.

<sup>98</sup> KARSTEN SCHMIDT, "Grundlagenungewissheit der Gesetzgebung ..." cit., 219.

<sup>99</sup> KARSTEN SCHMIDT, "Grundlagenungewissheit der Gesetzgebung ..." cit., 219.

### 3. OS EFEITOS DO RECONHECIMENTO NA LEI QUADRO DAS FUNDAÇÕES

#### 3.1. Sequência

I - Na posse destes desenvolvidos elementos dogmáticos, volvamos agora ao regime português das fundações. Na versão original do Código Civil 1966, vigorava o sistema de concessão para associações e fundações<sup>100</sup>:

#### Artigo 158.º

(Aquisição da personalidade)

1. As associações e fundações adquirem personalidade jurídica pelo reconhecimento, salvo disposição especial da lei.
2. O reconhecimento é individual e da competência do Governo, ou do seu representante no distrito quando a actividade da associação ou fundação deva confinar-se na área dessa circunscrição territorial.

As exceções reconhecidas ao sistema de aquisição normativa estavam associadas às sociedades comerciais (incluindo cooperativas), que adquiriam capacidade nos termos previstos no Código VEIGA BEIRÃO<sup>101</sup>.

II – A nova ordem constitucional, ditada pela Constituição de 1976, tomara-se francamente avessa a qualquer controlo governamental das associações. O desconforto suscitado pelo ainda recente Decreto-Lei n.º 520/71, de 14 de novembro – que tinha vindo reforçar o sistema de concessão, sujeitando a constituição de cooperativas que não tivessem por fim uma atividade económica lucrativa ao regime das associações – reforçava, aliás, a necessidade de que o princípio constitucional de liberdade de associação fosse acompanhado da abolição do reconhecimento, pelo Governo, das associações privadas.

Neste contexto, surge a nova redação do art. 158.º, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro:

<sup>100</sup> Sobre a origem do preceito, cfr. JOSÉ SÉRVULO CORREIA / RUI MEDEIROS, “Restrições ao poder do governo em matéria de reconhecimento e de alterações dos estatutos das fundações de direito privado” cit., 351 e ss. Mantém-se incontornável o estudo de MARCELLO CAETANO, *Das fundações: Subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, 1961, 49 e ss.

<sup>101</sup> Com desenvolvimento, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 594 e ss.

**Artigo 158.º**  
(Aquisição da personalidade)

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

Perpetuava-se o sistema de concessão para as fundações: a liberdade de associação não estava associada a qualquer *liberdade de fundação*<sup>102</sup>.

III – A redação do art. 158.º foi ainda alterada Lei n.º 40/2007, de 24 de agosto, quanto à forma exigida para a constituição de associações, sem que fosse modificada a exigência de reconhecimento para a constituição de fundações.

Também o art. 6.º da *Lei Quadro das Fundações*<sup>103</sup> manteve o sistema de reconhecimento:

**Artigo 6.º**  
(Aquisição da personalidade jurídica)

1. As fundações adquirem personalidade jurídica pelo reconhecimento.
2. Sem prejuízo das competências das regiões autónomas nos termos do disposto nos respetivos estatutos político-administrativos, o reconhecimento das fundações privadas é individual e compete ao Primeiro-Ministro, com a faculdade de delegação.
3. O reconhecimento das fundações públicas resulta diretamente do ato da sua criação.

<sup>102</sup> Pese embora poder sustentar-se a existência de um *direito fundamental de fundação*. Neste sentido, com referências, DOMINGOS SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público* cit., 734 e ss., em especial, 745 e ss.

<sup>103</sup> Para um enquadramento geral da *Lei Quadro*, veja-se DOMINGOS SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público* cit., 227 e ss. Veja-se ainda, em escrito anterior, “Empresa e fundações: uma união mais forte?”, *RLS IV* (2012), 805-825, sobre a tipologia legal das fundações (806 e ss.).

Veja-se, ainda, com interesse para uma *europaização* do instituto fundacional, EMILIO RUI VILAR / RUI HERMENEGILDO GONÇALVES, “Fundações e Direito da União Europeia – Perspectivas de evolução”, *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, II, 2008, 151-183 e RUI CHANCERELLE DE MACHETE / HENRIQUE SOUSA ANTONES, “A fundação europeia”, *Liber amicorum em homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*, 2013, 859-871.

A capacidade jurídica das fundações surge, assim, como um privilégio do Estado. Há, aliás, uma desconfiança latente no regime da *Lei Quadro* quanto à bondade do fenómeno fundacional<sup>104</sup>.

IV – Para o que ora nos ocupa, o art. 6.º deve ser articulado com outros dois preceitos. São eles: o art. 20.º (*reconhecimento*) e o art. 7.º (*defesa do instituto fundacional*), em particular o seu n.º 5:

Artigo 20.º  
(Reconhecimento)

1. Sem prejuízo das competências das regiões autónomas nos termos do disposto nos respectivos estatutos político-administrativos, o reconhecimento de fundações privadas é da competência do Primeiro-Ministro, com a faculdade de delegação, e observa o procedimento estabelecido nos artigos seguintes.

2. O reconhecimento de fundações importa a aquisição dos bens e direitos que o ato de instituição lhes atribui.

3. Instituída a fundação e até à data do seu reconhecimento, o instituidor, os seus herdeiros, os executores testamentários ou os administradores designados no ato de instituição têm legitimidade para praticar atos de administração ordinária relativamente aos bens e direitos afetos à fundação, desde que tais atos sejam indispensáveis para a sua conservação.

4. Até ao reconhecimento, o instituidor, os seus herdeiros, os executores testamentários ou os administradores designados no ato de instituição respondem pessoal e solidariamente pelos atos praticados em nome da fundação.

Artigo 7.º  
(Defesa do instituto fundacional)

1. As fundações devem aprovar e publicar códigos de conduta que autorregulem boas práticas, nomeadamente sobre a participação dos destinatários da sua atividade na vida da fundação, a transparência das suas contas, os conflitos de interesse, as incompatibilidades e a limitação, no caso das fundações públicas ou públicas de direito privado, ao número de mandatos dos seus órgãos, devendo ainda prever, de entre outras matérias relevantes em função da atividade desenvolvida pela fundação, as consequências decorrentes do incumprimento das disposições aí previstas.

<sup>104</sup> O que não é novo. Veja-se, com especial interesse, sobre a legitimidade do fenómeno fundacional, EMÍLIO RUI VILAR, "Fundações – Legitimidade, responsabilidade e (auto-)regulação", *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, II, 2007, 535-550 e EMÍLIO RUI VILAR / RUI HERMENEGILDO GONÇALVES, "A legitimidade das fundações filantrópicas", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, I, 2012, 735-752.

2. É condição essencial do reconhecimento de qualquer fundação que a disposição de bens ou valores a favor do seu património não seja um ato praticado em prejuízo dos credores.

3. Previamente ao reconhecimento, os instituidores, os seus herdeiros ou os executores testamentários ou os administradores designados no ato de instituição declaram, em documento próprio e sob compromisso de honra, que não existem dúvidas ou litígios sobre os bens afetos à fundação.

4. A existência de dúvidas ou litígios, ainda que potenciais, sobre os bens afetos à fundação faz incorrer os seus autores em responsabilidade criminal por falsas declarações e determina a revogação imediata do ato de reconhecimento.

5. Em caso de impugnação pauliana, o reconhecimento e todos os seus efeitos suspendem-se até ao termo do respetivo processo judicial.

6. O reconhecimento é nulo, caso a impugnação pauliana seja julgada procedente por sentença transitada em julgado.

A nossa atenção ir-se-á agora centrar nos efeitos do reconhecimento previstos nestes últimos artigos. Como veremos, são eles indiciadores de um novo paradigma de constituição de fundações (privadas).

### 3.2. A administração ordinária do património da fundação não reconhecida

I – Nos termos do n.º 2 do art. 20.º, o reconhecimento das fundações importa a “*aquisição dos bens e direitos que o ato de instituição lhes atribuir*”. Este mesmo efeito surge, hoje, previsto no art. 188.º/2 CC, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 24/2012.

II – O facto de a *Lei Quadro* fazer depender o efeito aquisitivo da dotação inicial da fundação do reconhecimento, coloca, necessariamente, a questão de saber qual a titularidade da *universitas rerum* afeta ao fim fundacional e qual o regime da sua administração, no período que medeia a instituição e o reconhecimento.

A esta última questão responde o n.º 3 do mesmo preceito, ao estabelecer um específico regime de administração dos bens que integram a dotação inicial. Em concreto, em relação a tais bens (i) apenas é possível praticar atos de *administração ordinária* e (ii) desde que *indispensáveis à sua conservação*.

O mesmo número estabelece ainda quem tem legitimidade para a prática de tais atos: o instituidor, seus herdeiros, os executores testamentários ou os administradores da fundação designados no ato de instituição.

III – A legitimidade prevista no art. 20.º/3 não é cumulativa. Existindo uma administração designada no ato de instituição (como será a regra), são apenas os

administradores quem tem legitimidade para a prática dos atos de administração ordinária. Na falta de administração designada, caberá então aferir a legitimidade à luz da natureza do ato de instituição.

A *alternatividade* resulta, desde logo, do uso da conjunção disjuntiva “ou” e surge reforçada pelo regime de responsabilidade pessoal e solidária estatuído no n.º 4, que não se coaduna com uma pluralidade concorrencial de sujeitos legitimados para a prática de tais atos.

IV – O facto da *Lei Quadro* desenhar um concreto regime de administração do património inicial da fundação merece ser sublinhado.

Com efeito, a noção de administração conhece, em Direito, três acepções fundamentais: (i) administração como *órgão* de uma pessoa coletiva ou de uma estrutura organizativa não personificada; (ii) como *atividade* (atos ou conjunto de atos); e (iii) como *qualidade*, sempre que qualifique certos bens ou indique o *status* de administrador.

O conceito de *administração ordinária* – a que se refere o art. 20.º/3 – reporta-se a administração como *atividade*. Enquanto tal, podemos assinalar uma *dimensão material* e uma *dimensão funcional* na administração.

Materialmente, a administrar corresponde (i) à realização de atos materiais ou jurídicos relativos a bens ou patrimónios (ii) sujeitos a alguma forma de *alienidade*<sup>105</sup>. Mercê de tal alienidade, a administração surge como atividade funcionalmente dirigida à promoção do interesse alheio.

É uma *immissio in alienum e ad alienum*.

V – Somos, assim, recolocados diante da primeira questão formulada: qual a titularidade da *universitas rerum* afeta ao fim fundacional ou a que *estrutura de alienidade* se imputam as situações jurídicas que integram a dotação inicial?

Note-se que mesmo quando praticada pelo instituidor, os bens em causa estão dotados de uma estrutura de alienidade (que implica uma diversa estrutura de imputação), sob pena de não ser possível falar em administração em sentido técnico-jurídico.

<sup>105</sup> Com desenvolvimento, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 813 e ss.

Ora, tal *estrutura de alienidade* é normalmente conferida mediante duas técnicas jurídicas: a personificação ou a criação de alguma forma de comunhão não personificada.

VI – Conhecendo a natureza das fundações (como realidades em vias de personificação), cabe perguntar: *já antes do reconhecimento, existirão situações jurídicas imputadas à fundação?* A resposta é necessariamente positiva, e muito semelhante àquela que se dá quanto à *imputação concreta* de situações jurídicas às sociedades irregulares<sup>116</sup>.

Com efeito, nada impede – e a experiência confirma-o – que entre o ato de instituição e o reconhecimento, as fundações possam, por exemplo, receber donativos, celebrar negócios jurídicos relativos à sua instalação, contrair obrigações, etc. Também nada parece impedir que iniciem a sua atividade (sobretudo se tal não implicar a realização de atos de administração extraordinária ou que comprometam a conservação do seu patrimônio), remunerem os seus administradores e pratiquem atos de análoga natureza.

Mais: a administração do patrimônio fundacional é feita, antes do reconhecimento, “*em nome da fundação*” (art. 20.º/4), o que pressupõe que os atos de administração ordinária que a *Lei Quadro* prevê sejam – nos termos da mesma lei – atos imputados à fundação não reconhecida.

VII – Temos, portanto, que a *estrutura de alienidade* a que há pouco aludíamos, é conferida pela própria fundação.

Existem, com efeito, múltiplas situações de imputação concreta de posições jurídicas à fundação não reconhecida, tal qual as há quanto à sociedade não registada o que, como veremos, tem consequências quanto à natureza jurídica do reconhecimento, no quadro dogmático da personificação das fundações.

### 3.3. A aquisição de bens e direitos pela fundação

1 – Tendo em conta o que fica dito, estamos agora em condições de ponderar o que significa, de facto, a aquisição de bens e direitos pela fundação, por efeito do reconhecimento.

<sup>116</sup> Com desenvolvimento, DIDRIG COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, cit., 604 e ss.

Se bem atendermos, a questão é semelhante à *assunção*, por efeito do registo, dos direitos e obrigações decorrentes de negócios anteriores, celebrados em nome da sociedade (art. 19.º CSC). Cabe aqui igual ponderação da *tese da identidade* (*Identitätsthese*) e do *princípio da continuidade* (*Prinzip der Kontinuität*).

E, tal como quanto às sociedades irregulares, no que consistir, do ponto de vista técnico-jurídico, a aquisição de bens e direitos pela fundação, prevista nos arts. 20.º/2 Lei Quadro e 188.º/2 CC, reside afinal a *quidditas* do seu reconhecimento.

II Por *aquisição* de bens e direitos entende-se, no Direito comum, o *efeito translativo* de certa situação ou posição jurídica que assim transita de uma esfera jurídica para outra, passando a produzir efeitos em relação a outro ou outros sujeitos de direito<sup>107</sup>.

Ora, havendo imputação jurídica à fundação não reconhecida – como julgamos suficientemente indiciado – esta acepção de aquisição, enquanto efeito translativo, não pode ser acolhida sem reservas.

Com efeito, a sê-lo, ou não existiria imputação à fundação não reconhecida – o que parece não ser o caso –, ou o reconhecimento importaria um efeito extintivo/criativo de subjetividades jurídicas, extinguindo um centro de imputação (a fundação não reconhecida) e constituindo outro (a fundação, *propter dicta*), para o qual se transmitiam as situações jurídicas que integram a dotação inicial.

III – No âmbito do Direito societário, o enquadramento problemático ora enunciado tem encontrado resposta na ponderação da *tese da identidade* (*Identitätsthese*) e do *princípio da continuidade* (*Prinzip der Kontinuität*)<sup>108</sup>.

Segundo a *tese da identidade*, a sociedade irregular e a sociedade registada são uma só e a mesma realidade jurídica tal qual o é a «*crisálida e a borboleta*»<sup>109</sup>. Associar ao registo um *efeito assumptivo* de direitos e obrigações, em sentido técnico-jurídico, resulta portanto numa incorreta construção dogmática.

<sup>107</sup> Sobre a transmissibilidade de situações jurídicas, em geral, cfr., com referências, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II (Direito das Obrigações)*, IV, 2010, 207 e ss.

<sup>108</sup> Com desenvolvimento, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 619 e ss.

<sup>109</sup> Com desenvolvimento, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 577 e ss.

O mesmo pode ser afirmado quanto às fundações, antes e após o reconhecimento: são um único e mesmo centro de imputação. A aquisição não pode, portanto, ser entendida como efeito translativo.

IV – Reportando este entendimento por correto, em que consiste, então, a aquisição de bens e direitos pela fundação?

O que a fundação adquire não é a titularidade das situações jurídicas em causa. Essas, como vimos, já lhe são imputáveis. O que adquire é, outrossim, a possibilidade de exercer em *plenitude* o conteúdo de tais situações jurídicas.

O patrimônio fundacional que, até ao reconhecimento, estava sujeito a uma mera administração ordinária, pode agora ser administrado quanto a todos os poderes e faculdades que as situações jurídicas que o titulam integram.

A aquisição de bens e direitos não está associada, portanto, a um problema de imputação, mas antes à delimitação dos poderes de administração/disposição quanto aos bens e direitos em causa.

### 3.4. O efeito liberatório do reconhecimento

I – Para quedar completo o quadro enunciado, é ainda necessário atender ao efeito liberatório do reconhecimento, também ele semelhante ao do registo das sociedades.

Com efeito, até ao reconhecimento, aqueles cuja a legitimidade a lei estabelece para a prática de atos de administração ordinária, respondem pessoal e solidariamente “pelos atos praticados em nome da fundação” (art. 20.º:4).

Após o reconhecimento, cessa a responsabilidade pessoal e solidária: pelos atos praticados pela fundação responde apenas o patrimônio fundacional.

II - Se bem atendermos, é justamente o que sucede com o efeito liberatório do registo: aqueles que respondiam pelas obrigações sociais passam a ver a sua responsabilidade pessoal afastada a favor da responsabilidade *limitada* da sociedade (exceptuando nos tipos de responsabilidade ilimitada, onde o efeito liberatório do registo, na prática, em nada releva)<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Com desenvolvimento, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 625 e ss.

III – Daqui resulta que o reconhecimento traduz, no Direito das fundações português, idêntico privilégio de responsabilidade limitada que se reconhece ao sistema de livre constituição.

Em causa está, à semelhança do que vemos suceder quanto às sociedades, não já a atribuição de capacidade mas antes a aquisição – *in casu* por especial merecê do Estado, fruto de um reconhecimento individual e singular – de uma limitação de responsabilidade, como verdadeiro privilégio de atuação no comércio jurídico.

Recorde-se quanto dizia, a este propósito KARSTEN SCHMIDT: “a *negação da capacidade jurídica não é mais o preço para a falta de aprovação estadual; a consequência para a falta do registo ou da concessão reside agora apenas na responsabilidade pessoal (...). As associações registadas ou reconhecidas são «privilegiadas», como se dizia no séc. XIX, não mais no sentido de «capacidade jurídica» mas sim no sentido de «limitação da responsabilidade».*”<sup>111</sup>.

### 3.5. A natureza do reconhecimento e a suspensão dos seus efeitos (art. 7.º/5)

I – Ponderados os dados normativos que acabámos de analisar, podemos chegar, com substancial segurança, à natureza do reconhecimento, preconizado na *Lei Quadro das Fundações*.

Em primeiro lugar, o efeito aquisitivo da capacidade ou personalidade jurídica (para quem mantenha a autonomia dogmática dos conceitos) não se encontra dependente do reconhecimento.

Existe imputação concreta de situações jurídicas às fundações instituídas e não reconhecidas. Se existe *imputação concreta*, é forçoso concluir pela sua *imputabilidade abstrata*: pela capacidade (ou personalidade) em momento anterior ao reconhecimento<sup>112</sup>.

II – Em segundo lugar, o reconhecimento opera uma ampliação do círculo dos poderes de administração. Até ao reconhecimento, os bens e direitos que integram o património fundacional estão sujeitos a atos de mera administração ordinária, orientados à sua conservação.

<sup>111</sup> KARSTEN SCHMIDT, “Grundlagen und Gewissheit der Gesetzgebung...” cit., 219

<sup>112</sup> O reconhecimento não tem, portanto, efeitos constitutivos nem configura um “ato co-constitutivo da fundação”, na expressão de DÍMÍTRIOS SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público* cit., 787.

Após o reconhecimento, tal círculo expande-se, podendo a fundação praticar todos os atos materiais e jurídicos correspondentes a uma noção de administração em sentido material.

A aquisição de bens e direitos, a que a lei alude, não traduz, portanto, um fenómeno translativo de situações jurídicas, nem um problema de imputação. Traduz, outrossim, essa ampliação dos poderes de administração, antes circunscritos a parcos atos de administração ordinária e que, após o reconhecimento, surgem em toda a sua plenitude.

III – Por fim, o reconhecimento introduz ainda um factor de limitação de responsabilidade. Pelos atos praticados em nome da fundação, deixam de responder pessoal e solidariamente aqueles cuja legitimidade é estabelecida por lei, para passar a responder tão somente o património da própria fundação.

Dada a proximidade das situações, não é de afastar a aplicação analógica (ou subsidiária, caso se entenda o Direito societário como direito comum da pessoa colectiva<sup>113</sup>) do regime das sociedades irregulares às hipóteses de responsabilidade dos administradores por atos praticados em nome da fundação, antes do respetivo reconhecimento.

IV – Em suma, os principais e mais relevantes efeitos do reconhecimento das fundações privadas podem ser reduzidos a estes dois:

- (i) plenitude de poderes de administração e disposição dos bens e direitos da fundação (por oposição a uma administração limitada à prática de atos de mera conservação dos bens que integram a dotação inicial); e
- (ii) introdução do regime da limitação da responsabilidade, exonerando os administradores da responsabilidade pessoal e solidária pelos atos praticados em nome da fundação, em período anterior ao reconhecimento.

V – O entendimento ora preconizado parece surgir reforçado da leitura do art. 7.º15 da *Lei Quadro*, no qual se prevê, em caso de impugnação pauliana, a *suspensão do reconhecimento e de todos os seus efeitos*, até ao termo do respetivo processo judicial.

---

<sup>113</sup> Neste sentido, DÍEGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa colectiva e sociedades comerciais* cit., 927 e ss., em especial, 944-945.

Este preceito tomar-se-ia verdadeiramente obtuso se lido à luz da dogmática tradicional, que vê no reconhecimento o momento constitutivo da pessoa coletiva<sup>14</sup>. Com efeito, a personalidade coletiva não é *intermitente*: não se pode ser pessoa coletiva, deixar de ser durante certo processo judicial, para voltar a ser em momento posterior!

A suspensão do reconhecimento, nada tem que ver com a personificação da fundação. Em causa está, na verdade, a suspensão dos efeitos acima assinalados.

Ou seja: suspender o reconhecimento até ao termo do respetivo processo judicial de impugnação pauliana, consiste em fazer renascer a limitação dos poderes de administração à mera conservação do património fundacional, acompanhada da reintrodução da responsabilidade pessoal e solidária dos administradores pelos atos praticados em nome da fundação, durante tal período.

---

<sup>14</sup> Neste sentido, sobre a lição tradicional que reconduz a instituição das fundações a dois atos jurídicos distintos – o *negócio fundacional* e o *reconhecimento* –, cfr. EMÍLIO RUI VILAR, “Fundações – Legitimidade, responsabilidade e (auto-)regulação” *cit.*, 536-537. Veja-se ainda CRISTINA CASAL BAPTISTA, *As fundações no direito português*, 2006, 34 e ss.