

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

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 – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

-
- M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

-
- Filipe A. Henriques Rocha**
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes
-
- Filipe de Arede Nunes**
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes
- TOMO 2**
-
- Flávio Tartuce**
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão
-
- Francisco A. C. P. Andrade**
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?
-
- Francisco Mendes Correia**
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition
-
- Francisco Paes Marques**
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy
-
- Gonçalo Aleixo Nunes**
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor
-
- Henrique Marques Candeias**
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention
-
- Hugo Ramos Alves**
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine
-
- Isabel Alexandre**
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de proteção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identity perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- _____ **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- _____ **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- _____ **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- _____ **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- _____ **Laurenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- _____ **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- _____ **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- _____ **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- _____ **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

-
- Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
-
- Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
-
- Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
-
- Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
-
- Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
-
- Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
-
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
-
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- **Teresa Quintela de Brito**
 2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- **Thomas Hoeren**
 2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- **Tiago Henrique Sousa**
 2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- **Tong Io Cheng**
 2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- **Vítor Palmela Fidalgo**
 2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**
 2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**
 2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**
 2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

Sobre a liquidação de fundações

On the liquidation of foundations

Ana Alves Leal* | Tiago Fidalgo de Freitas**

Resumo: O presente artigo analisa o regime aplicável à liquidação de fundações, apresentando uma proposta de interpretação do artigo 37.º da Lei-Quadro das Fundações e do artigo 194.º do Código Civil. São apresentados os antecedentes e os lugares paralelos da liquidação de pessoas coletivas de tipo fundacional. São delimitadas as “providências convenientes” e “especiais” que podem ser decretadas pela entidade competente para o reconhecimento como decorrentes de uma norma de competência atributiva de discricionariedade aberta. Analisados os regimes de aplicação subsidiária e de aplicação analógica concorrentes à regulação da liquidação da fundação perante a remissão para o regime das associações (artigo 184.º do Código Civil), conclui-se ser o Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais o mais adequado. Por fim, sustenta-se a tendencial irrelevância da dimensão regulativa estatutária em matéria de liquidação da fundação.

Abstract This article analyses the regime applicable to the liquidation of foundations, putting forward a proposal for the interpretation of article 37 of the Framework Law on Foundations and article 194 of the Civil Code. It starts by drafting a historical analysis and presenting similar regimes to that of the liquidation of foundations. The ‘special’ and ‘convenient measures’ that may be decreed by the competent entity for the recognition of foundations are then characterised as phenomena arising from a rule of competence attributing open discretion. Having analysed the competing subsidiary and analogical regimes to the regulation of the liquidation of foundations in the face of reference to the regime of associations (article 184 of the Civil Code), it is concluded that the legal regime of administrative procedures of winding up and liquidation of commercial entities is the most appropriate one to regulate it. Finally, the relevance of a voluntary regulatory dimension is mitigated.

* Assistente convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado; consultora principal do Centro de Competências Jurídicas do Estado – JurisAPP; *e-mail*: analeal@fd.ulisboa.pt.

** Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; coordenador executivo e investigador assistente integrado do Centro de Investigação de Direito Público – Lisbon Public Law; consultor sénior do Centro de Competências Jurídicas do Estado – JurisAPP; *e-mail*: tff@fd.ulisboa.pt.

Palavras-chave: fundação; extinção; liquidação; providências convenientes e especiais; entidade competente para o reconhecimento; discricionariedade administrativa.

Keywords: foundation; extinction; liquidation; convenient and special arrangements; competent entity for recognition; administrative discretion.

Sumário: § 1.º – Introdução; § 2.º – Coordenadas gerais do artigo 37.º da Lei-Quadro das Fundações e do artigo 194.º do Código Civil: regulação específica e regimes subsidiariamente e analogicamente aplicáveis; § 3.º – Os antecedentes; § 4.º – Os lugares paralelos; § 5.º – As questões; § 6.º – As providências convenientes e especiais decretadas pela entidade competente para o reconhecimento; § 7.º – Regimes de aplicação subsidiária e de aplicação analógica candidatos à regulação da liquidação da fundação; § 8.º – A dimensão regulativa estatutária: razões para a sua possível irrelevância; § 9.º – Síntese conclusiva.

§ 1.º – Introdução¹

1. A LQF², tal como o Código Civil, não é omissa em matéria de liquidação das fundações. Determinam os respetivos artigos 37.º e 194.º, em redação duplicada, o seguinte:

“Artigo 37.º da LQF / Artigo 194.º do Código Civil
(Efeitos da extinção)

1 – A extinção da fundação desencadeia a abertura do processo de liquidação do seu património, competindo à entidade competente para o reconhecimento tomar as providências que julgue convenientes.

2 – Na falta de providências especiais em contrário, é aplicável o disposto no artigo 184.º [do Código Civil].”

¹ O presente texto visa prestar homenagem a um dos maiores vultos do direito privado português do século XX. Apenas o segundo autor foi aluno do homenageado, no já longínquo ano letivo de 2002/2003, ano da sua jubilação, na disciplina de Direito Comercial do curso de licenciatura. Mas ambos beneficiaram de toda a sua marcante obra escrita, que constitui património lusófono de referência em todas as áreas científicas por si versadas – obra da qual, aliás, este artigo também é tributário e com a qual procura dialogar.

² Abreviaturas: BMJ – Boletim do Ministério da Justiça; CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas; CJA – Cadernos de Justiça Administrativa; CSC – Código das Sociedades Comerciais; LQF – Lei-Quadro das Fundações, aprovada em anexo à Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, alterada pela Lei n.º 150/2015, de 10 de setembro, pela Lei n.º 36/2021, de 14 de junho, e pela Lei n.º 67/2021, de 25 de agosto; RDS – Revista de Direito das Sociedades; RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência.

No entanto, o regime é tão indeterminado que o intérprete-aplicador depara-se com consideráveis dificuldades em alcançar o que implica, em concreto, o processo de liquidação de uma fundação para a entidade competente para o reconhecimento. Da mesma forma, tão pouco é evidente para o intérprete-aplicador o que implica a remissão para o regime das associações em matéria de extinção, em si mesmo lacunar, nem que regime deverá ser subsidiária ou analogicamente aplicável no caso de insuficiência – expectável – dessa remissão.

A isto acresce que a prática não tem ajudado à maior concretização do regime. Efetivamente, por um lado, houve um grupo de fundações extintas na sequência do censo das fundações destinado a “avaliar o respetivo custo/benefício e viabilidade financeira e decidir sobre a sua manutenção ou extinção, sobre a continuação, redução ou cessação dos apoios financeiros concedidos, bem como sobre a manutenção ou cancelamento do estatuto de utilidade pública”, o qual foi determinado pela Lei n.º 1/2012, de 3 de janeiro. Apesar de este censo incluir também fundações privadas³, as que vieram a ser extintas eram apenas fundações públicas ou fundações públicas de direito privado cuja extinção coube ao próprio instituidor público⁴. Por outro lado, quanto às fundações privadas extintas depois de 9 de julho de 2012⁵, até muito recentemente⁶, todas o foram por iniciativa da própria fundação e sempre sem lugar a medidas de liquidação definidas pela entidade competente para o reconhecimento porque, aquando da extinção, já não havia património ou o que existia já havia sido partilhado. Isto significa, como se intui, não existir qualquer prática que ajude a identificar uma linha condutora da atuação da administração nestas matérias ou a melhor interpretar o regime fonte dessa atuação.

2. O presente artigo visa trilhar caminho na doutrina nacional e contribuir para a determinação do regime aplicável à liquidação de fundações – quando outros regimes liquidatórios, como o da insolvência, não sejam, em especial, aplicáveis⁷.

³ Cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea e), da Lei n.º 1/2012, de 3 de janeiro.

⁴ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 79-A/2012, de 25 de setembro, que aprova propostas de decisão relativas ao processo de censo às fundações; e Resolução do Conselho de Ministros n.º 13-A/2013, de 8 de março, que aprova as decisões finais relativas ao processo de censo às fundações.

⁵ Data da publicação da LQE.

⁶ A referência é feita a pensar nos casos das fundações extintas pelo Despacho n.º 8765/2022, do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 19 de julho de 2022, e pelo Decreto-Lei n.º 90-D/2022, de 30 de dezembro. As medidas referentes às respetivas extinções e liquidações não serão objeto de análise no presente estudo.

⁷ A liquidação das fundações segue o regime do CIRE quando estas se encontrem em situação de insolvência (artigo 2.º, n.º 1, alínea a), e artigo 3.º do CIRE). A liquidação de fundações ao abrigo deste regime insolvencial não implica que a causa de extinção da fundação seja a insolvência desta,

Para o efeito, começará por determinar as coordenadas gerais do artigo 37.º da LQF e do artigo 194.º do Código Civil, enquadrando-as entre a sua regulação específica e os regimes subsidiária e analogicamente aplicáveis (cfr. § 2.º). Percorrerá depois os antecedentes (cfr. § 3.º) e os lugares paralelos (cfr. § 4.º), antes de fixar as questões a tratar (cfr. § 5.º). De seguida, delimitará em que poderão consistir as providências convenientes decretadas pela entidade competente para o reconhecimento (cfr. § 6.º). Após o que analisará os diferentes regimes de aplicação subsidiária e de aplicação analógica candidatos à regulação da liquidação da fundação (cfr. § 7.º). E, por fim, debruçar-se-á sobre a dimensão regulativa estatutária, identificando razões para a sua possível irrelevância (cfr. § 8.º).

§ 2.º – Coordenadas gerais do artigo 37.º da Lei-Quadro das Fundações e do artigo 194.º do Código Civil: regulação específica e regimes subsidiariamente e analogicamente aplicáveis

3. A tarefa a que nos propomos, tal como acima delimitada, parte necessariamente da regulação existente no nosso ordenamento em matéria de liquidação de fundações. Essa regulação encontra-se nos enunciados normativos do artigo 37.º

nos termos do artigo 35.º, n.º 1, alínea *c*), da LQF (mais precisamente, como menciona esse preceito, “o encerramento do processo de insolvência, se não for admissível a continuidade da fundação”). A insolvência como causa de extinção das fundações não se confunde com a insolvência como regime aplicável à liquidação de fundações em processo de extinção. Sendo a insolvência fundamento para a extinção, nos termos do citado preceito, faz sentido que a liquidação da fundação siga o regime insolvencial; mas o contrário já não procede, não se detetando nenhuma relação de implicação: pode a fundação encontrar-se em situação de insolvência, justificando-se que a liquidação seja feita ao abrigo do regime insolvencial, mas ter sido eleita outra causa para a extinção da fundação. A propósito da insolvência de fundações, assomam outras questões, também complexas, das quais não nos ocupamos aqui. Entre elas, a questão de saber se a entidade competente para o reconhecimento tem legitimidade para pedir a declaração de insolvência de fundações que, de acordo com os critérios aplicáveis, se encontrem em situação de insolvência, e se tem o dever de o fazer. A questão não encontra resposta na LQF, nem no Código Civil (observe-se que a declaração da extinção pela entidade competente, prevista e regulada no artigo 36.º da LQF, nada tem que ver com o pedido de declaração de insolvência por essa entidade, nem com a declaração de insolvência contida em sentença judicial). Outra questão a ponderar prende-se com saber se a menção, no artigo 35.º, n.º 1, alínea *c*), parte final, da LQF, a “se não for admissível a continuidade da fundação”, vem introduzir, a montante, algum critério específico para aferição da recuperabilidade da fundação no contexto da propositura do processo de insolvência (que justifique, por exemplo, o recurso a processos pré-insolvenciais, como o Processo Especial de Revitalização (PER), ou a um plano de insolvência, em vez da liquidação do património fundacional e subsequente repartição do produto obtido pelos credores), ou a jusante, como fator especial de salvamento da fundação declarada insolvente, uma vez encerrado o processo de liquidação, não a destinando, com esse fundamento, à sua inexorável extinção.

da LQF e do artigo 194.º do Código Civil, acima transcritos, dos quais é possível extrair um conjunto de seis inferências sobre o regime do processo de liquidação do património fundacional, e que servirão de coordenadas para a compreensão desse regime.

A primeira inferência (i) respeita à *condução e domínio do processo*: o processo de liquidação é, como regra, dominado pela entidade competente para o reconhecimento, independentemente da causa de extinção da fundação e do papel desempenhado, nessa fase, por essa entidade. O n.º 1 dos artigos transcritos é inequívoco no sentido da atribuição de competência a esta entidade para a gestão do processo de liquidação, atenta a incumbência de “tomar as providências que julgue convenientes”. A lei não define nem densifica estas providências, autorizando um procedimento flexível resultante de decisões discricionárias da entidade competente para o reconhecimento na condução do processo. Por outro lado, a lei não estabelece *expressis verbis* limites a essa discricionariedade – o que não significa, como se verá adiante, que esses limites não existam.

A segunda inferência (ii) prende-se com a construção do regime por *remissão legal, aplicação subsidiária e aplicação analógica*: o artigo 37.º da LQF e o artigo 194.º do Código Civil não estabelecem um regime geral de liquidação das fundações, aplicável em tudo o que não colida com as “providências convenientes” decretadas pela entidade competente. Limitam-se, através de norma remissiva contida no seu n.º 2, a estabelecer a *aplicação subsidiária* do regime contido no artigo 184.º do Código Civil, aplicável às associações. No entanto, este último artigo não esgota o regime de liquidação das associações⁸: estabelece tão-só a limitação dos poderes dos titulares dos órgãos da associação em liquidação (em particular, dos administradores), funcionalizando-os à liquidação do património social e à ultimação dos negócios pendentes, bem como a responsabilização pessoal e solidária dos administradores por todos os atos que exorbitem esses limites⁹. Pese embora a insuficiência deste artigo para a definição do regime da liquidação de associações (e, por remissão legal, da liquidação de fundações), reconhece-se nele a utilidade de, nesse âmbito, dispor que (a) os órgãos da pessoa coletiva extinta *se mantêm em funções durante a fase de liquidação*, e que (b) esses membros (em particular, os administradores) têm os *seus poderes limitados à prática*

⁸ Neste sentido, afirmando que a “lei civil não explica pormenores quanto à liquidação”, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, Artigo 184.º, in *Código Civil comentado*, I, A. Menezes Cordeiro (coord.), Coimbra, Almedina, 2020, p. 508.

⁹ Concordando com este segundo aspeto, cfr. H. SOUSA ANTUNES, Artigo 194.º, in *Comentário ao Código Civil. Parte geral*, L. A. Carvalho Fernandes / J. C. Brandão Proença (coord.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 436.

*de atos conservatórios e necessários à liquidação*¹⁰. Mesmo que perspectivado em abstrato, este regime não apresenta, à partida, densidade regulativa suficiente para disciplinar os problemas suscetíveis de surgir em fase de liquidação de uma associação – nem, por remissão, de uma fundação. No que respeita ao regime de liquidação das associações, tal como no regime de liquidação das fundações, perante algum problema que não encontre regulação nas fontes, incluindo, por via subsidiária – e uma vez que se conclua que a ausência de norma reguladora do caso constitui uma lacuna, cuja integração seja exigida pelo sistema –, a decisão do caso omissa terá de se alcançar *por analogia* (os casos omissos são regulados segundo a regra aplicável aos casos análogos, de acordo com o critério de integração primário estabelecido no artigo 10.º, n.º 1, do Código Civil). Este caso é ilustrativo de que a aplicação subsidiária de uma norma ou de um regime – ainda que assente num juízo de analogia¹¹ – não impede a existência de

¹⁰ Numa linguagem sobre normas, em termos estruturais, pode afirmar-se que esta norma remissiva (contida no artigo 37.º, n.º 2, da LQF, e no artigo 194.º, n.º 2, do Código Civil) ordena a aplicação do *conjunto de consequências* da norma remetida ou norma *ad quam* (contida no artigo 184.º do Código Civil). Estamos, pois, perante aquilo que se designa por um “objeto de remissão complexo” (cfr. T. COUTINHO RODRIGUES, “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade, RFDUL, n.º 2, 2021, p. 612).

¹¹ A remissão que se encontra no n.º 2 dos artigos 37.º da LQF e 194.º do Código Civil para o regime do artigo 184.º do Código Civil tem na sua base uma analogia entre a situação regulada (a liquidação das associações, mesmo que com as insuficiências assinaladas em texto) e a situação não regulada (a liquidação das fundações, em tudo o que não seja definido nem contrarie as “providências convenientes” e “especiais” decretadas pela entidade competente para o reconhecimento). Tal como é próprio das regras de remissão, as situações aqui descritas são análogas, e não iguais – assim, cfr. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao direito*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 233; P. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, I, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 86. Trata-se de uma hipótese de “analogia de remissão” (*Verweisungsanalogie*) – cfr. C.-W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Berlin, Duncker & Humblot, 1964, pp. 24 ss.; A. DEBUS, *Verweisungen In Deutschen Rechtsnormen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, pp. 55 ss. Esta remissão não está, porém, acoplada a um *comando de modificação* (também uma norma), que geralmente se encontra em expressões como “são aplicáveis *mutatis mutandis*” ou “são aplicáveis com as devidas adaptações” – desenvolvidamente sobre estes comandos, e, em particular, para uma decomposição da estrutura normativa dos mesmos, *vide*, por todos, T. COUTINHO RODRIGUES, “Com as devidas adaptações”, p. 611. Retenha-se, porém, o entendimento no sentido de que os comandos de modificação são próprios de *qualquer* norma remissiva, por serem sempre “devidas as necessárias adaptações”, mesmo quando esse comando não tenha assento no texto legal – assim, cfr. K. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 3.ª ed., Lisboa, FCG, 1997, p. 366, defendendo que “inclusivamente quando [...] não é expressamente referido na lei, a aplicação da norma, para a qual se remete na norma remissiva, só pode ser «correspectiva». Há que evitar, portanto, equiparações e não podem excluir-se as diferenças que se apresentam a partir da coisa, isto é, das relações da vida a regular”.

lacunas, não assegurando essa aplicação subsidiária completude sistemática¹². A diferença entre a aplicação subsidiária e a aplicação analógica não é, para o caso, irrelevante, seja no plano metodológico, seja no plano hermenêutico. Detetada uma lacuna de regulação, o regime de liquidação de fundações irá buscar-se num universo sistemático, teleológico e valorativo onde, em função da similitude de propriedades relevantes com o caso regulado, poderão ser encontradas as “razões justificativas da regulamentação”¹³ que também procedam para o caso omissos (o caso das fundações). Justamente porque são casos omissos distintos, nada impede que o regime de liquidação das fundações obtido por via analógica não coincida com o regime de liquidação das associações também obtido por via analógica.

A terceira inferência (iii) prende-se com a *especialidade das providências*: a única concretização do que sejam as providências “convenientes” identificadas nos artigos transcritos encontra-se no n.º 2, atenta a sua qualificação como “especiais”. A especialidade dessas providências terá de ser aferida por referência àquele que será o *standard* legal – o que implica que se conheça o regime de liquidação aplicável às fundações, face ao qual as referidas providências serão especiais¹⁴. Ora, a compreensão desse regime – que terá de ser prévia à qualificação de uma dada providência como “especial” – apenas se alcançará através do percurso de interpretação e de integração proposto. A especialidade das providências sugere logicamente que as mesmas não sejam coincidentes com aquelas que resultariam da aplicação do regime de liquidação assim encontrado. Sob pena de serem decretadas providências inúteis¹⁵.

¹² Ainda que se reconheça à norma remissiva – em particular, à norma que remeta para regimes subsidiários – uma *função integradora* justificada por razões de otimização de igualdade, em contexto de economia e simplificação de enunciados, não acompanhamos a ideia de que pré-existe a estas normas uma lacuna de regulação. Essa lacuna não existe justamente porque é estabelecida a remissão, que resulta na *transferência* ou *empréstimo de consequentes* – assim, sobre normas que remetem para regimes subsidiários, J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, 13.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 383; *vide* também T. COUTINHO RODRIGUES, “Com as devidas adaptações”, p. 613. O que não impede, como se deteta em texto, a vacuidade ou quase vacuidade da remissão, “por inexistência de um consequente normativo *ad quam* apto a regular determinado caso” (p. 613, nt. 15) – e que, aí, considerados os “consequentes emprestados”, se conclua pela existência de uma lacuna de regulação.

¹³ Cfr. artigo 10.º, n.º 2, do Código Civil.

¹⁴ A *especialidade* das providências face àquele que é o regime de liquidação apurado nos termos do n.º 2 dos artigos 37.º da LQF e 194.º do Código Civil leva a que, à partida, não se assista a qualquer contrariedade a nível axiológico-valorativo entre essas providências e o regime de liquidação; mas evidencia que o sentido das providências especiais como fonte *per se* de regulação da liquidação de fundações se encontra dependente dos próprios resultados hermenêuticos oferecidos pela exegese do regime (geral) de liquidação, construído a partir do referido n.º 2.

¹⁵ O que não impede, todavia, que a entidade competente para o reconhecimento decida complementar, no ato correspondente, as providências especiais decretadas com *remissões* para o regime legal aplicável

A quarta inferência (iv) respeita à *prevalência das providências*: a especialidade das providências decretadas pela entidade competente para o reconhecimento determina a prevalência da sua aplicação face ao regime de liquidação aplicável; a serem decretadas, estas constituirão, em primeira ordem, o regime de liquidação da fundação¹⁶.

A quinta inferência (v) relaciona-se com a *ordenação de fontes e cenários regulativos*: o regime transcrito, ao estabelecer uma relação de prevalência entre as providências decretadas pela entidade competente para o reconhecimento e o regime de liquidação aplicável, consente a intervenção desse regime naquilo que não contrarie essas providências: o n.º 2 aponta neste sentido, por fazer depender a aplicação do regime de liquidação da “falta de providências especiais em contrário”. Desta forma, são ponderáveis três cenários regulativos do processo de liquidação da fundação:

- (a) O processo de liquidação segue os termos das providências decretadas pela entidade competente para o reconhecimento e, naquilo que não seja conflituante, os termos do regime legal de liquidação aplicável subsidiariamente e por via analógica;
- (b) O processo de liquidação segue os termos do regime legal de liquidação aplicável subsidiariamente e por via analógica, não tendo sido decretadas providências especiais pela entidade competente para o reconhecimento (ou, tendo sido decretadas, estas não contenham qualquer elemento inovatório face ao que resultaria da aplicação do regime legal); ou
- (c) O processo de liquidação segue *exclusivamente* os termos das providências decretadas pela entidade competente para o reconhecimento, as quais conflituam, em bloco, com o regime legal de liquidação aplicável subsidiariamente e por via analógica, incompatibilizando a convivência desses dois regimes. Admite-se este cenário em abstrato: o n.º 2 dos preceitos transcritos oferece base suficiente para esta afirmação, ao provocar a aplicação do disposto no artigo 184.º do Código Civil *apenas* na falta de providências especiais¹⁷. Trata-se, porém, de cenário dificilmente verificável

à liquidação de fundações, ou mesmo com a *reprodução* da totalidade ou de parte desse regime. As dúvidas, que dão mote a este estudo, que envolvem a compreensão do regime de liquidação das fundações explicam – e até justificam – que a entidade competente possa, por razões de certeza e segurança jurídica, repetir o regime legal.

¹⁶ Os artigos 37.º da LQF e 194.º do Código Civil fornecem este critério de colisão, em caso de conflito entre uma norma contida no regime de liquidação construído a partir dos respetivos n.ºs 2, e uma providência que tenha sido decretada: o critério extrai-se não só da predicação da providência como “especial”, como também da menção expressa (“[n]a falta de providências especiais em contrário”) à relevância de *segunda ordem* do regime de liquidação (legal).

¹⁷ Salientando precisamente que “o art. 194 remete para o art. 184, em matéria de associação” apenas no caso de a entidade competente para o reconhecimento não tomar as providências

em concreto, pois exigiria que as providências decretadas pela entidade competente gozassem de um grau de densidade suficiente para esgotar a regulação do processo de liquidação, tornando dispensável o recurso, por via subsidiária e por via analógica, a regimes legais de liquidação.

A sexta e última inferência (vi) versa sobre o *âmbito da intervenção da entidade competente para o reconhecimento*: os artigos transcritos não limitam o decretamento de providências pela entidade competente para o reconhecimento a determinadas causas de extinção da fundação. Desta forma, a intervenção desta entidade na modelação *ad hoc* desse regime de liquidação pode ocorrer num contexto de extinção da fundação fundado *em qualquer uma das causas* elencadas no artigo 35.º da LQF e no artigo 192.º do Código Civil. Não se encontra razão justificativa para limitar os poderes de conformação do regime de liquidação da entidade competente em função dos factos que estejam na base da verificação da causa de extinção da fundação ou do papel desempenhado por esta entidade nessa extinção. Pode também, como visto, vir a concluir-se pela desnecessidade da intervenção da entidade competente para o reconhecimento na conformação do regime de liquidação.

§ 3.º – Os antecedentes

4. O artigo 37.º da LQF e o artigo 194.º do Código Civil não correspondem, atento o seu conteúdo, a uma novidade introduzida pelo movimento reformista operado pela LQF. A versão originária do artigo 194.º do Código Civil estabelecia, em termos similares, o quadro regulatório para a liquidação de fundações:

“Artigo 194.º
(Efeitos da extinção)

Extinta a fundação, na falta de providências especiais em contrário tomadas pela autoridade competente, é aplicável o disposto no artigo 184.º.”

E o artigo 193.º do mesmo código fazia igualmente referência à liquidação, embora limitada às causas de extinção de “verificação necessária” previstas no artigo 192.º, n.º 1, do Código Civil¹⁸:

convenientes para a liquidação do património, cfr. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 338. Note-se, contudo, que o Autor escrevia quando o texto do artigo 194.º era o abaixo transcrito (cfr. ponto 4).

¹⁸ Usando a feliz e adequada expressão de J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, I, 2.ª ed., p. 337. Por seu turno, L. A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, I, 6.ª ed.,

“Artigo 193.º

(Declaração da extinção)

Quando ocorra alguma das causas extintivas previstas no n.º 1 do artigo anterior, a administração da fundação comunicará o facto à autoridade competente para o reconhecimento, a fim de esta declarar a extinção e tomar as providências que julgue convenientes para a liquidação do património.”

Assim, pelo menos desde 1966 que a lei enfatiza e prioriza a intervenção da entidade competente para o reconhecimento na definição dos termos do processo de liquidação das fundações, antes de, por remissão, decretar o recurso ao disposto no artigo 184.º do Código Civil (o qual, como visto, não contém um regime completo de liquidação das associações).

5. A versão originária do artigo 194.º do Código Civil – que mantém o seu sentido até hoje, apesar das algumas diferenças na redação¹⁹ – distancia-se daquela que constava do Anteprojeto de Ferrer Correia²⁰, de 1957, no qual a matéria da liquidação das fundações era particularmente desenvolvida. Nesse Anteprojeto, não só era consagrado um regime próprio para a liquidação das fundações (ainda que, em parte, por remissão para o regime da liquidação das associações²¹), como não se previa, através de disposição normativa expressa, que a “autoridade tutelar” (hoje, a entidade competente para o reconhecimento) tomasse providências especiais definindo os termos do processo de liquidação da fundação. Todavia, no Anteprojeto de Ferrer Correia não se afastava a intervenção da autoridade tutelar em fase de liquidação: entre os poderes que lhe eram cometidos, destaca-se (i) o poder de nomear os liquidatários quando os estatutos não dispusessem sobre a matéria²² (diferenciando-se, assim, do regime de nomeação dos liquidatários das associações,

Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, p. 590, apelida-as de “causas resultantes de disposição da lei”.

¹⁹ O Anteprojeto da LQF (referenciado como PL 222/2011, de 2011/11/28, documento que não está publicado nem disponível *online* e ao qual se acedeu na sequência de pedido dirigido ao Gabinete do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros), apresentava já, no então artigo 38.º, a redação que hoje se encontra no artigo 37.º da LQF e no artigo 194.º do Código Civil.

²⁰ Cfr. A. FERRER CORREIA, *Pessoas coletivas. Anteprojeto de um capítulo do novo Código Civil*, BMJ, n.º 67, 1957.

²¹ Cfr. artigo 73.º, n.º 1, do Anteprojeto: “Observar-se-ão, quanto às fundações, na parte aplicável, as normas do art.ºs 38.º a 49.º e 55.º”.

²² Cfr. artigo 73.º, n.º 3, do Anteprojeto: “Quando a nomeação dos liquidatários não puder fazer-se nos termos fixados pelo estatuto, a autoridade tutelar providenciará”.

o qual apresentava, como regra geral, que “a liquidação compete à direcção, a menos que o estatuto determine outra forma de designação dos liquidatários”²³), e (ii) o poder de fiscalizar as operações de liquidação, podendo recorrer a tribunal em todos os casos em que o recurso coubesse aos associados, se estivéssemos na presença de uma associação²⁴.

6. Este apontamento sobre as soluções contidas no Anteprojeto de Ferrer Correia – que acabaram por nunca ser positivadas – serve o propósito de esclarecer que, mesmo num projeto de regime pensado à luz dos cânones do direito civil (frequentemente confrontado com a então contemporânea visão administrativista de Marcello Caetano para o regime das fundações²⁵), a entidade administrativa não era mera espetadora do processo de liquidação das fundações, podendo nele interferir nas hipóteses pontuadas. Serve também o propósito de identificar a proveniência da remissão legal, que hoje vigora, para o regime das associações.

7. É frequentemente apontada a influência do entendimento de Marcello Caetano na solução que acabou por ficar consagrada no artigo 194.º do Código Civil e que se afasta, em grande medida, da visão de Ferrer Correia²⁶. Marcello Caetano defendia a natureza administrativa do processo de liquidação de fundações, nos seguintes moldes: “esta liquidação deverá ter carácter administrativo, isto é, a nomeação dos liquidatários será feita pela autoridade tutelar, e por eles correrá o processo, regulando-se pela lei administrativa tudo quanto diga respeito aos seus poderes e à sua actuação e responsabilidade”²⁷. Em coerência, Marcello Caetano recusava a aplicação, à liquidação de fundações, do regime da liquidação de sociedades comerciais, afirmando que “pelo que respeita à liquidação de fundações, é natural que os legisladores sejam tentados a aplicar-lhes as normas

²³ Cfr. artigo 40.º, n.º 1, do Anteprojeto. Mas esta não era a única forma de designação aí prevista. De acordo com este preceito, “[a] liquidação compete à direcção, a menos que o estatuto determine outra forma de designação dos liquidatários. A assembleia geral poderá, em todo o caso, escolher outras pessoas, bem como substituir as que não tiverem sido nomeadas pelo tribunal ou pela autoridade administrativa”.

²⁴ Cfr. artigo 73.º, n.º 2, do Anteprojeto: “As operações de liquidação poderão ser fiscalizadas pela autoridade tutelar. Esta poderá recorrer ao tribunal em todos os casos em que o recurso competiria aos associados, se se tratasse de uma associação”.

²⁵ Estabelecendo este confronto entre a visão de A. Ferrer Correia e a visão de Marcello Caetano, cfr. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Artigo 194.º, in *Código Civil comentado*, I, p. 538.

²⁶ Por todos, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Artigo 194.º, in *Código Civil comentado*, I, p. 538.

²⁷ Cfr. M. CAETANO, *Das fundações. Subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, Lisboa, Edições Ática, 1962, p. 154.

em vigor para o caso mais corrente, que é o da liquidação do património de sociedades. Afigura-se-nos, porém, puramente ilusória qualquer afinidade entre os dois casos”²⁸. A justificação apresentada pelo Autor assentava em dois argumentos: por um lado, porque

“a liquidação de sociedade é considerada [...] como um processo de «liquidação em benefício de sócios», o que desde logo afasta a sua aplicação a um património que não é propriedade de sócios»; por outro lado, porque «salva convenção expressa em contrário, a liquidação da sociedade será total [...], o que significa a redução a numerário da totalidade dos bens [...], ao passo que nas fundações não há necessidade dessa liquidação total – visto não se ter por objetivo a partilha do saldo entre os sócios – nem conveniência nela, por poderem interessar os bens do património, tais como se encontram, à entidade que deva vir a recebê-los. Mesmo no caso de haver uma cláusula no acto de instituição acerca do destino dos bens após a extinção, parece evidente que é aos bens em espécie, e não ao seu valor em dinheiro, que deverá dar-se o destino estipulado pelo instituidor”²⁹.

8. A visão de Marcello Caetano não foi, com esta amplitude, acolhida no artigo 194.º do Código Civil (e no artigo 37.º da LQF). Desde logo, não foi construído o regime da liquidação em torno de um processo de natureza administrativa – remetendo-se, antes, embora com valências limitadas, para o regime das associações. Identifica-se, porém, o seu contributo na prevalência atribuída às *providências convenientes e especiais* tomadas pela autoridade competente no âmbito do processo de liquidação – prevalência essa que, como visto, foi confirmada e reforçada com a LQF, com a introdução de um novo número (o n.º 1) nestes artigos, que esclarece (i) referirem-se essas providências ao processo de liquidação da fundação, e (ii) cujo decretamento assenta num juízo de conveniência.

§ 4.º – Os lugares paralelos

9. A busca de lugares paralelos em relação a pessoas coletivas cuja extinção seja determinada por um decisor público não permite obter contributos assinaláveis. Isto não só porque se trata, aí, de pessoas coletivas públicas, como porque o respetivo regime é exíguo ou remissivo. Senão, veja-se:

- (a) No que diz respeito a institutos públicos, determinam-se simplesmente as causas da extinção e que a mesma é feita por meio de “diploma de

²⁸ Cfr. M. CAETANO, *Das fundações*, p. 154.

²⁹ Cfr. M. CAETANO, *Das fundações*, p. 154.

valor igual ou superior ao da sua criação”³⁰; nada se dispõe sobre a sua liquidação;

- (b) Em matéria de empresas públicas, o regime é dual: as entidades públicas empresariais são extintas por decreto-lei; já a extinção das empresas públicas sob forma societária segue o regime do CSC, a menos que tenham sido criadas por decreto-lei, caso em que se aplica um princípio de paridade de forma; mas se “à extinção das entidades públicas empresariais não são aplicáveis as regras gerais sobre dissolução e liquidação de sociedades, nem as relativas à insolvência e à recuperação de empresas, salvo na medida do expressamente determinado pelo decreto-lei” que as extinguir, extrai-se que o regime aplicável à dissolução e liquidação das empresas públicas sob forma societária será o das sociedades comerciais³¹;
- (c) Por sua vez, a dissolução das empresas locais ocorre nos casos previstos na lei e “obedece ao regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais”³²;
- (d) Quanto a associações públicas profissionais, prevê-se singelamente que o procedimento de extinção seja idêntico ao de criação, nada se dispondo sobre liquidação³³;
- (e) Já em relação a entidades reguladoras, para além de se identificarem também as causas de extinção e a necessidade de um estudo que comprove o preenchimento dessas causas, determina-se ainda que “a extinção, fusão ou cisão de entidades reguladoras são reguladas por lei, a qual, em caso de extinção, determina ainda os termos da liquidação e da reafetação do seu pessoal”³⁴; remete-se o seu processo de liquidação, portanto, para lei especial.

³⁰ Cfr. artigo 16.º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, na redação atual. Cfr. M. ASSIS RAIMUNDO, Os institutos públicos, in *Organização administrativa: novos atores, novos modelos*, II, C. Amado Gomes / A. F. Neves / T. Serrão (coord.), Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 191-194.

³¹ Cfr. artigo 35.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, na redação atual.

³² Cfr. artigo 62.º, n.º 4, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais, aprovado pela Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, na redação atual. Cfr. P. GONÇALVES, *Regime jurídico da atividade empresarial local*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 283.

³³ Cfr. artigo 7.º, n.º 4, que remete para os n.ºs 1 a 3 do mesmo artigo, bem como para o artigo 3.º da Lei-Quadro das Associações Públicas Profissionais, aprovada pela Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro.

³⁴ Cfr. artigo 8.º, n.º 1, da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, na redação atual.

Em suma, os lugares paralelos enunciados – que respeitam todos a pessoas coletivas públicas ou de criação pública – ou nada dispõem sobre a liquidação dos entes em causa, ou remetem para um diploma avulso especial a aprovar, para a lei comercial, ou ainda para o regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e liquidação de sociedades comerciais. O seu contributo para a dilucidação da questão é, portanto, muito reduzido.

§ 5.º – As questões

10. Aqui chegados, e tendo presente os antecedentes do artigo 194.º do Código Civil e do artigo 37.º da LQE, enfrentam-se essencialmente duas questões: em primeiro lugar, a questão de saber em que consistem as providências especiais decretadas pela entidade competente para o reconhecimento e quais os limites, nesse contexto, à liberdade decisória dessa entidade; em segundo lugar, a questão de saber qual o regime aplicável, por via subsidiária e por via analógica, à liquidação de fundações – em particular, quando estas se extinguem por decisão da entidade competente para o reconhecimento.

11. Estas questões são formuladas tendo presente os três níveis regulativos da liquidação de fundações:

- (i) No primeiro nível, a regulação direta e *ad hoc*, de fonte administrativa, através do decretamento das *providências especiais e convenientes*;
- (ii) Num segundo nível, já a título subsidiário, a regulação por remissão para o regime das associações. Como referido *supra*³⁵, nesse artigo não se encontra o regime completo de liquidação das associações, mas apenas regras sobre a limitação dos poderes dos titulares dos órgãos da associação em liquidação e sua responsabilização, dele se inferindo que os administradores da fundação se mantêm em funções durante a fase de liquidação;
- (iii) Num terceiro nível, por analogia, a regulação por aplicação de um concreto regime de liquidação patrimonial; veremos adiante quais os regimes candidatos à regulação dos casos omissos que possam surgir em fase de liquidação das fundações.

Sem prejuízo do que se desenvolverá adiante³⁶, a análise que se segue desconsidera, por agora, o valor e a eficácia da regulação estatutária do processo de liquidação de fundações.

³⁵ Cfr. § 2.º, *supra*.

³⁶ Cfr. § 8.º, *infra*.

§ 6.º – As providências convenientes e especiais decretadas pela entidade competente para o reconhecimento

12. O texto do artigo 194.º do Código Civil e do artigo 37.º da LQF não fornece elementos densificadores do conteúdo das providências, nem critérios para a aferição da sua conveniência. Retém-se, apenas, dos dados acima apresentados, que as mesmas: (i) são *especiais* face ao regime legal aplicável à liquidação das fundações, construído a partir do n.º 2 desses artigos (ii) *prevalecendo* sobre este, e (iii) são decretadas por entidade de *natureza administrativa*.

13. Merece apontamento a originalidade do regime português na atribuição de poderes com esta amplitude à entidade competente para o reconhecimento. Em ordenamentos jurídicos de referência, como o alemão e o italiano, não se encontra disposição normativa específica habilitante de tais poderes às (congêneres) entidades competentes para o reconhecimento.

O ordenamento jurídico espanhol – que contém um regime específico para a liquidação de fundações no *Artículo 33 da Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones* e nos *Artículos 39 e 47 do Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal* –, ainda que apresente uma solução aproximada da do ordenamento jurídico português, é, neste contexto, menos generoso na atribuição de poderes ao *Protectorado*, determinando o seguinte:

“Artículo 39

Procedimiento y criterios de liquidación

1. La liquidación de la fundación extinguida se realizará por el patronato bajo el control del protectorado. A tal efecto, el protectorado podrá solicitar del patronato cuanta información considere necesaria, incluso con carácter periódico, sobre el proceso de liquidación. [...]

5. El protectorado impugnará ante la autoridad judicial los actos de liquidación que resulten contrarios al ordenamiento jurídico o a los estatutos de la fundación.”

“Artículo 47

Funciones en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones

Son funciones del protectorado en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones las siguientes: [...]

e) Tener conocimiento y supervisar, en su caso, las operaciones de liquidación de la fundación, así como acordar el destino que haya de darse a los bienes de esta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.”

No regime espanhol, os poderes da entidade competente para o reconhecimento encontram-se, assim, circunscritos (i) à supervisão da administração-liquidatária, (ii) ao exercício de direitos de informação, (iii) à legitimidade para impugnar judicialmente atos de liquidação contrários à lei ou aos estatutos, e (iv) à definição, em certos casos, do destino dos bens.

Do regime português não resulta, da letra dos enunciados normativos dos artigos 194.º do Código Civil e 37.º da LQE, uma limitação de poderes de conteúdo similar.

14. Voltando ao regime português: recorde-se o teor do enunciado normativo que prevê o poder funcional que é aqui objeto de interpretação:

“A extinção da fundação desencadeia a abertura do processo de liquidação do seu património, competindo à entidade competente para o reconhecimento tomar as providências que julgue convenientes.”

Podem surpreender-se no enunciado normativo transcrito duas manifestações de discricionariedade. A um tempo, a utilização do verbo ‘competir’ – “competindo à entidade competente para o reconhecimento tomar as providências”. A outro tempo, a qualificação das providências a tomar como sendo as “que julgue convenientes”. Analisemos cada um destes dados.

15. Em primeiro lugar, no que diz respeito ao verbo ‘competir’, trata-se de uma manifestação de *discricionariedade de ação*. Não que o verbo tenha inevitavelmente um sentido permissivo e não impositivo, como seria o caso do emprego do verbo ‘poder’, mas o contexto sistemático e teleológico assim o determina³⁷. Por um lado, em termos sistemáticos, a própria disposição prevê desde logo que a extinção da fundação espolte a respetiva liquidação e especifica qual o regime supletivo que lhe é aplicável na falta de providências especiais da entidade competente para o reconhecimento: aquele que é construído a partir do n.º 2 dos artigos 194.º do Código Civil e 37.º da LQE, assente na remissão para o artigo 184.º do Código Civil. Ao estabelecer o regime que seria supletivamente aplicável, isto significa que

³⁷ Referindo-se à necessidade de avaliar estes fatores para concluir se o emprego do verbo ‘competir’ corresponde, ou não, a uma manifestação discricionariedade de ação, cfr. M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral*, I, 3.ª ed., Lisboa, Dom Quixote, 2008, p. 187.

a própria lei assumiu como bom o cenário de não exercício desta competência, que assim se converte numa mera possibilidade. Por outro lado, em termos teleológicos, ao prever-se um regime aplicável por defeito, assume-se que esse regime é adequado e que apenas quando a especialidade do caso concreto o impuser será necessário exercer essa competência, que assim se configura como de exercício facultativo.

Isto significa, em suma, que a entidade administrativa tem liberdade para decidir *se e quando* exerce, ou não, a referida competência de decretamento de providências especiais para a liquidação da fundação em processo de extinção.

16. Em segundo lugar, quanto à qualificação das providências como sendo “as que julgue convenientes”, o que se constata é que o legislador usou um conceito indeterminado na estatuição da norma: o de providência “conveniente”. Ou seja, verifica-se uma abertura do enunciado ao nível da estatuição, *i.e.*, dos efeitos de direito. Dada a vagueza que esta palavra ostenta, pode concluir-se que se trata de um conceito indeterminado³⁸. Resta saber de que tipo. No plano teórico, existem duas espécies conceitos indeterminados: (i) os conceitos-tipo; e (ii) os conceitos classificatórios. Os conceitos-tipo (i) são conceitos verdadeiramente indeterminados, carecendo de preenchimento através de um raciocínio causal-teorético que permita ao órgão administrativo ultrapassar a indeterminação por meio de um juízo de prognose – são os casos dos conceitos de ‘interesse público’, ‘boa administração’ ou ‘utilidade pública’. Já os conceitos classificatórios (ii), são conceitos cuja imprecisão é apenas condicionada pela linguagem e, portanto, ultrapassável através de raciocínios teórico-discursivos ou lógico-dedutivos. Subdividem-se nas seguintes categorias: conceitos descritivo-empíricos (se o seu conteúdo for objetivamente fixável com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos ou técnicos de determinado ramo), conceitos imprecisos de natureza jurídica (quando remetem para figuras jurídicas de limites elásticos – como ‘boa fé’ ou ‘retribuição’) e conceitos que referem situações definíveis em consideração de circunstâncias de tempo e lugar³⁹.

³⁸ Sobre a vagueza – aqui, a vagueza valorativa – como causa de incerteza da linguagem nos enunciados normativos e como *core* problemático dos conceitos indeterminados, cfr. D. DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 215-222.

³⁹ Sobre a matéria do presente parágrafo, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 116-137, 469-486; J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso administrativo*, I, Lisboa, Lex, 2005, pp. 621-632; já antes, cfr. R. EHRHARDT SOARES, *Direito administrativo*, Coimbra, s.n., s.d., pp. 67-73; e depois, cfr. B. DINIZ DE AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lisboa, Lex, 1995, pp. 121-129, 150-162.

Para se conseguir determinar se providência “conveniente” se trata de um ou de outro tipo de conceitos – *i.e.*, de um conceito-tipo ou de um conceito classificatório –, é necessário averiguar a intenção legislativa. Para o efeito, ter-se-ão em conta dois fatores⁴⁰. A um tempo, a consideração de que o conceito indeterminado foi utilizado pelo legislador não devido às contingências da linguagem nem à impossibilidade ou dificuldade excessiva da sua concretização pelo recurso a meios hermenêuticos, mas em consequência dos limites da própria função legislativa, em cujo exercício é impossível, ao legislador, prever todas as diferentes providências que seriam especificamente adequadas, dada a plasticidade dos casos que lhes podem subjazer e a necessidade de flexibilidade e de capacidade de inovação essenciais para o efeito⁴¹. A outro tempo, o substantivo correspondente ao adjetivo utilizado no texto legal – a “conveniência” – é comumente usado no léxico jurídico-administrativo por contraste com o conceito de legalidade, pelo que se deve entender que atribui uma reserva parcial de administração. O que leva à conclusão de que, neste caso, um controlo contencioso integral da concretização dos conceitos indeterminados originaria a usurpação da função administrativa. Tendo em conta o que se acaba de referir, é fácil concluir que se trata de um conceito-tipo.

Quando localizado na estatuição da norma conferente de discricionariedade, a “função do conceito [indeterminado] é a de caracterizar de algum modo o tipo de atuação administrativa sem com isso fechar, de todo, a liberdade conformativa do aplicador à luz das necessidades de composição dos interesses públicos e privados dignos de tal tutela tal como especificamente presentes no caso concreto”, sendo que “a indeterminação da locução destina-se a conceder uma margem de liberdade na conformação do sentido da decisão administrativa”⁴².

Ao ter optado por um conceito como o de “conveniência”, a lei optou por um grau de abertura da norma particularmente significativo, o que evidencia a intenção de atribuir à administração um espaço claro de autonomia. Em concreto, neste caso, o legislador limita-se a “estabelecer um núcleo mínimo identificador do género da medida, deixando ao executor a invenção do conteúdo completo do ato”⁴³. Por outras palavras: o legislador terá renunciado a delimitar, de forma mais

⁴⁰ Utilizando, entre outros, estes fatores, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional*, in J. M. SÉRVULO CORREIA, *Escritos de direito público*, I, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 112-116; M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral*, I, 3.^a ed., pp. 192-193.

⁴¹ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Conceitos jurídicos indeterminados*, p. 96.

⁴² J. M. SÉRVULO CORREIA, *Conceitos jurídicos indeterminados*, p. 91, em nota.

⁴³ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual*, p. 479.

ou menos concreta, os efeitos de direito que podem ser produzidos pela norma, deixando essa competência à administração. Corresponde, por isso, seguramente a um caso de *discrecionariiedade criativa*, enquanto modalidade de discrecionariiedade de escolha – que, por sua vez, é uma espécie do género discrecionariiedade de efeitos jurídicos⁴⁴.

A discrecionariiedade criativa em sentido lato conhece três modalidades (que correspondem, simultaneamente, a uma gradação crescente de abertura da norma): a discrecionariiedade criativa *stricto sensu*, a discrecionariiedade aberta e a discrecionariiedade livre⁴⁵. No caso concreto, pode dizer-se que se trata de um caso de discrecionariiedade aberta, na medida em que o legislador conferiu à administração a possibilidade de proceder a uma “determinação substancial do interesse público”⁴⁶ e da forma como o mesmo modela os efeitos de direito da competência a exercer. Por outras palavras: mais do que meramente deixar os efeitos de direito ao critério da criatividade da administração, o legislador conferiu-lhe o poder-dever de identificar qual a dimensão concreta do interesse público que deve prevalecer em cada caso.

Essa determinação substancial do interesse público implica um juízo administrativo de avaliação e prognose de resultado que não é especificamente atingível por meio de uma argumentação puramente jurídica. Exige-se, assim, uma “operação de seleção, hierarquização e ponderação de interesses relevantes para o sentido da decisão, feita com autonomia à luz das circunstâncias do caso concreto”⁴⁷, convergindo para a opção por uma de várias hipóteses causais de desenvolvimento futuro através de raciocínios de causa-efeito ou meio-fim⁴⁸. Trata-se, pois, de uma decisão estratégica ou técnica que simultaneamente implica juízos com elementos determinantes de prognose e que obriga à ponderação de interesses complexos⁴⁹.

Apesar desta abertura, continuam a ser jurisdicionalmente controláveis: a competência, o procedimento, a exatidão dos pressupostos de facto, o fim legal,

⁴⁴ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual*, p. 479.

⁴⁵ Sobre estas modalidades e as respetivas distinções, embora sem considerar que são modalidades de discrecionariiedade criativa, cfr. P. GONÇALVES, *Manual de direito administrativo*, I, Coimbra, Almedina, 2019, p. 257.

⁴⁶ P. GONÇALVES, *Manual*, I, p. 281.

⁴⁷ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Conceitos jurídicos indeterminados*, p. 106.

⁴⁸ Especificamente sobre o erro manifesto de apreciação, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso administrativo*, I, pp. 624-631.

⁴⁹ Assinalando estes dois fatores como casos de inadequação de controlo judicial das indeterminações legais, cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, 6.^a ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020, p. 58.

o respeito pelos princípios constitucionais da atividade administrativa e pelos direitos fundamentais. Para o decretamento de providências “convenientes”, em fase de liquidação da fundação, pela entidade competente para o reconhecimento, interessam, em particular, dois fatores:

- (i) De entre os princípios constitucionais da atividade administrativa, cumpre salientar o primeiro subprincípio do princípio da proibição do excesso: o princípio da adequação ou idoneidade⁵⁰. Efetivamente, sendo um dos vícios da atividade administrativa discricionária o vício de erro grosseiro ou manifesto de apreciação, este corresponde a uma violação daquele subprincípio do princípio da proibição do excesso; e
- (ii) Para além dos demais direitos fundamentais, correspondendo a instituição de uma fundação ao exercício de um direito fundamental por parte do fundador – o direito fundamental de fundação⁵¹ –, é natural que o modelo adotado para a respetiva extinção e liquidação se encontre balizado por esse mesmo direito e pelas normas relativas à restrição ou intervenção restritiva de direitos fundamentais⁵².

⁵⁰ Sobre este subprincípio, cfr., por todos, J. REIS NOVAIS, *Princípios estruturantes de Estado de direito*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2022, pp. 111-114; V. CANAS, *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 577-604.

⁵¹ Sobre a necessidade de uma leitura fechada das causas de extinção das fundações com intervenção da entidade competente para o reconhecimento à luz do direito fundamental de fundação, cfr. D. SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 807-808. Defendendo a existência de um direito fundamental de fundação, ainda que com diferentes enquadramentos e âmbitos, cfr. D. SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público*, pp. 739-754; D. SOARES FARINHO, O direito fundamental de fundação – Portugal entre a Alemanha e a Espanha, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, I, J. Miranda (org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 257-305; J. M. SÉRVULO CORREIA / R. MEDEIROS, Restrições aos poderes do Governo em matéria de reconhecimento e de alteração dos estatutos das fundações de direito privado, in J. M. SÉRVULO CORREIA, *Escritos de direito público*, I, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 358-360; L. LOPES MARTINS, *As instituições particulares de solidariedade social*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 176; J. J. GOMES CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 651; P. GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 248. A propósito do direito de fundação, esclarecendo que o exercício de autonomia privada (do fundador) que lhe subjaz não se confunde com a expressão de uma liberdade de associação – a qual é negada na instituição de fundações, cfr. R. SOARES PEREIRA, Sobre a proposta de reconhecimento normativo de fundações privadas, in *Direito das fundações em debate: perspectivas de reforma*, D. Costa Gonçalves / R. Soares Pereira (org.), Lisboa, Principia, 2020, p. 29, p. 134.

⁵² No espaço alemão, para uma discussão sobre os fundamentos e limites da fiscalização e supervisão estadual das fundações – tanto a nível federal, como dos *Bundesländer* – à luz do §19 da *Grundgesetz* (correspondente, *grosso modo*, ao nosso artigo 18.º da Constituição), cfr. P. RAWERT, Vom Umgang des öffentlichen Rechts mit der Stiftung des BGB, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*,

Retira-se deste excurso que, ao ter caracterizado as providências a adotar como sendo as que a entidade competente para o reconhecimento “julgue convenientes”, o legislador atribuiu à administração um elevado grau de discricionariedade criativa que lhe permite inclusivamente determinar não só o conteúdo dos efeitos de direito do ato, mas também o concreto interesse público subjacente ao exercício da competência. Trata-se de um caso de discricionariedade aberta.

17. A busca por critérios densificadores do conteúdo e oportunidade das providências a tomar pela entidade competente para o reconhecimento deverá partir das ideias de especialidade, conveniência e prevalência dessas providências, e deverá ser orientada pelos bens jurídicos tutelados por este regime legal que possibilita a intervenção, em sede de liquidação, da entidade competente para o reconhecimento. Por outras palavras, indaga-se: quais as razões que justificam que a entidade competente para o reconhecimento possa, decretando providências *ad hoc*, modelar o regime de liquidação da fundação, afastando o regime legal aplicável subsidiariamente e por via analógica? A resposta não se alcança com as ideias de (i) que assim se garante o *controle* da entidade competente na fase de liquidação da fundação (pois esse controle é um meio e não um fim), e de (ii) que este é um imperativo de coerência, por a eficácia jurídica do *ciclo de vida* da fundação (constituição, transformação e extinção) depender sempre de ato jurídico praticado pela entidade competente (pois a liquidação corresponde a uma *fase* da extinção da fundação, e não ao concreto ato de extinção).

Band 65, S. Baer / O. Lepsius / C. Schönberger / C. Waldhoff / C. Walter (org.), 2017, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 200-204. O Autor principia esta discussão pela identificação dos direitos limitados com os vários modelos de intervenção estadual superveniente (*i.e.*, em vida da fundação) e dos seus titulares: saber se está em causa a restrição do direito fundamental de fundação do fundador, ou se este direito fundamental, constituída a fundação, de alguma forma se transfere ou projeta na fundação – a qual passará, por isso, a ter, atento o parágrafo (3) do §19 da *Grundgesetz* (“Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.”), uma *Grundrechtssubjektivität*. O Autor rejeita que essa transferência ou projeção se dê por via de uma “penetração” (*Durchgriff*), na fundação, do direito fundamental do fundador, pois, uma vez constituída a fundação, este não integra o substrato pessoal desta. Por isso, a propósito da fiscalização ou supervisão estadual de fundações já constituídas, o Autor discerne, como direitos potencialmente atingidos e restringidos, o direito fundamental de fundação do fundador (desde que admitida a sua eficácia *ex post*) e o complexo de direitos fundamentais das fundações que possam ser objeto de limitação com a intervenção. Quanto a este complexo, deve o mesmo ser aferido no caso concreto, ponderados os fins prosseguidos pela fundação: “Stiftungszweck und Grundrechtsschutz sind damit korrespondierende Größen” [trad. livre: “os fins da fundação e a proteção dos direitos fundamentais são, assim, variáveis correspondentes”] (p. 202).

18. Cumpre justificar a intervenção da entidade competente para o reconhecimento no processo de liquidação da fundação. Essa justificação não é, porém, necessariamente idêntica à justificação para a intervenção dessa entidade no momento genético – no reconhecimento – da fundação. O não reconhecimento de uma fundação não é equiparável à sua extinção e liquidação: desde logo, porque a extinção e liquidação da fundação tem “custos sociais” que não se verificam no seu não reconhecimento inicial⁵³.

Uma das razões a ponderar assenta na ideia de equiparação entre o papel desta entidade e o papel dos membros da assembleia geral de uma pessoa coletiva de base associativa – os quais são merecedores de uma tutela específica e gozam de mecanismos de controlo ao longo da vida da pessoa coletiva, em particular, em fase de liquidação (por exemplo, nas sociedades comerciais, a regra é a da definição do processo de liquidação pelos estatutos ou por deliberação dos sócios⁵⁴; nas cooperativas, cabe à assembleia geral designar a comissão liquidatária e atribuir-lhe os “poderes necessários para, dentro do prazo que lhe fixar, proceder à liquidação”⁵⁵). Faltando um substrato pessoal às fundações, e sem prejuízo de esse substrato poder ser mimetizado com a criação *ad hoc* de órgãos assembleares (veja-se o caso do conselho de fundadores ou de curadores⁵⁶), a entidade competente para o reconhecimento seria, nas fundações,

⁵³ Assim, a propósito das diferenças entre o não reconhecimento e a extinção da fundação por idoneidade (originária e superveniente) do fim, considerando os interesses e expectativas de terceiros, os interesses gerais (da coletividade) na prossecução do interesse social da fundação, e os interesses dos sujeitos a quem serão destinados os bens da dotação (recusado o reconhecimento) ou os bens da fundação (em caso de extinção), cfr. L. A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral*, I, 6.ª ed., p. 569; J. M. SÉRVULO CORREIA / R. MEDEIROS, *Restrições aos poderes do Governo em matéria de reconhecimento*, pp. 353-354.

⁵⁴ Nas sociedades comerciais, autoriza o n.º 5 do artigo 146.º do CSC o seguinte: “O contrato de sociedade e as deliberações dos sócios podem regulamentar a liquidação em tudo quanto não estiver disposto nos artigos seguintes.”

⁵⁵ Cfr. artigo 113.º, n.º 2, do Código Cooperativo.

⁵⁶ Criados nos termos do artigo 26.º, n.º 2, da LQF. A admissibilidade e os limites a esta mimetização são frequentemente testados em estudos sobre fundações. Centrando a discussão nos problemas de tipicidade das fundações e do *numerus clausus* de pessoas coletivas, cfr., com interesse, U. BURGARD, *Mitgliedschaft und Stiftung – Die rechtsfähige Stiftung als Ersatzform des eingetragenen Vereins*, in *Non Profit Law Yearbook 2005*, W. Walz / R. Hüttemann / P. Rawert / K. Schmidt (coord.), Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen, Bucerius Law School, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2006, pp. 99 e ss. O Autor, que desenvolve e defende o conceito de “participação” (*Mitgliedschaft*) na fundação, à semelhança do que sucede nas pessoas coletivas de base associativa, explora também os problemas dessa participação no confronto com o papel da entidade administrativa competente para o reconhecimento e para a fiscalização de fundações (*Instituten der Stiftungsanerkennung und Stiftungsaufsicht*). Em particular, conclui que o cometimento, a um órgão assemblear cujos membros tanto podem ser fundadores, doadores ou outros sujeitos designados por estes, de competências típicas de uma assembleia geral, não perturba nem desvirtua

um *sucedâneo*, para estes efeitos, dos sócios ou dos associados nas sociedades e nas associações (ou mesmo dos cooperadores nas cooperativas), seja fiscalizando, seja dominando o processo de liquidação. Esta não é uma ideia incomum: alguma doutrina funda a fiscalização sucessiva das fundações por parte da entidade administrativa competente na ausência de um órgão assemblear composto pelos participantes da fundação, com as funções de fiscalização da administração que a lei tipicamente atribui a esse órgão⁵⁷. Mas há também quem, no sentido inverso, perante as fragilidades e insuficiências dos poderes de fiscalização legalmente atribuídos à entidade administrativa, defenda – embora talhando uma argumentação mais oblíqua – que os fundadores, doadores e os sujeitos beneficiários da fundação têm um poder de fiscalização da administração⁵⁸.

o papel desempenhado pela entidade administrativa: seja porque essa assembleia não substitui, nem pode substituir, a entidade administrativa nas suas funções de fiscalização (pelo contrário: por regra, vem introduzir um nível mais intenso de fiscalização da administração), seja porque, caso os destinos da fundação venham a ser controlados por esse órgão assemblear, o fim e limite a considerar, que norteia a atividade da entidade administrativa, tanto no reconhecimento como em vida da fundação, é o dos *fins da fundação, considerada a vontade do fundador, tal como manifestada na instituição da fundação*. Ainda que o órgão assemblear, sendo composto por fundadores, possa estimular e propiciar um dinamismo e atualização da “vontade do fundador” em vida da fundação (dados supervenientes que, por regra, são irrelevantes), da ótica da entidade administrativa competente não muda o parâmetro que guia a atuação desta entidade na sua atividade fiscalizadora. Como refere o Autor, o problema descrito não tem autonomia particular se, por exemplo, considerarmos que os fundadores podem ser administradores da fundação (até a título vitalício) e que, por isso, também no plano das decisões da administração, este é problema com o qual a entidade administrativa poderá ter de lidar (pp. 104 e ss.). Para um mapeamento dos aspetos problemáticos dos mecanismos de controlo da administração das fundações por determinados sujeitos (fundadores, doadores ou beneficiários), embora defendendo a vigência de uma regra, que perpassa o direito das fundações, pela qual se permite a estes sujeitos, em distintas dimensões, a fiscalização e supervisão da fundação (e que o Autor extrai, por analogia, do regime das doações sob condição e das doações modais, tal como reguladas nos §§ 525 a 527 do BGB), cfr. C. KERSTING, *Die Kontrolle des Stiftungsvorstands durch Stifter und Destinatäre*, in *Non Profit Law Yearbook 2006*, W. Walz / R. Hüttemann / P. Rawert / K. Schmidt (coord.), Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen, Bucerius Law School, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 57 e ss.

⁵⁷ Cfr., entre outros, P. RAWERT, *Vom Umgang des öffentlichen Rechts mit der Stiftung des BGB*, p. 197. Citando outros nomes da doutrina alemã, afirma o Autor que é justamente porque “sie [a fundação] ist ein mitgliederloses Rechtssubjekt”, que esta carece de uma proteção especial – pois “[i]n der Praxis fehlt es nämlich zumeist an Personen, welche aus eigenem Recht die Verpflichtungen der Stiftungsorgane durchsetzen können” [trad. livre: “na prática, faltam sujeitos, com meios próprios, para fazer com que os órgãos da fundação cumpram as suas obrigações”].

⁵⁸ Assim, tendo como pano de fundo o regime alemão, vide C. KERSTING, *Die Kontrolle des Stiftungsvorstands durch Stifter und Destinatäre*, p. 60 – que alerta ainda para o facto de “der Staat hat nicht an allen Stiftungen ein gleich großes Interesse” [trad. livre: “o Estado não tem o mesmo

A equiparação de papéis, neste âmbito, entre a entidade competente para o reconhecimento e os sócios ou associados de pessoas coletivas de substrato pessoal – uma vez esgotada (ou não exercida) a intervenção dessa entidade, nos termos do n.º 1 dos artigos 194.º do Código Civil e 37.º da LQF – acaba por ter uma utilidade óbvia: considerando que (i) o regime de liquidação da fundação é definido por remissão para regras das associações (para o artigo 184.º do Código Civil), que (ii) a partir daí, sendo os demais regimes gerais de liquidação candidatos a regular, por via analógica, os casos omissos (*i.e.*, não cobertos pela regulação convocada por essa remissão) regimes alicerçados no substrato pessoal das entidades objeto de liquidação, como se antecipou e desenvolverá adiante, e que (iii) esses regimes não preveem mecanismos diretos de tutela ou atributivos de poderes de fiscalização ou de condução do processo, nessa fase de liquidação, a entidades terceiras (sobretudo se não revestirem a posição de credores), fica facilitada a tarefa do intérprete-aplicador de encontrar e concretizar, a partir desses regimes que comportem aplicação analógica, o conteúdo da posição jurídica da entidade competente e da sua legitimidade para intervir no âmbito da liquidação de uma fundação.

19. Contudo, esta razão não justifica *tudo*. Não justifica a amplitude dos poderes discricionários que são atribuídos à entidade competente, nem justifica que esta entidade possa modelar, com essa amplitude, o regime de liquidação de fundações. Os poderes atribuídos à entidade competente pelo artigo 194.º do Código Civil e pelo artigo 37.º da LQF podem, em abstrato, superar largamente os poderes que, nos regimes de liquidação aplicáveis subsidiariamente e por analogia, são cometidos aos associados, sócios, ou cooperadores, bem como aos credores da pessoa coletiva objeto de liquidação.

A equiparação apresentada nos parágrafos anteriores falha, pois, na medida em que os poderes legalmente atribuídos à entidade competente em fase de liquidação da fundação exorbitem os poderes legalmente atribuídos, nessa fase, aos sócios, associados ou cooperadores.

20. A justificação para essa exorbitância encontra-se na posição particular da entidade competente para o reconhecimento, que não se confunde com a dos sujeitos elencados. Diversamente do que sucede com esses sujeitos, a entidade

interesse em todas as fundações”], com ênfase em particulares insuficiências (ou mesmo desinteresse) na fiscalização, pela entidade administrativa competente, quando se trate de fundações de cariz familiar ou cujos fins não tenham uma vocação universal.

competente para o reconhecimento é, no processo de liquidação, uma parte por incumbência⁵⁹: intervém na fase de liquidação em nome próprio, não para evitar um prejuízo próprio, ou para a prossecução de um interesse próprio, mas para a promoção e tutela do interesse público – interesse do qual essa entidade não é titular mas que, sem a sua intervenção, quedaria indefeso. A aferição desse interesse público, cuja tutela justifica esta “incumbência” da entidade competente para o reconhecimento, deve ser feita no quadro do direito administrativo regulatório fundacional⁶⁰. Em causa está o *interesse público na concretização dos interesses sociais prosseguidos pelas fundações* (interesses sociais que, ao abrigo do disposto no artigo 3.º, n.º 2, da LQF, justificam o seu reconhecimento) e o *interesse público na defesa do instituto fundacional*⁶¹ (a preservação da essência ou integridade da fundação, assente no binómio «património-fins») em observância da vontade fundadora⁶².

O que se afirma não deve desaguar numa confusão entre o interesse social prosseguido pelas fundações e o interesse público. Os fins de interesse social das fundações não têm de coincidir com o interesse público⁶³ – nem mesmo quando lhes seja atribuído o estatuto de utilidade pública⁶⁴.

⁵⁹ Para uma aplicação do conceito de parte por incumbência no contencioso civil e no contencioso administrativo, cfr. P. COSTA E SILVA, *A Administração e a parte por incumbência*, CJA, n.º 120, novembro-dezembro 2016, pp. 28-34. Como assinala a Autora, o conceito releva no contencioso que envolve o interesse público, por haver que “lidar com a aparente disjunção entre o plano da titularidade do interesse tutelando – o interesse público – e a titularidade das situações jurídicas ordenadas à prossecução e tutela daquele interesse, caso se deva considerar que estas se inscrevem na esfera do ente administrativo que as prossegue” (p. 30).

⁶⁰ Analisando os objetivos do direito administrativo regulatório fundacional e referindo-se à prossecução de um *interesse público regulatório* pela entidade competente no reconhecimento e fiscalização das fundações privadas (que distingue do *interesse público institucional*, prosseguido por uma determinada pessoa coletiva ou instituição), cfr. D. SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público*, pp. 774 e ss.

⁶¹ Com as manifestações normativas que lhe são conhecidas no artigo 7.º da LQF.

⁶² Com a menção à “vontade fundadora”, não se trata de ver na entidade competente para o reconhecimento uma guardiã dos interesses individuais do fundador nem do seu direito subjetivo de fundação. Se assim fosse, a vontade dinâmica de um fundador vivo – em desvio da vontade declarada aquando da instituição da fundação – teria direta relevância na conformação do conteúdo dos poderes de supervisão da entidade competente para o reconhecimento. A vontade fundadora é essencialmente *guideline* interpretativa e integradora dos atos e negócios envolvidos na constituição e na vida da fundação, parâmetro de licitude da atuação dos membros dos órgãos fundacionais, e critério orientador do sentido da supervisão da entidade competente. Mas a garantia de observância dessa vontade, quando promovida por essa entidade, é um meio para alcançar a defesa do instituto fundacional e não um fim em si mesmo.

⁶³ Vincando a distinção entre o interesse público e os fins de interesse social das fundações, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA / R. MEDEIROS, *Restrições aos poderes do Governo em matéria de reconhecimento*,

Estas duas dimensões do interesse público constituem fundamento e limite à intervenção pública administrativa sobre as fundações privadas, em que assenta a ideia de subsidiariedade da supervisão administrativa das fundações, transversal a modelos como o português⁶⁵. Na medida em que a administração, estando vinculada às definições de interesse público primárias gizadas na lei e na Constituição, também participa na definição secundária do que vale como sendo de *interesse público*, estas duas dimensões são também critério balizador do interesse público definido pela administração⁶⁶. É a partir daqui que a doutrina tem discernido um conjunto de funções da entidade competente para o reconhecimento no que concerne aos seus poderes de fiscalização e de intervenção em vida (e morte) da fundação. Essas funções terão de ser aferidas casuisticamente, à luz dos dados positivos de cada ordenamento⁶⁷.

p. 352; D. SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público*, pp. 788 e ss.; R. SOARES PEREIRA, Sobre a proposta de reconhecimento normativo, pp. 136-138. A este propósito, importa notar que, na apreciação do elemento teleológico na fase do reconhecimento, quando a entidade competente avalia se a fundação prossegue um fim de interesse social, não goza de discricionariedade em sentido estrito: o que esta entidade faz é um controlo de legalidade do fim fundacional designado pelo fundador, atendendo ao disposto no artigo 3.º, n.º 2, da LQF, e não um juízo de oportunidade ou de mérito sobre esse fim ou sobre o modo como o fundador pretende que esse fim seja prosseguido – neste sentido, D. SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público*, p. 788; note-se que já J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, I, 2.ª ed., pp. 333 e ss. defendia que o reconhecimento era um ato discricionário apenas no respeitante ao pressuposto da suficiência dos bens, mas já não em relação ao pressuposto do interesse social. Nesta linha, afirma também R. SOARES PEREIRA, Sobre a proposta de reconhecimento normativo, p. 136, que será “excessivo” “ver no reconhecimento individual a sujeição de iniciativas da sociedade civil à luz de uma visão (circunstanciada) de interesse público da Administração”.

⁶⁴ Esclarecendo que as pessoas coletivas de utilidade pública “correspondem a uma mera forma de cooperação entre particulares e administração pública”, sem que os “fins de interesse geral, regional ou local” (artigo 4.º, n.º 1, da Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública) se reconduzam necessariamente ou exclusivamente à prossecução do interesse público, cfr. T. FIDALGO DE FREITAS / A. ALVES LEAL / T. PINTO, *O estatuto de utilidade pública. Anotação à Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública aprovada pela Lei n.º 36/2021, de 14 de junho*, Lisboa, INCM, 2022, p. 67.

⁶⁵ Cfr. D. SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público*, p. 781.

⁶⁶ Para uma contraposição entre *interesse público primário* – correspondente à definição abstrata dos «bens públicos» – e a definição, pela administração, do *interesse público secundário*, mediante a ponderação daquele interesse primário com outros bens, e a determinação, dentro da margem de livre decisão decorrente dessa ponderação, de qual a medida a adotar, cfr. R. EHRHARDT SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, Atlântida, Coimbra, 1955, p. 102; M. MELO EGÍDIO, Discricionariedade judicial e interesse público no contencioso administrativo português, in *Estudos em homenagem a Rui Machete*, Paulo Otero / Carla Amado Gomes / Tiago Serrão (org.), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 659 e ss.

⁶⁷ Em matéria de supervisão administrativa sucessiva das fundações privadas, para uma distinção entre as funções de proteção da integridade fundacional (*Schutz*), de controlo da atividade fundacional

A atribuição de situações administrativas à entidade competente para o exercício da supervisão sucessiva das fundações privadas – nas quais se inclui o decretamento das providências autorizadas pelo n.º 1 dos artigos 194.º do Código Civil e 37.º da LQF – está, assim, ordenada à prossecução de certas dimensões do interesse público por esta entidade, o que esta faz atuando em nome próprio (é *titular* dessas situações jurídicas), mas por interesse (público) alheio.

21. Cabe agora questionar em que termos a liquidação de uma fundação pode prejudicar as mencionadas dimensões do interesse público, com vista a justificar a atribuição dessas situações administrativas, nesta fase, à entidade competente, com a amplitude que lhes foi reconhecida. Ilustre-se com dois exemplos: (i) a fundação foi declarada extinta por desvio de fins (artigo 35.º, n.º 2, alínea *b*), da LQF), desvio esse perpetrado por uma administração cujos membros, à data da extinção, se mantêm todos ou na sua maioria em funções; (ii) em fase de liquidação, havendo bens remanescentes após satisfeitas as dívidas dos credores da fundação, caberá ajuizar e garantir o destino desses bens nos termos do artigo 12.º da LQF (fora dos casos em que se consente ao fundador a definição do destino dos bens, este artigo aponta no sentido da continuidade da prossecução dos fins da fundação extinta ao impor a destinação dos bens a uma pessoa coletiva de fins análogos). No primeiro exemplo, pode a entidade competente para o reconhecimento designar uma comissão liquidatária, destituindo os administradores em funções, de forma a assegurar, em fase de liquidação, que a gestão do património fundacional estará orientada à prossecução do interesse social subjacente ao reconhecimento desta ou à conservação desse património, com vista à sua partilha e afetação, nos termos do artigo 12.º da LQF. No segundo exemplo, pode a entidade competente para o reconhecimento indicar, desde logo, outra fundação, teleologicamente alinhada com a fundação extinta, a quem será destinado o património remanescente. Estes dois exemplos mostram-nos que a intervenção da entidade competente para o reconhecimento em fase de liquidação se move entre os eixos referidos: a tutela do interesse geral na manutenção, na medida possível, da prossecução do interesse social da fundação extinta, e a tutela da essência ou integridade da fundação, considerada uma dada afetação patrimonial aos fins de interesse social, tal como inicialmente pretendidos e declarados pelo fundador (o que procede mesmo que a fundação seja objeto de extinção: do que

(sobretudo na afetação património-fins) (*Kontrolle*), de garantia da observância da vontade fundadora (*Garantie*), e de aconselhamento e acompanhamento das fundações (*Beratung*), cfr. P. RAWERT, *Vom Umgang des öffentlichen Rechts mit der Stiftung des BGB*, pp. 198 e ss.

se trata é da *observância, transferência e perpetuação* dessa relação património-fins na estrita medida possível).

22. Questão diferente é a da proteção de direitos de terceiros em fase de liquidação da fundação. Por exemplo, havendo credores, e não sendo o património da fundação suficiente para a satisfação dos respetivos créditos, deverá garantir-se que essa satisfação ocorrerá por rateio, de forma equitativa, considerando a graduação de créditos aplicável, sem que ocorram dissipações patrimoniais por atos da administração ou distribuições patrimoniais indevidas. Também aqui a entidade competente para o reconhecimento poderá intervir, decretando “providências convenientes” para a tutela de terceiros. Discutível é, porém, que as situações administrativas atribuídas à entidade para o exercício deste poder estejam *também* funcionalizadas à tutela de terceiros e, em geral, à tutela da segurança do tráfico jurídico-negocial. É que estas “tutelas” subjazem à generalidade dos regimes de liquidação patrimonial de direito privado, nos quais não participam entidades administrativas com este complexo e amplitude de poderes. Mesmo que os interesses assim protegidos – porventura com mais intensidade o tráfico jurídico-negocial – sejam considerados «bens públicos». Pense-se no processo de insolvência – o processo de liquidação patrimonial *judicial* por excelência – que é geralmente perspectivado como estando primariamente funcionalizado à proteção do interesse público na preservação do bom funcionamento do mercado e, em particular, tratando-se de empresas insolventes, à proteção do interesse público na proteção do crédito comercial e empresarial⁶⁸. Sem prejuízo das competências atribuídas ao administrador de insolvência e ao tribunal que possam aproximar-se das “providências convenientes” a decretar pela entidade competente para o reconhecimento, não são estas decretadas por entidade de natureza administrativa no exercício de poderes discricionários, sem a atribuição das correspondentes garantias processuais para o insolvente ou sujeitos implicados na insolvência.

23. O que se afirma nos pontos antecedentes torna difícil acompanhar, sem outra ordem de razões, entendimentos que, discernindo nos poderes da entidade competente para o reconhecimento a finalidade de proteger o património da

⁶⁸ Assim, cfr. C. SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito. O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 341. *Vide* também, no Preâmbulo do CIRE, uma aproximação a esta justificação: “a vida económica e empresarial é vida de interdependência, pelo que o incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais”.

fundação e os interesses de terceiros, defendem a interpretação das normas atributivas desses poderes à luz do regime do CSC e, como se verá adiante, a aplicação do regime de liquidação das sociedades comerciais à liquidação das fundações⁶⁹.

24. Sobre o conteúdo dessas providências, para além de, como já referido, não se justificar que repitam o que resulta da aplicação do regime legal aplicável a título subsidiário e por analogia (atenta a sua especialidade), o decretamento das mesmas está funcionalizado à tutela do interesse público conforme acima balizado e nos termos concretizados, a todo o tempo, pela administração. As providências devem, por isso, mostrar-se *adequadas, necessárias e equilibradas*, à luz dos dados do caso concreto, para o alcance dessa tutela. O que, como também já se desenvolveu, justifica a atribuição de discricionariedade de ação à entidade competente para decretar providências ao abrigo do n.º 1 dos artigos 194.º do Código Civil e 37.º da LQE. Compulsadas as causas de extinção da fundação, compreende-se que haverá cenários que podem não reclamar esse tipo de intervenção da entidade competente. Pense-se, por exemplo, na causa menos patológica para a extinção de fundações: o decurso do prazo, no caso de fundações temporárias⁷⁰. Nesse caso, dificilmente a intervenção passará o teste da adequação, pois na maioria dos casos não contribuirá para nenhum interesse público ou privado relevante.

Mas, sobretudo pensando nas restantes causas que habilitam a entidade competente para o reconhecimento a decretar a extinção – *i.e.*, quando o seu fim se tiver esgotado ou se tiver tornado impossível, quando as atividades desenvolvidas demonstrem que o fim real não coincide com o fim previsto no ato de instituição e quando não tiverem desenvolvido qualquer atividade relevante nos três anos precedentes⁷¹ –, convém equacionar modelos ou catálogos de providências que, mesmo em abstrato e *a priori*, se afigurem adequadas, necessárias e equilibradas.

Entre elas avulta, pela sua importância prática, a *designação dos liquidatários* pela entidade competente, em acréscimo ou em substituição dos administradores da fundação, sem necessidade de apresentar justa causa para o efeito – diversamente, por exemplo, do que sucede nas sociedades comerciais, por essa justa causa ser exigida quando o conselho fiscal, qualquer sócio ou credor da sociedade decidam

⁶⁹ É este o entendimento de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Artigo 194.º, in *Código Civil comentado*, I, p. 538. De resto, o tema é insuficientemente explorado na doutrina portuguesa.

⁷⁰ Cfr. artigo 35.º, n.º 1, alínea a), da LQE.

⁷¹ Cfr. artigo 35.º, n.º 2, da LQE.

requerer a destituição da administração liquidatária ou de liquidatário anteriormente designado⁷². A plasticidade decisória autorizada à entidade competente para o reconhecimento permite uma multiplicidade de soluções quanto à designação dos liquidatários e aquando dessa designação: ilustrativamente, (i) *quanto à orgânica*, pode conduzir, ou não, à constituição de um órgão colegial (a comissão de liquidatários) ou de um órgão singular (o liquidatário), que substitua o conselho de administração ou que funcione paralelamente a esse órgão; (ii) *quanto às competências*, os liquidatários podem assumir, ou não, todas as competências do conselho de administração, esvaziando materialmente os poderes deste órgão, ou podem ter competências circunscritas à autorização da prática de certos atos ou negócios pelo conselho de administração, como se essa comissão de um *controller* externo se tratasse; e (iii) *quanto à sobrevivência do conselho de administração*, pode levar, ou não, à destituição de todos ou de alguns administradores da fundação.

Para lá da designação dos liquidatários, são pensáveis outras providências, como (i) o estabelecimento de um prazo máximo para o período de liquidação, (ii) a manutenção do conselho de administração da fundação (cujos administradores passam a assumir a função de liquidatários), mas concomitante com a fixação de um conjunto de atos proibidos ou sujeitos a autorização da entidade competente; (iii) a fixação de um prazo e termos específicos para a prestação de contas em fase de liquidação, ou (iv) o decretamento da liquidação parcial e partilha em espécie dos bens remanescentes.

Não se encontra qualquer razão justificativa que obste a que as providências, não tendo sido decretadas no início do processo de liquidação, não possam sê-lo supervenientemente, com o processo de liquidação em curso – sem que, contudo, o decretamento dessas providências possa prejudicar a eficácia dos atos até então

⁷² É a solução acolhida no artigo 151.º, n.º 3, do CSC. Nestes casos, a destituição ocorrerá por “via administrativa” – ou seja, seguindo o procedimento regulado no artigo 30.º do Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais. A decisão de destituição compete ao conservador, que pode solicitar, na avaliação da justa causa para destituição, a intervenção de perito nomeado nos termos do n.º 3 do artigo 18.º desse diploma. Em contraste com esta solução, tratando-se de destituição deliberada pelos sócios da sociedade em liquidação, esta não depende da verificação de uma situação de justa causa (artigo 151.º, n.º 3, do CSC). Apontando as diferenças entre estas soluções, cfr. R. VENTURA, *Dissolução e liquidação de sociedades. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 305-306; C. CUNHA, Artigo 151.º, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, II, 3.ª ed., J. Coutinho de Abreu (coord.), Coimbra, Almedina, 2021, pp. 780-787; J. PEREIRA DIAS, Artigo 151.º, in *Código das Sociedades Comerciais anotado*, A. Menezes Cordeiro (coord.), Coimbra, Almedina, 2022, p. 646.

processados. Numa intervenção mais contida, também não se vê impedimento a que a entidade competente para o reconhecimento se limite, através destas providências, a fazer um *controle negativo* do regime de liquidação que tenha sido fixado estatutariamente, nos termos em que essa fixação seja admitida⁷³, opondo-se expressamente a soluções que considere não serem convenientes à prossecução do interesse público regulatório que tem a incumbência de defender.

25. A liberdade decisória da entidade competente está também limitada pela ação dos direitos fundamentais com que possa conflitar. Assim, as providências a decretar não podem atentar contra normas imperativas de direito material que sejam aplicáveis e que sejam concretização de direitos fundamentais. Julga-se, por isso, de duvidosa admissibilidade a providência de acordo com a qual se impeça a administração-liquidatária da fundação de satisfazer, em fase de liquidação, os créditos de determinados credores que sejam pessoas especialmente relacionadas, de forma direta ou indireta, com o fundador ou administradores, ou a providência que decrete a responsabilidade patrimonial subsidiária do fundador ou dos administradores pelo elevado passivo da fundação (resultante da prática de atos prévios à liquidação), quando este seja manifestamente superior ao seu ativo. Em ambos os casos está – pelo menos – em causa a tutela do direito fundamental de propriedade dos sujeitos prejudicados com as medidas ilustradas. Estas medidas podem eventualmente vir a ser decretadas por via judicial – balizadas por limites de outra ordem –, mas não por via administrativa. Seria o caso de imposição destes comandos, pelo tribunal, no âmbito de ação judicial de responsabilidade civil por gestão danosa proposta contra os administradores, no âmbito de ação judicial que se funde na desconsideração da personalidade coletiva da fundação e impute aos administradores ou ao fundador as dívidas da fundação, ou mesmo no âmbito de ação que impugne os créditos reclamados das pessoas relacionadas com o fundador ou administradores (os quais, passando a assumir a natureza de créditos litigiosos, sempre veriam a sua satisfação suspensa no processo de liquidação).

No demais, estando em causa uma hipótese de discricionariedade aberta, os efeitos de direito que resultem das determinações administrativas dependem essencialmente da criatividade da administração, com os limites acima assinalados.

⁷³ Cfr. § 8.º *infra*.

§ 7.º – Regimes de aplicação subsidiária e de aplicação analógica candidatos à regulação da liquidação da fundação

26. Na ausência de providências que sejam decretadas pela entidade competente, ou, tendo sido decretadas, não cobrindo estas todo o regime da liquidação da fundação (como será o mais normal, pela multiplicidade de *casus* que a fase de liquidação convoca), o processo aplicativo do regime subsidiariamente aplicável inicia-se pelo artigo 184.º do Código Civil⁷⁴, do qual se retiram quatro regras aplicáveis à liquidação de fundações.

A primeira regra (i) consiste na *manutenção no cargo*: trata-se da regra segundo a qual os membros dos órgãos da pessoa coletiva se mantêm em funções durante a fase de liquidação; em particular, isto significa que, salvo providência em contrário, os administradores das fundações continuam a exercer funções de administração, agora investidos no cargo de liquidatários.

A segunda regra (ii) consiste na *limitação de poderes*: trata-se da regra segundo a qual os poderes desses membros, em fase de liquidação, estão limitados à prática dos atos meramente conservatórios e dos necessários, quer à liquidação do património social, quer à ultimateção dos negócios pendentes.

A terceira regra (iii) consiste na *responsabilidade patrimonial*: trata-se da regra segundo a qual os administradores-liquidatários ficam pessoalmente obrigados (incluindo, perante terceiros) pelos atos que exorbitem esses poderes, salvo nos casos em que tenham sido contraídas obrigações pelos administradores em nome da fundação perante terceiros de boa fé e à extinção não tenha sido dada a devida publicidade – nestes casos, é a fundação que se ficará vinculada perante terceiros, sem prejuízo da sua tutela indemnizatória perante os administradores-liquidatários.

A quarta e última regra (iv) consiste na *responsabilidade civil*: trata-se da regra segundo a qual os administradores-liquidatários ficam solidariamente obrigados a responder pelos danos causados à fundação pelos atos que exorbitem esses poderes.

27. No demais, o regime das associações não contém um regime específico para a liquidação das associações, o que faz com que, tal como adiantado, a remissão operada pelo n.º 2 do artigo 194.º do Código Civil e do artigo 37.º da LQF não resolva o problema da identificação de todo o regime de liquidação aplicável às fundações. Importa esclarecer que a definição do regime de liquidação das fundações

⁷⁴ Sobre este regime, cfr. a referência de J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, I, 2.ª ed., p. 303; desenvolvidamente, cfr. D. FARTO BAPTISTA, Artigo 184.º, in *Comentário ao Código Civil. Parte geral*, pp. 401-403; L. A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral*, I, 6.ª ed., pp. 582-583.

por remissão legal para o regime das associações é solução que se encontra em ordenamentos próximos, como no alemão⁷⁵. No nosso regime, o problema não é o da técnica remissiva, é o da insuficiência do regime visado por essa remissão. Apenas faria sentido essa remissão com a convocação, a título subsidiário, do regime das associações se este consagrasse, tal como sucede no ordenamento alemão (§§ 47 a 53 do BGB), um regime geral para a liquidação destas. Note-se que mesmo no Anteprojeto de Ferrer Correia, que propunha, no seu artigo 73.º, como resultava expressamente da sua epígrafe, uma “remissão para o capítulo das associações” (pese embora o regime das fundações proposto contasse com regras específicas sobre a liquidação de fundações), essa remissão não era imprestável, por o regime das associações aí projetado contar, nos artigos 38.º a 49.º, com um regime para a liquidação de associações com densidade regulativa suficiente para dar resposta aos problemas que tipicamente surgem nesta fase da vida da pessoa coletiva.

28. Conduzido ao artigo 184.º do Código Civil, e uma vez esgotada a cobertura regulativa desse preceito, o intérprete-aplicador tem de enfrentar a tarefa de identificação do regime de liquidação aplicável às fundações, quanto aos *casus* não abrangidos nessa cobertura. Ainda que em abstrato, admite-se que, em matéria de liquidação de uma pessoa coletiva, vários são os problemas que carecem de regulação e que não encontram essa regulação no artigo 184.º do Código Civil. E, uma vez compulsados os regimes legais de liquidação de pessoas coletivas exteriores ao Código Civil, não se encontra nenhum que seja diretamente aplicável aos problemas não regulados pelo artigo 184.º do Código Civil, convocado por remissão, a título subsidiário.

Num esforço de simplificação, avança-se sem problematizar, pressupondo a presença de lacunas de regulação cuja integração se impõe ao intérprete-aplicador. Perante um potencial caso omissivo, identificada uma lacuna, cabe apurar o regime de liquidação analogicamente aplicável com vista à integração da lacuna. Note-se,

⁷⁵ A propósito da extinção de fundações, o artigo § 88 do BGB remete, com as devidas adaptações, para os §§ 46 a 53 do BGB. Os artigos §§ 47 a 53 do BGB consagram um regime específico para a liquidação de associações. Sobre a amplitude desta remissão, cfr. HÜTTEMANN/RAWERT, BGB § 88, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 1, Allgemeiner Teil: §§ 80-89 (Stiftungsrecht)*, Sellier / de Gruyter, 2017, Rn. 11. Note-se que no regime legal das fundações, na versão resultante da *Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes (StiftRVEG)*, de 16 de julho de 2021, que apenas entra em vigor em 1 de julho de 2023, mantém-se no essencial, no § 87c (2) do BGB, a remissão legal para o regime de liquidação das associações (que atualmente encontramos no § 88 do BGB). Importa ainda referir que este diploma vem também introduzir, no regime das fundações, para entrar em vigor em 1 de julho de 2026, o § 87d do BGB, o qual, no seu (2) regula o registo da liquidação da fundação e das restrições aos poderes dos atos dos liquidatários.

porém, que perante a insuficiência do regime de liquidação das fundações, mais do que lacunas normativas (detetadas na incompletude de regras jurídicas ou na falta de uma regra jurídica), as lacunas detetadas serão de regulação, porque reveladas, não na incompletude de uma disposição jurídica particular, mas por referência a uma certa regulação de conjunto, com base na intenção reguladora subjacente à lei⁷⁶.

Esclareça-se ainda que não existe qualquer disposição normativa no regime das fundações (e no regime das associações) que estatua ou sugira essa aplicação analógica e que, com isso, possa aliviar a tarefa do intérprete-aplicador.

29. A integração da lacuna de regulação, por analogia (cfr. artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil), exige que, nos casos omissos, procedam as razões justificativas da regulamentação de processos de liquidação previstos na lei (os casos regulados). Para tal, não basta encontrar, a nível de sistema externo (ou mesmo de subsistemas internos), regimes legais de liquidação de patrimónios: a integração terá de ser feita através de um desenvolvimento *praeter legem* das valorações embutidas nas fontes⁷⁷. Assim, apenas são candidatos a regular, por analogia, a liquidação de fundações aqueles regimes que comunguem, com esses casos omissos, das mesmas características essenciais⁷⁸. De outro prisma, as propriedades específicas das fundações devem apresentar similitude suficiente – mesmo que não simétrica – com as propriedades específicas dos patrimónios ou das entidades sujeitos a liquidação nesses regimes, propriedades essas que são relevantes face às razões justificativas das normas que estabelecem e regulam essa liquidação. A prescrição da relevância dessas propriedades terá logicamente de ser feita em função de um dado padrão de relevância.

⁷⁶ Para uma distinção entre lacunas normativas e lacunas de regulação, cfr. K. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 3.ª ed., Lisboa: FCG, 1997, p. 528. Como afirma o Autor, nas lacunas de regulação, “não se trata de que [...] a lei, se se quiser aplicar sem uma complementação, não possibilite uma resposta em absoluto; a resposta teria de ser que justamente a questão de facto não está regulada e que, por isso, a situação de facto correspondente fica sem consequência jurídica”. Mas, como conclui o Autor, “uma tal resposta, dada pelo juiz, haveria de significar uma denegação de justiça, se se tratar de uma questão que caia no âmbito da regulação jurídica intentada pela lei e não seja de atribuir, por exemplo, ao espaço livre do Direito”.

⁷⁷ Cfr. C.-W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, pp. 16 e ss.

⁷⁸ Como resumia J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito*, 13.ª ed., p. 447, é necessário que as semelhanças do caso omissio com o caso regulado sejam “mais relevantes do que as diferenças” que os separam; “há um núcleo fundamental nos casos que exige a mesma estatuição. Se esse núcleo fundamental pesar mais que as diversidades, podemos então afirmar que há analogia”.

30. A ponderação dos regimes candidatos à regulação, por analogia, da liquidação da fundação, deve principiar pelo afastamento dos regimes de liquidação de natureza judicial. Nos casos, em particular, de extinção por iniciativa da entidade competente para o reconhecimento⁷⁹, a natureza extrajudicial do processo de liquidação assoma, a montante, por esta via, sem prejuízo do recurso, pela entidade competente, aos tribunais, para impugnação judicial de algum ato praticado pelos liquidatários na pendência da liquidação (como também se admite no regime espanhol, nos termos acima apresentados). Se se tratar, pelo contrário, de extinção da fundação provocada por decisão judicial⁸⁰, caberá, então, indagar do regime judicial de liquidação do seu património. A resposta será, contudo, complexa: o atual Código de Processo Civil não consagra um processo especial de liquidação de sociedades comerciais ou civis, contrariamente ao que sucedia no regime anteriormente vigente, plasmado nos artigos 1122.º a 1130.º do Código de Processo Civil de 1961⁸¹, ainda que a lei processual inscreva no âmbito da competência dos juízos de comércio “as ações de liquidação judicial de sociedades”⁸².

Acresce que, diversamente do que sustentava Marcello Caetano, parecem pouco intensas as similitudes da liquidação da fundação com a liquidação da herança vaga em benefício do Estado – processo especial que sobreviveu às mudanças legislativas e cuja consagração se mantém nos artigos 938.º e seguintes do atual Código de Processo Civil⁸³. Pese embora uma similitude relevante com

⁷⁹ Nos termos do n.º 2 do artigo 35.º da LQF.

⁸⁰ De acordo com n.º 3 do mesmo artigo 35.º da LQF.

⁸¹ Problematicando a ausência deste processo especial no Código de Processo Civil atual e indagando do seu “equivalente”, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. 3898/17.0T8GMR.G1, de 10.07.2018, embora decidindo que “eliminado, no actual C.P.C., o processo especial de liquidação judicial de sociedades, que o Código anterior previa e regulava, o meio processual que agora melhor se adequa, tendo em consideração os fins em vista, é o incidente da liquidação posterior à sentença, previsto no n.º 2 do art.º 358.º, ainda que se não prescinda do cumprimento do dever de adequação formal, consagrado no art.º 547.º”. Mais recentemente, no mesmo sentido, decidiu o Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. 562/19.9T8VNG.P1, de 10.01.2022, ao defender que “à liquidação da sociedade comercial declarada nula (em ação comum) aplica-se o regime consagrado no Código Civil (nos arts 1010º a 1020º [...]), por força do disposto no n.º 2, do art.º 36.º, do CSC, e, sendo caso disso, o estatuído na lei de processo. [Neste caso,] tem a liquidação judicial de ter lugar, incidentalmente, na ação que a decretou, nos termos do art. 358º, do CPC, não obstante para a liquidação judicial de sociedades comerciais competentes sejam os juízos de comércio, nos termos da al. e), do nº1, do art. 128º, da Lei nº 62/2013 de 26 de agosto”.

⁸² Cfr. artigo 128.º, n.º 1, alínea e), da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário).

⁸³ Afirmava M. CAETANO, *Das fundações*, p. 154, que “na liquidação da fundação, parece dever observar-se, na medida do possível, o artigo 1133.º do Código de Processo Civil, relativo à liquidação

o caso da liquidação das fundações, que é o de o desenho do regime deste processo especial estar funcionalizado à entrega, ao Estado, de bens sobrantes, trata-se de um regime construído para efetivar uma concreta destinação patrimonial (os bens da herança vaga), uma vez arredados do processo outros credores de tais bens (os demais sucessíveis legítimos do autor da sucessão) e não para regular, em todas as suas dimensões, o processo de partilha desse património⁸⁴. Este é um processo especial que não está pensado para as particularidades da liquidação de uma pessoa coletiva, mas apenas de uma concreta massa patrimonial *destinada*: falta-lhe, desde logo, toda a densidade regulativa associada à prestação e aprovação das contas antes e depois da liquidação, bem como a regulação dos poderes dos liquidatários enquanto representantes do liquidado. Em qualquer caso, mesmo que se acusasse alguma proximidade valorativa com esse regime – o que não deixa de se admitir nos casos, em que, satisfeitos os credores da fundação, se verifica ativo remanescente – seria dificilmente conciliável com a tipicidade dos processos especiais a sua aplicação analógica à liquidação de fundações⁸⁵. O que não impede que, num primeiro nível regulativo, a entidade competente para o reconhecimento decrete, dentro da margem decisória que lhe é permitida, providências de conteúdo similar às que dão forma a este processo especial.

31. De natureza extrajudicial, são ponderáveis dois regimes de liquidação como base para o juízo de analogia referido: o regime de liquidação das sociedades comerciais⁸⁶ e o Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução

de patrimónios “em benefício do Estado”. Atualmente, este processo especial está circunscrito às heranças vagas em benefício do Estado.

⁸⁴ Salientado ser esta essencialmente, na sua fase executiva, “uma ação destinada a efetivar o direito sucessório do Estado”, cfr. P. CALLAPEZ, *Liquidação da herança vaga em benefício do Estado*, in *Processos especiais*, I, R. Pinto / A. Alves Leal (org.), Lisboa, AAFDL, 2020, p. 218.

⁸⁵ Cfr. R. PINTO / N. ANDRADE PISSARRA, *Processos especiais: conceito, classificações e regime*, in *Processos especiais*, I, p. 42, defendendo, em alusão à tipicidade dos processos especiais, que “não cab[e] interpretação extensiva ou por analogia da aplicabilidade do processo especial, salvo se o próprio texto legal que regula certo processo especial o permitir. Tal era o entendimento clássico de Alberto dos Reis assente na ideia de que «o processo especial é um processo-exceção [...] e o processo comum é um processo-regra» e que mantemos, sem prejuízo de admitirmos que se possa pensar diversamente, nomeadamente num quadro de flexibilização justificada nos deveres de gestão processual e de adequação formal (cf. artigos 6.º, n.º 1, *in fine*, segunda parte, e 547.º)”.

⁸⁶ A liquidação das sociedades comerciais é matéria regulada no capítulo XIII da parte geral do CSC, nos artigos 146.º a 165.º. Trata-se de regime que principia por regras gerais (artigo 146.º), regulando a partilha imediata, se inexistirem dívidas (artigo 147.º), disciplinando várias operações

e de Liquidação de Entidades Comerciais⁸⁷ (doravante, abreviadamente referido como “Regime da DLA”). Algumas vozes na doutrina pronunciam-se no sentido da aplicação, à liquidação de fundações, do regime de liquidação das sociedades comerciais, com as necessárias adaptações⁸⁸. Em geral, topam-se também entendimentos no sentido da admissibilidade do recurso à aplicação analógica do direito das sociedades comerciais perante lacunas de regulação no regime das fundações⁸⁹.

32. Antes de discutir a intensidade das similitudes que nos conduzem à aplicação analógica de um ou outro regime de liquidação, importa ter presente que ambos estão pensados para (i) pessoas coletivas de base associativa, (ii) de natureza comercial, (iii) cujos membros dessa base associativa são, em abstrato, os destinatários finais do ativo remanescente da liquidação (exceto nas cooperativas, também incluídas no âmbito subjetivo do Regime da DLA⁹⁰). São propriedades que não se encontram nas fundações de direito privado: estas são (i) pessoas coletivas de substrato patrimonial, (ii) de natureza civil, (iii) sem “credores residuais”⁹¹, (iv) cujo património

(artigos 148.º a 150.º), definindo o *status* dos liquidatários (artigos 151.º e 152.º), versando sobre a gestão da posição jurídica – ativa e passiva – da sociedade (artigo 153.º), sobre o pagamento e gestão do passivo social (artigo 154.º) e sobre a partilha do ativo restante (artigos 156.º e 159.º), regulando ainda os deveres de informação dos liquidatários quanto às contas anuais (artigo 155.º) e respetivo relatório, que devem ser aprovadas pelos sócios (artigo 156.º); encerrada a liquidação, é regulado o registo desse facto (artigo 160.º), admitindo-se, ainda, em fase pós-encerramento, o regresso à atividade (artigo 161.º), ações pendentes (artigo 162.º), passivo (artigo 163.º) e ativo superveniente (artigo 164.º), com autonomização da liquidação societária em caso de invalidade do contrato (artigo 165.º).

⁸⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

⁸⁸ Neste sentido, cfr. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Artigo 194.º, in *Código Civil comentado*, I, p. 538.

⁸⁹ Assim, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, As fundações: um instituto jurídico-privado, in *Direito das fundações em debate: perspetivas de reforma*, D. Costa Gonçalves / R. Soares Pereira (org.), Lisboa, Principia, 2020, p. 29.

⁹⁰ Atento o disposto no artigo 114.º, n.ºs 2 e 3, do Código Cooperativo.

⁹¹ Recorre-se aqui à expressão utilizada por J. FERREIRA GOMES, Administração de fundações, in *Direito das fundações em debate: perspetivas de reforma*, D. Costa Gonçalves / R. Soares Pereira (org.), Lisboa: Principia, 2020, pp. 146-147. O Autor recupera a expressão de F. EASTERBROOK / D. FISCHEL, *The corporate contract*, “Columbia Law Review”, n.º 89, 1989, p. 1425, para se referir à ausência de sócios ou membros que, numa perspetiva jurídica-económica, suportem o risco da sua atividade e que, *por isso*, com vista à rentabilização do seu investimento, fiscalizem a administração (não há sócios que exijam a prestação de contas, não há sócios com competência para designar, destituir e fixar a remuneração dos administradores, nem há sócios com legitimidade para responsabilizar os administradores pelo eventual incumprimento dos seus deveres).

não é partilhável⁹². As *rationes* das normas destes regimes que assentem nestas propriedades específicas da entidade em liquidação não procedem nas fundações, não podendo, assim, fundar a aplicação analógica dessas normas.

33. Nos casos em que a extinção da fundação opere por decisão da entidade competente⁹³, é no Regime da DLA que se verifica, de forma mais intensa, a procedência das razões justificativas desse regime face às exigências normativas da liquidação de fundações⁹⁴.

São duas as vias que permitem alcançar esta conclusão.

A primeira, e mais relevante, convoca, *a nível intermédio*, uma aplicação analógica do regime legal de liquidação das cooperativas⁹⁵. Intui-se, sem dificuldade, que a similitude axiológico-valorativa entre fundações e cooperativas é significativamente mais intensa do que a similitude entre fundações e sociedades comerciais. Basta pensar na comunhão das propriedades (i) ausência de escopo lucrativo, (ii) ausência de “credores residuais”, e (iii) insusceptibilidade de partilha do património social, verificáveis nas fundações e cooperativas, mas já não nas fundações e sociedades comerciais, para transitar de uma mera intuição para uma conclusão juridicamente situada.

O que justifica que se indague da aplicação analógica do regime de liquidação de cooperativas à liquidação de fundações. Ora, excetuados os casos em que a fonte da dissolução resulte de ato judicial ou de deliberação da assembleia geral, à liquidação de cooperativas é aplicável, por determinação legal, o Regime da

⁹² Cfr. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, III, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 39, afirmando que, em relação às pessoas coletivas sem fins lucrativos, não há lugar a partilha em fase de liquidação, revertendo geralmente os bens sobranes para pessoas com a mesma natureza, com exclusão dessa atribuição aos fundadores, associados ou cooperadores. Ressalve-se, contudo, que essa atribuição pode verificar-se com a reversão dos bens ao património do fundador, mediante cláusula estatutária expressa (cfr. ponto 35 *infra*), com o reembolso das contribuições patrimoniais dos associados, também mediante cláusula estatutária expressa (artigo 167.º, n.º 1, do Código Civil), e com o resgate dos títulos de investimento, das obrigações e de outras prestações eventuais dos membros da cooperativa, bem como dos títulos de capital (artigo 114.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), do Código Cooperativo). Mas, em rigor, nenhuma destas hipóteses configura uma “partilha” patrimonial (de lucro), no sentido adotado no texto.

⁹³ Cfr. artigo 35.º, n.º 2, da LQF.

⁹⁴ Nos casos em que a extinção se deva a decurso do prazo ou à verificação de qualquer outra causa extintiva no ato de instituição, sem que tenha tido intervenção, para tal, da entidade competente para o reconhecimento, o entendimento expresso em texto sobre o regime analogicamente aplicável não é necessariamente procedente, por concitar outra ordem de interesses a ponderar casuisticamente.

⁹⁵ Cfr. artigo 113.º do Código Cooperativo.

DLA⁹⁶. Esta solução contida no artigo 113.º, n.º 3, do Código Cooperativo merece nota: apesar da proximidade axiológica-valorativa entre cooperativas e sociedades comerciais – revelada, desde logo, pelo artigo 9.º do Código Cooperativo, que determina a aplicação subsidiária do CSC (nomeadamente aos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas) às lacunas do regime cooperativo –, foi opção do legislador não aplicar à liquidação de cooperativas o regime de liquidação das sociedades comerciais (salvo nos casos, que admitimos, de dissolução resultante de decisão da assembleia geral), mas antes o Regime do DLA e regimes de liquidação judicial (quando a dissolução resulte de decisão judicial ou seja aplicável o CIRE).

A esta luz, para além do recurso a uma argumentação *a fortiori* (cujas fragilidades no plano metodológico não se ignoram), acusaria uma incoerência valorativa do sistema a aplicação do regime da liquidação das sociedades comerciais à liquidação das fundações mas não às cooperativas, dada a maior convergência axiológica entre cooperativas e sociedades comerciais do que entre fundações e sociedades comerciais.

Contra esta ideia de aproximação, para estes efeitos, de fundações e cooperativas (e de afastamento entre fundações e sociedades comerciais), não vale esgrimir, com suporte no artigo 9.º do Código Cooperativo, que o direito cooperativo é mero direito especial face ao direito societário, sem que corresponda, ao primeiro, a plena autonomia de um sistema interno⁹⁷. É que mesmo não recusando a especialidade do direito cooperativo face ao direito societário, a regulação expressa da liquidação das cooperativas no artigo 113.º, n.º 3, do Código Cooperativo, com a remissão para o Regime da DLA, afastaria argumentos baseados nesta ideia. Acresce que, na tarefa de integração de lacunas por analogia, o que se exige ao intérprete-aplicador é a busca de similitudes relevantes entre o caso omissis e o caso regulado, independentemente de essa regulação ser especial face a outra. Até porque a especialidade do regime das cooperativas face ao regime das sociedades comerciais encontra justificação em propriedades das cooperativas não verificáveis nas sociedades comerciais, mas que são, em parte, verificáveis nas fundações – e que justificam, no caso em análise, a aplicação analógica do regime de liquidação das cooperativas às fundações.

O que aqui se defende não implica que se aplique à liquidação de fundações, por analogia, o bloco normativo do artigo 113.º do Código Cooperativo.

⁹⁶ Assim dispõe expressamente o artigo 113.º, n.º 3, do Código Cooperativo.

⁹⁷ Defendendo esta relação de especialidade entre o direito cooperativo e o direito societário, cfr. M. CARNEIRO DA FRADA / D. COSTA GONÇALVES, A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do direito cooperativo com o direito das sociedades comerciais, RDS, ano I, n.º 4, 2009, pp. 897-898.

O artigo 184.º do Código Civil, aplicável por via subsidiária (e, por isso, antes deste exercício de integração de lacunas), inutilizaria a aplicação de alguns destes preceitos (desde logo, a necessidade de nomeação da comissão liquidatária⁹⁸). Todavia, admite-se que os demais preceitos do artigo 113.º do Código Cooperativo assentes no pressuposto da existência do órgão assembleia geral pudessem ser aplicados analogicamente à entidade competente para o reconhecimento – designadamente, os n.ºs 7 e 8 desse artigo –, prevalecendo sobre as regras do Regime da DLA.

Por outra via, embora bem mais frágil, se chegaria ao Regime da DLA, mesmo sem a intermediação do direito cooperativo. O *controlo externo* da liquidação promovido pelo conservador neste regime (e que não está consagrado no regime de liquidação do CSC), que não se verifica na liquidação privada ou interna, tem, como razões justificativas: (i) sendo um procedimento voluntário, a proteção de situações jurídicas tituladas pelos sujeitos requerentes, em particular, do direito potestativo à extinção da entidade, sobretudo se carentes de uma definição heterónoma, quando em conflito, e (ii) sendo um procedimento oficioso, a proteção do interesse público prosseguido com a extinção da entidade⁹⁹. Não se ignora que qualquer juízo analógico (analogia *legis*) tenha de ser feito norma a norma, e não por atacado, através da aplicação analógica de um regime com aparente autonomia no sistema externo¹⁰⁰. Sem prejuízo do merecido desenvolvimento, abrevia-se, contudo, essa tarefa, afirmando o seguinte: estas razões justificativas procedem, em abstrato, para as hipóteses de liquidação de fundação cuja extinção opere por decisão da entidade competente. Não só porque a decisão de extinção da entidade competente está limitada e funcionalizada à prossecução do interesse público, mas também porque, na sua atuação, esta entidade competente atua por incumbência, representando um interesse público na extinção da entidade – interesse do qual não é titular, mas que sem essa atuação ficaria desprotegido. Este controlo externo proporcionado pelo Regime da DLA conduz-nos, neste plano abstrato, à conclusão de que haverá analogia relevante entre a liquidação de entidades ao abrigo do Regime da DLA (em particular, quando o procedimento de dissolução e o procedimento de liquidação tenham, respetivamente, um início oficioso, por impulso do

⁹⁸ Nos termos do artigo 113.º, n.º 1, do Código Cooperativo.

⁹⁹ Apresentando, em sentido próximo, estas justificações, cfr. P. COSTA E SILVA / R. PINTO / M. L. RUIVO, *Anotação ao DLA*, in *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 5.ª ed., A. Menezes Cordeiro *et al.* (coord.), Coimbra, Almedina, 2022, pp. 1754-1756.

¹⁰⁰ Sobre a distinção entre a analogia *legis* e a analogia *iuris*, por todos, cfr. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito*, 13.ª ed., pp. 454-455.

conservador¹⁰¹) e a liquidação de fundações cuja extinção opere por via de decisão da entidade competente para o reconhecimento¹⁰². Em concreto, haverá que indagar, norma a norma, quais as normas do Regime da DLA cuja razão justificativa procede também para a liquidação de fundações que se extingam nos termos referidos. Quando a lacuna não possa ser preenchida através de analogia, o intérprete-aplicador tem de construir a regra hipotética com observância do espírito do sistema¹⁰³.

34. Acrescentem-se, por fim, três notas finais sobre a aplicação do Regime da DLA. A primeira nota é a de que a natureza administrativa do procedimento da DLA não é um obstáculo à aplicação, por analogia, deste regime à liquidação de fundações¹⁰⁴. A segunda nota é a de que não se encontram escolhos para o recurso à analogia para a integração da lacuna em análise – que resulta, em primeira linha, de uma norma de competência de direito administrativo e do regime remissivo previsto na lei para a sua insuficiência ou a omissão do seu exercício¹⁰⁵. A terceira e última nota é a de que este regime de liquidação pode conviver com o processo especial de atribuição de bens de pessoa coletiva extinta, regulado nos artigos 1078.º a 1081.º do Código de Processo Civil, quando seja necessária a determinação, por via judicial, do destino dos bens da fundação¹⁰⁶.

¹⁰¹ Cfr. artigos 5.º e 15.º, n.º 5, do Regime da DLA. Afirmam P. COSTA E SILVA / R. PINTO / M. L. RUIVO, *Anotação ao DLA*, pp. 1777 e 1794, que a abertura oficiosa destes procedimentos “constitui, não uma faculdade discricionária, mas, antes, um dever funcional do conservador”.

¹⁰² Embora fazendo apelo, em ambos os casos, ao interesse público, os argumentos utilizados para sustentar os poderes atribuídos à entidade competente para decretar providências em sede de liquidação, à luz do disposto no artigo 37.º, n.º 1, da LQE, e no artigo 194.º, n.º 1, do Código Civil, não se confundem com os argumentos agora apresentados para sustentar a aplicação analógica do Regime da DLA à liquidação de fundações cuja extinção opere por decisão da entidade competente.

¹⁰³ Cfr. artigo 10.º, n.º 3, *in fine*, do Código Civil. Sobre esta, cfr. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito*, 13.ª ed., pp. 461-464.

¹⁰⁴ Para uma justificação sobre a natureza administrativa deste procedimento, advertindo, todavia, para a possibilidade de este procedimento “poder ganhar natureza jurisdicional, mal sobrevenha uma eventual contestação”, cfr. P. COSTA E SILVA / R. PINTO / M. L. RUIVO, *Anotação ao DLA*, p. 1756.

¹⁰⁵ À luz, designadamente, dos critérios enunciados por P. OTERO, Os limites à analogia em direito administrativo, in *Analogia em direito administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas*, F. Lemos Caldas (coord.), Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 7-18.

¹⁰⁶ Sobre este processo especial, cfr. J. MACEDO VITORINO, Atribuição de bens de pessoa coletiva extinta, in *Processos especiais*, I, pp. 391 e ss.

§ 8.º – A dimensão regulativa estatutária: razões para a sua possível irrelevância

35. Falta considerar a dimensão regulativa estatutária: essa dimensão, de natureza eventual, assomará nos casos em que os estatutos da fundação contenham disposições reguladoras do seu processo de liquidação. Em particular, pela sua expressão prática, indaga-se da validade de cláusulas estatutárias que determinem que os membros do órgão de administração da fundação a extinguir passem a ser os liquidatários desta (e não outros) ou que indiquem determinadas pessoas para o cargo de liquidatários da fundação (por exemplo, o fundador, herdeiros do fundador ou pessoas *in casu* designadas pelo fundador).

Questão diferente, que aqui não nos ocupa, mas com evidente relevância prática no processo de liquidação da fundação, é a da validade das cláusulas estatutárias que estabelecem um destino para os bens da fundação distinto daquele que resultaria da aplicação do regime legal sobre essa matéria¹⁰⁷. Essas cláusulas, cuja validade tem sido debatida na doutrina – em particular, no que respeita às cláusulas que estabelecem a reversão dos bens da fundação ao património do fundador ou dos seus herdeiros¹⁰⁸ – são constitutivas e conformadoras de um eventual direito de crédito de determinados sujeitos à entrega ou restituição de bens em fase de partilha do ativo patrimonial da fundação, apresentando-se antes como questão prejudicial dos atos dos liquidatários a praticar nessa fase.

36. O problema em torno da validade de cláusulas estatutárias que disponham sobre a continuidade dos administradores no cargo, agora com o estatuto de liquidatários, ou sobre a nomeação dos liquidatários *ad hoc*, releva especialmente havendo providências “em sentido contrário” decretadas pela entidade competente para o reconhecimento (*v.g.*, a providência que determine a nomeação de uma comissão liquidatária *ad hoc*, esvaziando de poderes os administradores em funções – causando, ou não, a saída destes do cargo).

¹⁰⁷ *Maxime*, do artigo 12.º da LQE.

¹⁰⁸ Cfr., sem pretensões de exaustividade, M. HENRIQUE MESQUITA, *Comentário a Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 1996*, RLJ, n.ºs 3877 e 3878, 1997, pp. 141 e ss.; H. SOUSA ANTUNES, Artigo 194.º, in *Comentário ao Código Civil. Parte geral*, p. 437. Em particular, J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, I, 2.ª ed., p. 338, defendeu que o instituidor poderia determinar a extinção da fundação e o regresso dos bens à sua titularidade, com fundamento no lugar paralelo do artigo 166.º, n.º 2, do Código Civil e com base no facto de, “em direito testamentário (mas o mesmo se passa para as liberalidades entre vivos), o autor da liberalidade pode[r] estabelecer cláusulas resolutivas ou de reversão”.

Mas não se circunscreve a essas hipóteses, devendo também ponderar-se a eficácia de cláusula estatutária reguladora do processo de liquidação da fundação quando a entidade competente para o reconhecimento não decreta nenhuma providência ou, pelo menos, não decreta providência conflituante com disposição estatutária pré-existente.

37. O artigo 194.º do Código Civil e o artigo 37.º da LQF não abrem, nos respetivos textos, espaço à autonomia estatutária na definição do regime de liquidação das fundações – diversamente, por exemplo, do que se encontrava previsto no Anteprojeto de Ferrer Correia, que propunha, no seu artigo 73.º, n.º 3, que “quando a nomeação dos liquidatários não puder fazer-se nos termos fixados pelo estatuto, a autoridade tutelar providenciará”. Nesta proposta, a intervenção da autoridade tutelar seria subsidiária, apenas valendo na ausência de regulação estatutária. Também o artigo 184.º do Código Civil, para o qual remetem os supracitados artigos, é omissivo no que respeita à liberdade de conformação estatutária dos associados em matéria de liquidação das associações.

O silêncio do legislador no que respeita ao envio para a regulação estatutária em matéria de liquidação das fundações não é um dado irrelevante. Desde logo, pelo seu contraste com a remissão para essa regulação estatutária que se encontra pontualmente no texto da LQF: vejam-se exemplos nos artigos 23.º, n.º 2, alínea *b)* (destino dos bens em caso de recusa de reconhecimento), 28.º, n.º 2 (representação da fundação), e 29.º (obrigações e responsabilidade dos titulares dos órgãos). Em alguns casos, o texto legal oscila entre a remissão para disposições estatutárias e a remissão para disposição expressa do fundador no “ato de instituição” (*vide* artigo 12.º, n.º 1, sobre o destino dos bens em caso de extinção da fundação). Apesar da natureza compósita do ato criador da fundação, tal como evidenciada no artigo 17.º, n.º 4, da LQF, e na epígrafe do artigo 186.º do Código Civil, em ambos os casos estamos perante a conformação infralegal, num exercício de autonomia privada, de aspetos da disciplina das fundações. Embora não seja um dado irrelevante, esta conclusão não fornece base suficiente para o entendimento de que, na ausência de remissão ou de permissão expressas, no texto legal, para essa conformação estatutária (ou mesmo para a derrogação de disposições legais), a mesma se encontra vedada.

38. Estará a autonomia estatutária – aqui se compreendo, também, manifestações de vontade do fundador no ato de instituição – arredada da definição do regime do processo de liquidação? A resposta é, em parte, positiva – mas muito genérica, e só com particulares cautelas pode ser utilizada.

Sempre que as disposições estatutárias (ou do fundador) relevantes venham a conflitar com as providências adotadas, *a todo o tempo*, pela entidade competente para o reconhecimento, as mesmas não terão, em resultado desse conflito, aplicação, deixando de produzir eficácia. As providências decretadas são causa de ineficácia *stricto sensu*, e não parâmetro de validade, dessas disposições. Isto se admitirmos que são disposições *anteriores* ao decretamento dessas providências e *válidas*¹⁰⁹. A prevalência das providências é justificada à luz das finalidades da intervenção, nesta fase, da entidade competente para o reconhecimento, tal como acima expostas¹¹⁰.

Não tendo sido decretadas providências, ou, tendo sido decretadas, não se detete qualquer conflito entre as disposições estatutárias (ou do fundador) e as providências, haverá que indagar se o regime legal aplicável – construído por via subsidiária e por via analógica – à liquidação de fundações consente essa intervenção estatutária. Os casos em que o autorize expressamente – seja remetendo para o resultado desse exercício de autonomia, seja admitindo a sua própria derrogação – não introduzem dificuldade: observados os parâmetros gerais e especiais de validade destas disposições, valerão essas disposições. A mesma facilidade se verifica no caso de proibição normativa expressa dessa intervenção: essas disposições serão

¹⁰⁹ Trata-se de uma hipótese de *ineficácia subsequente* – terminologia que segue a orientação clássica e que é particularmente explorada em C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, VI, Coimbra, Almedina, 2019, p. 11 –, muito observada em casos de conflitos normativos ou de colisão de direitos (artigo 335.º do Código Civil). Não poderia estar em causa um juízo de validade, assente na parametrização da concreta disposição estatutária (ou do fundador) pelo ato administrativo correspondente às providências decretadas pela entidade competente para o reconhecimento. Na invalidade, a ineficácia deriva do desvalor jurídico, ou do vício, reportado, em *momento genético*, a elemento ou a requisito intrínseco ao conteúdo ou formação do ato. A hipótese analisada reporta-se à *anterioridade* dessa disposição face ao ato administrativo pelo qual se decretam as providências – ou, de outro prisma, à *superveniência* dessas providências face à dita disposição. A consideração do momento genético – plataforma temporal relevante para o juízo de validade – conduz à conclusão de que, *por causa* dessas providências, essa disposição não será inválida (embora, como salvaguardado em texto, possa ser inválida a outro título). Esclareça-se que o tema não se confunde com os problemas de direito intertemporal no âmbito dos quais se indaga qual a lei aplicável, no tempo, às condições de validade de um ato (indagação cuja resposta, ancorada no artigo 12.º, n.º 2, do Código Civil, ditará, à partida, que a lei aplicável é aquela que vigorar à data da prática do ato). Por outro lado, não cabe estranheza no facto de, tal como sucede com a invalidade, também nesta categoria de ineficácia os referentes serem, não situações jurídicas, mas atos ou negócios jurídicos – a disposição estatutária (ou do fundador) e o ato administrativo. Como aponta C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, V, Coimbra, Almedina, 2017, p. 29, “por definição, a ineficácia consiste em excluir ou suspender efeitos cujo conteúdo se preenche com situações jurídicas”. Todavia, como também reconhece o Autor, “a ineficácia *stricto sensu* tem sido construída e exemplificada com referência a atos jurídicos” – pelo que os “referentes próprios da ineficácia são portanto os atos jurídicos e as situações jurídicas”.

¹¹⁰ Cfr. pontos 18 a 23 *supra*.

inválidas, por contrariarem a lei. Já se o regime legal for omissivo na marcação do carácter dispositivo das suas normas ou quanto a uma remissão para a conformação estatutária, daí não decorre, sem mais, que todas as suas normas terão carácter imperativo, não podendo ser afastadas ou derogadas. Também nos merecem reservas, pela confusão metodológica que propiciam, entendimentos no sentido de que, apesar da omissão, perante o carácter esgotante de algum aspeto dessa regulamentação legal, estaria vedada a autonomia estatutária (presumivelmente, por não se detetar qualquer lacuna de regulação)^{111/112}.

Da perspetiva do legislador, o silêncio não tem sempre o mesmo valor: ou não se proibiu o exercício de autonomia estatutária porque essa intervenção não foi sequer considerada (um caso de *silêncio fraco*), ou não se proibiu porque, tendo sido considerada essa intervenção, optou-se por não a regular (permitindo-a ou proibindo-a) expressamente – inação que poderá ser vista como equivalente à criação tácita de uma norma permissiva (um caso de *silêncio forte*)¹¹³. À falta de dados empíricos que deponham num ou noutro sentido, o problema transfere-se, portanto, para o da especulação, por parte do intérprete-aplicador, acerca da hipotética consideração do legislador na omissão da produção dos enunciados aqui relevantes.

¹¹¹ Como, no domínio societário, parecia defender VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Coimbra, Atlântida Editora, 1976, p. 167, nt. 75. O Autor começa por esclarecer que, na maioria das vezes, o silêncio do legislador se deve “ao facto de não ter curado da hipótese – por vezes muito improvável – de os sócios editarem disciplina divergente”, avançando, depois, na ideia de que uma regulamentação completa e esgotante “vem sempre a reconduzir-se à existência de um preceito *proibitivo* (*hoc sensu*), ainda que tão só implícito”. Mesmo sem aceitar a equivalência pragmática entre a regulamentação completa e a proibição, reconhecemos, porém, as particularidades do campo societário, hoje especialmente evidenciadas no artigo 9.º, n.º 3, do CSC, que converte os preceitos legais dispositivos em injuntivos, no caso de o contrato social aqueles não derogar ou caso não contenha norma derogatória genérica. Estas particularidades, se não justificam, pelo menos, explicam uma visão amplificadora da imperatividade das normas jus-societárias. Sobre este preceito do CSC, cfr., por todos, A. MENEZES LEITÃO / J. ALVES DE BRITO, Artigo 9.º, in *Código das Sociedades Comerciais anotado*, p. 137; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 172 e ss.

¹¹² Até porque poderemos estar na presença de uma regulamentação obtida por via analógica (uma vez chegados ao artigo 184.º do Código Civil e dando por esgotado esse regime de aplicação subsidiária); nestes casos, é *justamente porque se deteta uma lacuna* que se convoca a aplicação analógica.

¹¹³ Assim, a propósito das propriedades pragmáticas do ato de omitir a produção de enunciados, e sobre estas categorias do silêncio da autoridade normativa, cfr. P. MONIZ LOPES, “Implicações da genericidade na (in)consistência e na (in)completude dos sistemas jurídicos”, in *Estudos de teoria do direito*, I, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 153, apresentando a tese de A. SOETEMAN em “On legal gaps”, in *Normative systems in legal and moral theory: Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Ernesto Garzón Valdés et al. (org.), Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 327.

39. Aquilatar da imperatividade de certa norma é primordialmente uma tarefa interpretativa. Haverá, pois, caso a caso, que interpretar as normas em causa, indagando da sua imperatividade à luz das valorações que as poderão justificar.

Não é possível, num texto com este grau de abstração, fornecer uma resposta una e acabada. Cabe apenas eleger os critérios orientadores do intérprete-aplicador no exercício dessa tarefa interpretativa. Os critérios que se possam acolher para distinguir o caráter cogente dos preceitos aplicáveis à liquidação de fundações não serão necessariamente os mesmos que presidem à identificação da injuntividade de preceitos jus-societários sobre liquidação de sociedades ou de preceitos reguladores da liquidação de outras pessoas coletivas – ainda que, no caso, esses preceitos possam corresponder ao aparato normativo aplicado, por analogia, nos termos acima desenvolvidos, à liquidação de fundações. Os resultados interpretativos sobre a injuntividade desses preceitos poderão, por isso, variar em função da entidade objeto de liquidação.

No que respeita às fundações, há critérios que geralmente presidem à identificação da injuntividade dos preceitos societários e que não se mostram adequados a esta tarefa interpretativa. *Grosso modo*, a natureza imperativa de uma regra societária impõe-se implicitamente quando institua ou defenda posições ou interesses de terceiros, quando institua ou defenda posições ou interesses dos sócios, ou quando vise garantir certo esquema organizativo-funcional¹¹⁴. O critério da tutela da posição ou interesse dos sócios (coletivamente considerados ou *uti singuli*) – nas suas mais diversas dimensões, incluindo quando estes venham a adquirir o estatuto de “credores residuais” – não se justifica na determinação da injuntividade de preceitos aplicáveis à liquidação de fundações¹¹⁵. Nem sequer é

¹¹⁴ Para um mapa geral dos interesses protegidos pelas normas societárias e que fundamentam a imperatividade destas, cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, Artigo 56.º, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, I, 2.ª ed., J. M. Coutinho de Abreu (coord.), Coimbra, Almedina, 2017, p. 698. Em sentido próximo na afirmação da imperatividade de determinadas normas societárias, embora com uma formulação distinta, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações sociais*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 195, defendendo que uma regra societária é imperativa quando (i) integre a ordem pública, (ii) concretize princípios injuntivos, ou (iii) institua ou defenda posições de terceiros. Analisadas cada uma destas causas de imperatividade jus-societária do prisma do entendimento do Autor, percebem-se as nítidas confluências com o círculo de interesses protegidos descritos em texto.

¹¹⁵ Explorando a tutela dos sócios como fundamento da injuntividade jus-societária, cfr. V. DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, pp. 164-171. Em particular, defende o Autor que “no silêncio do legislador, as normas que regulam as sociedades anónimas têm caráter cogente”, por ser “esta solução que está de acordo com a necessidade [...] de se tutelar quem entra na sociedade

convolável, com adaptações, para um critério da tutela da posição ou interesse do fundador, até por razões de coerência: se o interesse do fundador é definido no ato de instituição (artigo 186.º do Código Civil e artigo 18.º da LQF) ou, a todo o tempo, nos estatutos (artigo 187.º, n.º 3, do Código Civil, e artigo 19.º, n.º 3, da LQF), não faria sentido vedar a modelação estatutária ou para-estatutária desse interesse com fundamento na injuntividade de normas que visariam justamente proteger *esse* interesse do fundador.

Quando o texto normativo seja mudo quanto à sua supletividade, a natureza imperativa de uma norma aplicável à liquidação de fundações detetar-se-á naquelas normas (i) que permitam alcançar a tutela das subdimensões do interesse público regulatório que é prosseguido pela entidade competente para o reconhecimento (a proteção do interesse geral na prossecução do interesse social da fundação, e a proteção do instituto fundacional em observância da vontade fundadora, tal como acima desenvolvidos¹¹⁶) e (ii) que estejam orientadas à proteção de interesses de terceiros (designadamente, de credores da fundação)¹¹⁷.

§ 9.º – Síntese conclusiva

1.º O regime geral de liquidação das fundações encontra-se, em redação duplicada, no artigo 37.º da LQF e no artigo 194.º do Código Civil. Resulta do n.º 1 desses preceitos que o processo de liquidação pode ser dominado pela entidade competente para o reconhecimento, pois é atribuída competência a esta entidade para “tomar as providências que julgue convenientes”. A lei não define nem densifica estas providências, autorizando um processo flexível resultante de decisões administrativas discricionárias na condução do processo. Essa discricionariedade é manifestada, no

através da aquisição [...] das respetivas ações. Na medida em que o texto legal não remeta para o exame dos estatutos ou das deliberações da assembleia geral, deve o adquirente poder confiar em que a regulamentação naquele contida é a que efetivamente governa a sociedade em que ingressa, ficando desonerado de mais indagações”. Em contraste, entendimento oposto tem A. MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações sociais*, pp. 194-195, que considera o direito das sociedades um direito “tendencialmente supletivo” e que, *em caso de dúvida* sobre essa natureza supletiva ou não, prevalece a ideia de supletividade.

¹¹⁶ Cfr. ponto 20 *supra*.

¹¹⁷ O facto de se rejeitar a tutela de interesses de terceiros como fundamento da atribuição de poderes à entidade administrativa para o reconhecimento para decretar as “providências convenientes” em fase de liquidação da fundação (cfr. ponto 22 *supra*) não é contraditório – pois nada tem que ver – com o que aqui se afirma. Analisa-se, agora, em que termos *vale* a regulação estatutária (ou as disposições do fundador) na ausência dessas providências ou quando essa regulação não conflitue com providências decretadas.

texto legal, pela utilização do verbo “competir” (discricionariedade de ação) e do conceito indeterminado “convenientes” na qualificação das providências. Trata-se de um caso de discricionariedade aberta: deixa-se ao executor não só a invenção do conteúdo completo do ato a praticar, como a determinação do interesse público que se lhe encontra subjacente. Apesar desta abertura, continuam a ser jurisdicionalmente controláveis a competência, o procedimento, a exatidão dos pressupostos de facto, o fim legal, o respeito pelos princípios constitucionais da atividade administrativa e os direitos fundamentais.

2.º Não existe prática administrativa que ajude a identificar uma linha condutora da atuação da administração nestas matérias ou a melhor interpretar o regime jurídico. Por outro lado, merece apontamento a originalidade do regime português na atribuição de poderes, com esta amplitude, à entidade competente para o reconhecimento – o que dificulta a busca por lugares paralelos noutros ordenamentos jurídicos.

3.º Não sendo tais providências decretadas pela entidade competente para o reconhecimento, ou, sendo decretadas, naquilo que não repita nem contrarie essas providências, aplica-se subsidiariamente o disposto no artigo 184.º do Código Civil, do regime das associações. Este artigo limita-se, porém, a estabelecer que os órgãos da pessoa coletiva extinta se mantêm em funções durante a fase de liquidação, e que esses membros têm os seus poderes limitados à prática de atos conservatórios e necessários à liquidação, funcionalizando-os à liquidação do património social e à ultimate dos negócios pendentes, bem como a responsabilizar pessoal e solidariamente os administradores por todos os atos que exorbitem esses limites. No demais, o regime de liquidação das fundações encontrar-se-á por analogia, e não por via subsidiária.

4.º É no regime da DLA (e não no regime de liquidação do CSC) que, de forma mais intensa, se detetam razões justificativas da regulação que procedem nas hipóteses de liquidação de fundações cuja extinção opere por decisão da entidade competente. Esta ideia encontra o seu principal suporte, num plano intermédio, numa analogia com o regime legal de liquidação das cooperativas – o qual convoca a aplicação do regime da DLA, excetuados os casos em que a fonte da dissolução resulte de ato judicial ou de deliberação da assembleia geral (artigo 113.º, n.º 3, do Código Cooperativo). Por outro lado, mostra-se adequada a aplicação, à liquidação de fundações, do controlo externo da liquidação promovido pelo conservador no regime da DLA, por ser apto a assegurar uma

maior proteção do interesse público. Esta conclusão não dispensa, porém, o intérprete-aplicador da tarefa de indagar, em concreto, norma a norma, quais as normas do Regime da DLA cuja razão justificativa procede também para a liquidação de fundações.

5.º Diversamente da abertura proposta no Anteprojeto de Ferrer Correia, a autonomia estatutária em matéria de liquidação de fundações só não será afastada em dois cenários alternativos, que exigem a verificação cumulativa dos seguintes subcenários: (cenário 1) se as cláusulas estatutárias (ou disposições do fundador) relevantes não conflituarem com alguma providência decretada pela entidade competente para o reconhecimento e o regime subsidiariamente e analogicamente aplicável consentir expressamente essa intervenção, ou (cenário 2) se as cláusulas estatutárias (ou disposições do fundador) relevantes não conflituarem com alguma providência decretada pela entidade competente para o reconhecimento, o regime subsidiariamente e analogicamente aplicável for omissivo quanto a essa intervenção, e se essas cláusulas (ou disposições) não colidirem com normas imperativas aplicáveis à liquidação de fundações (*i.e.*, normas que permitam alcançar a tutela das subdimensões do interesse público regulatório prosseguido pela entidade competente para o reconhecimento e normas orientadas à proteção de interesses de terceiros).